

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar
"2014. Año de las letras Argentinas"

Exp. N° 10769 Autos: "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en
"Soliz Flores, Celinda y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)"

Excelentísimo Tribunal Superior:

Llegan las presentes actuaciones a esta Asesoría General Tutelar, en virtud de la vista conferida a fs. 31 punto V, a los efectos de que me expida con relación al recurso de queja y, en su caso, respecto del recurso de inconstitucionalidad interpuestos por la demandada.

I. Antecedentes

A fs. 22/29 vta., el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires interpone queja por recurso de inconstitucionalidad denegado contra la sentencia de Cámara que hizo lugar a una medida cautelar peticionada por el Sr. Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones.

Con fecha 5 de abril de 2013 el Asesor Tutelar solicitó que "... teniendo presente la reticente actitud de la demandada a dar una solución definitiva a las familias de autos, y considerando que los fondos asignados a través de la partida presupuestaria podrán ser reasignados por parte del Poder Ejecutivo, en tanto se evidencia una voluntad manifiesta de no ejecutar las obras (...) solicito como medida cautelar que decrete la indisponibilidad de los fondos que fueron otorgados mediante ley 4.471 a la Secretaría de Hábitat e Inclusión del Ministerio de Desarrollo Económico del G.C.B.A. (...) hasta tanto exista sentencia definitiva y firme en estos autos".

Con fecha 2 de julio de 2013 la Cámara de Apelaciones dispuso "1. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al GCBA que, hasta tanto exista pronunciamiento definitivo y éste adquiera firmeza, se abstenga de emplear los fondos asignados por ley 4471 a la Secretaría de Hábitat e Inclusión del Ministerio de Desarrollo

Económico (bajo la identificación: Programa 6, Inciso 4, Ppal. 2, del Programa 117 –Sec. Hab. E Inc. Act. Centrales – Construcciones – Gascón 123) para fines diversos de los establecidos en esa norma...” (fs. 20/21).

Contra dicho pronunciamiento, la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad cuyo traslado fue contestado por la actora (fs. 32/39 vta.) y por la Asesoría Tutelar ante la Cámara de Apelaciones (fs. 40/53 vta.), quienes solicitaron que se declare la inadmisibilidad formal del recurso de inconstitucionalidad o se lo rechace y se confirme la sentencia recurrida.

Que en lo que aquí interesa la demandada sostiene que existe cuestión constitucional suficiente y se agravia de la sentencia cautelar dictada.

II. La intervención de la Asesoría General Tutelar

Previo a cualquier otra consideración, conviene recordar el plexo normativo que habilita a este órgano constitucional actuar ante estos estrados.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone en el art. 124 que el Ministerio Público tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial, estableciendo que se encuentra a cargo de un o una Fiscal General, un Defensor/a General y un/a Asesor/a General.

Así, entre las funciones asignadas estableció, en lo que aquí interesa: a) la promoción de la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y b) velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

Por otra parte, la ley orgánica del Ministerio Público, 4.891, previó en el art. 17, entre las competencias del mismo "9. Promover o intervenir en causas concernientes a la protección de las personas menores de edad, incapaces e inhabilitados y sus bienes y requerir todas las medidas conducentes a tales propósitos, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieran de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de éstos últimos”.

En idéntico sentido, y en lo que refiere a las específicas funciones del Ministerio Público Tutelar, dispuso en el art. 53 las funciones que les corresponden a los Asesores/as Tutelares en las instancias y fueros en que actúen, estableciendo entre ellas: "...1) asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/as incapaces, emitiendo el



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las Letras Argentinas"

correspondiente dictamen, 2) Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad o de los/as incapaces o inhabilitados/as de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos últimos, 4) intervenir en los términos del art. 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afectare los derechos de las personas menores de edad o de los/as incapaces y entablar en defensa de estos/as las acciones y recursos pertinentes sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios...".

En este sentido, conviene recordar que el Código Civil establece que la representación de las personas por nacer y menores no emancipados, está a cargo de sus padres o tutores (art 57 inc. 1° y 2°).

Asimismo, el art. 59 del Código Civil de la Nación establece la intervención necesaria del Ministerio Tutelar "A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación."

Por otra parte, el art. 61 dispone que cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare.

