



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

INTERPONE RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL.

Excelentísimo Tribunal:

Laura C