Así las cosas, de las constancias de la causa se desprende que esta Asesoría General Tutelar toma intervención en estos actuados, en virtud de hallarse involucrados una pluralidad de niños, niñas y adolescentes pertenecientes al colectivo involucrado en el presente caso, los

cuales han sido identificados mediante un censo que al efecto fue realizado por el Ministerio de Desarrollo Social conforme surge de fs. 166 vta.

III. Los niños involucrados y la actuación del Ministerio Público Tutelar

Corresponde poner de resalto que la presente acción reviste naturaleza colectiva en los términos utilizados por la Corte federal en el fallo "Halabi"¹. Ello significa que aunque la acción haya sido interpuesta por los co-actores identificados a fs. 56, y en representación de niños y niñas individualizados, el objeto de la acción de amparo refiere a derechos colectivos relativos tanto a intereses colectivos como a individuales homogéneos. Ello, por cuanto su pretensión no está dirigida a hacer efectiva la tutela judicial tan solo de ellos tres, sino a la de todos los habitantes del asentamiento de Gascón nº 213.

En efecto, existe un hecho único que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; la pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados; y hay 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 promueva una demanda peticionando el objeto de marras, con lo que se cumplen todos los requisitos que el máximo tribunal federal estima necesarios para la configuración de la naturaleza colectiva de la acción.

Por otra parte, conforme surge del dictamen del Sr. Asesor Tutelar ante la Cámara a fs. 46, el censo producido por el Ministerio de Desarrollo Social ha establecido con certeza que la cantidad de familias que habitan el inmueble Gascón 213 está constituida por 164 personas, de las cuales 59 son menores de edad.

Sentado lo expuesto, corresponde indicar que la naturaleza de la acción determina que la representación letrada de los niños, niñas y adolescentes se encuentre efectuada por los co-actores, toda vez que forman parte y representan al colectivo afectado conforme fue expuesto *supra*.

No obstante, a pesar de ostentar la representación del colectivo, con fecha 5 de abril de 2013 (conforme surge del relato efectuado a fs. 40 vta.), el Sr. Asesor Tutelar ante aquella instancia solicitó que, "... teniendo presente la reticente actitud de la demandada a dar una solución definitiva a las familias de autos, y considerando que los fondos asignados a través de la partida presupuestaria podrán ser reasignados por parte del Poder Ejecutivo, en tanto se evidencia una voluntad manifiesta de no ejecutar las obras..." se decretase como medida cautelar la indisponibilidad de los fondos otorgados a la Secretaría de Hábitat e Inclusión del

¹ Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las Letras Argentinas"

Ministerio de Desarrollo Económico hasta tanto existiese en autos sentencia definitiva y firme, medida que fue concedida por la Alzada, y apelada por la demandada.

Ello significa que dicha medida cautelar fue solicitada por el Sr. Asesor de Cámara de forma autónoma, ante la toma de conocimiento –y consecuente denuncia- de la sanción de la Ley n° 4.471, por medio de la cual se dispuso la asignación de una partida presupuestaria para la Secretaría de Hábitat e Inclusión del Ministerio de Desarrollo Económico, con el fin de que se realicen construcciones en el inmueble sito en Gascón 123.

No obstante ello, cabe indicar que la parte actora habría denunciado ya como hecho nuevo la sanción de la Ley n° 4.471.

Desde esta perspectiva corresponde señalar que de las constancias de autos se desprende que los intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados, es debidamente efectuada por medio de los coactores, quienes se presentan invocando su derecho propio, como así también el sus hijos y el de las familias habitantes en el inmueble sito en Gascón 123, las cuales fueron censadas.

En virtud de lo expuesto, corresponde mencionar que a esta Asesoría Tutelar le corresponde continuar la actuación necesaria pero promiscua respecto de los 59 niños, niñas y adolescentes involucrados.

Conforme ello, cabe señalar que tal como se expuso, la medida cautelar ordenada y que se recurre en estos autos, fue solicitada en forma autónoma por el Sr. Asesor Tutelar aun cuando ello no fue requerido por la parte actora, la cual denunció expresamente la sanción de la ley 4.471 (conforme se desprende del resolutorio de la Cámara obrante a fs. 4/6.)

Sin perjuicio de ello y aun cuando tal actuación significó una actuación por sobre los intereses de los representantes legales de los menores, sin que se exprese fundadamente las razones por las cuáles se habilitaba en el caso la actuación autónoma conforme lo dispuesto en el inc. 6 del art. 17 de la Ley N° 4891, cabe indicar que a fs. 32/39 vta. los representantes del colectivo de niños, niñas y adolescentes propiciaron el rechazo del recurso de

inconstitucionalidad incoado por la demandada, por el cual recurre la resolución de la Cámara, afirmando que "[e]l agravio relativo a la legitimación del Asesor no merece mayores desarrollos. Nos encontramos ante el representante promiscuo de los menores involucrados en el caso (59, según el censo del propio Ministerio de Desarrollo social), y su pedido cautelar se encuentra obviamente en el marco de las atribuciones que puede ejercer para cumplir como corresponde tan delicada función. No cabe más que elogiar el compromiso del Asesor Tutelar con las delicadas circunstancias de hecho que rodean a la causa, y su iniciativa para enfrentar la conducta de negación sistemática de la demandada frente al conflicto de fondo en discusión".

Por todo ello, entiendo que en tanto los coactors han demostrado resguardar en forma debida los intereses de los niños, niñas y adolescentes involucrados, corresponde estarse a los argumentos expuestos por ellos a fs. 32/39 vta.

Por lo demás, opino que la resolución a la que se arribe en estos actuados deberá guiarse por el debido respeto de los derechos constitucionales de los niños actuantes, debiendo garantizar la protección del interés superior de las personas menores de edad involucradas, tal como lo sostienen los tratados de derechos humanos.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales; la Declaración de los Derechos del Niño estableció que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, antes y después del nacimiento; la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por el Congreso de la Nación mediante la ley 23.849 y con rango constitucional (cfr. art. 75, inc.22, CN) asigna el carácter de consideración primordial al interés superior del niño, el cual debe ser atendido en todas las medidas que adoptan, entre otros, los tribunales (art. 3.1) y compromete al Estado a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley (art. 3.2).

Asimismo, la doctrina ha sostenido que existe "una transformación en las relaciones del Estado con la niñez y de los adultos con los niños, pues las políticas de infancia no pueden continuar sustentándose en la concepción de una "naturaleza del niño", asociada a la inmadurez y a la incapacidad, a la incompletitud y a la inmadurez, sino que estamos ante "sujetos en formación", característica compartida por los seres humanos de cualquier edad. En consecuencia, la falta de habilidades temporales de la niñez ya no se puede utilizar para negar al niño su condición jurídica de sujeto de derechos humanos, sino que obliga a los adultos a prestarles un apoyo adecuado, en el sentido de que variará de forma e intensidad en la medida en que vayan adquiriendo y fortaleciendo las capacidades necesarias para ejercerlos por sí (recuérdese el art. 5, CDN.) (...) todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

consagrados para los seres humanos, y es obligación de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Precisamente, con sustento en el principio de igualdad se reconoce la existencia de protección específica y derechos específicos a determinados grupos de personas, entre los cuales se hallan los niños. (conf. Villaverde, María S., en "Actualidad en derecho de familia APBA 2009-9", Ed. Abeledo Perrot, 2009, ABELEDO PERROT N°: 0003/800752).

En lo que se refiere al derecho a la vivienda en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 27 establece que "1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda...".

La Ley 26.061 regula las medidas de protección integral de derechos que consisten en aquellas que emanadas del órgano administrativo competente local se dictan ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar las consecuencias que emanan de su violación. La Ley aclara que la amenaza o violación puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

Por su parte, la Ley 114 establece en su artículo 5 que "La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan o entorpezcan el pleno desarrollo de niñas, niños y adolescentes y su efectiva participación en la

vida política, económica y social de la comunidad". A su vez, el artículo 6 dispone que la familia, la sociedad y el Gobierno de la Ciudad, tienen el deber de asegurar a niñas, niños y adolescentes, con absoluta prioridad, la efectivización de los derechos, en particular, el derecho a la vivienda, a la convivencia familiar y comunitaria, y en general, a procurar su desarrollo integral. Por su parte, el artículo 7 dispone que el Gobierno de la Ciudad adopta medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos a niños, niñas y adolescentes por normas jurídicas, operativas o programáticas. A su vez, estas medidas de efectivización de derechos comprenden las de acción positiva que garantizan la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional, por los Tratados Internacionales vigentes, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la legislación nacional.

Finalmente, el artículo 25 establece el derecho a la convivencia familiar y comunitaria, esto es, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser criados y cuidados por sus padres y a permanecer en su grupo familiar de origen, en una convivencia sustentada en vínculos y relaciones afectivas y comunitarias.

La normativa aludida con antelación, se complementa con los estándares normativos construidos por los diferentes órganos interpretativos de aquéllos instrumentos. Así, el Comité del PIDESC ha realizado numerosas afirmaciones acerca de los vínculos entre el derecho a la vivienda digna y los niños, niñas y adolescentes.

En primer término, dicho organismo interpretativo, reconoció a los niños, niñas y adolescentes como sujetos poseedores del derecho a una vivienda adecuada al aclarar que "[e]l derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos (...) Además, tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores"².

El Comité de Derechos Humanos –órgano interpretativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- dispuso que "en la mayoría de los casos, las medidas que deben adoptarse no están explícitas en el Pacto y es cada Estado el que debe determinarlas en función de las exigencias de protección de los niños que se encuentran en su territorio al amparo de su jurisdicción. El Comité observa a este respecto que esas medidas, aun cuando estén destinadas en primer término a garantizar a los niños el pleno disfrute de los demás derechos enunciados en el Pacto, pueden también ser de orden económico, social y cultural."³

² Comité DESC, Ob. Gral. n° 4, "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)", Sexto período de sesiones (1991), Documento E/1992/23. Pár. 6. el resaltado me pertenece.

³ Comité de Derechos Humanos, Obs. Gral. n° 17: "Artículo 24 – Derechos del niño", 35º período de sesiones (1989), p. 3.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

En idéntico orden de ideas, dicho Comité ha asumido lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con relación a la interpretación de los derechos sociales.⁴ Ha señalado, además, que cuando un Estado ratifica la Convención de Derechos del Niño adquiere la obligación de aplicarla⁵, debiendo traducir en realidad los derechos humanos de los niños.

Así, el Comité de los Derechos del Niño, órgano cuya principal misión es interpretar y dotar de contenido la Convención sobre Derechos del Niño, solicitó a los Estados Partes que "elaboren y apliquen de forma compatible con la evolución de las facultades de los adolescentes, normas legislativas, políticas y programas para promover la salud y el desarrollo de los adolescentes: a) facilitando a los padres (o tutores legales) asistencia adecuada a través de la creación de instituciones, establecimientos y servicios que presten el debido apoyo al bienestar de los adolescentes e incluso cuando sea necesario proporcionen asistencia material y programas de apoyo con respecto a la nutrición, el desarrollo y la vivienda (art. 27 3)."⁶

De conformidad con lo que ha sostenido la CSJN "La consideración rectora del interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos". En similar inteligencia ha sostenido que "La necesidad de una protección especial de la infancia enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3º, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio (S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias.03/04/2001, T. 324, P. 975)".

⁴ Comité de Derechos del Niño (2003). Observación General No. 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44;

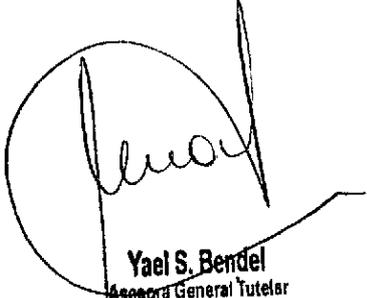
⁵Op. Cit., p. 2.

⁶Comité de los Derechos del Niño, Obs. Gral. N°4: "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño", 33º período de sesiones (2003), p. 16.

Por último, cabe destacar que recientemente el Tribunal Superior de Justicia local remarcó la situación privilegiada de las/os niñas/os frente a las políticas sociales que instrumenta el GCBA "...Las personas que no cumplen con alguno de esos dos requisitos, pero sí con los "comunes o generales", tienen derecho a un acceso prioritario a las políticas sociales que instrumente el GCBA; dentro de este segundo grupo la ley 4.042 pone en una situación privilegiada los grupos familiares con niños/as (cf. los puntos 13 a 13.1 de este voto)." (voto del Dr. Lozano Expte. n° 9205/12 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) del 21 de marzo de 2014, el destacado es propio)".

En virtud de lo antedicho, se lo solicita que tenga presente el dictamen que antecede y por evacuada la vista conferida.

Asesoría General Tutelar. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 9 de junio de 2014.



Yael S. Bendel
Asesoría General Tutelar
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dictamen Act N° 100/14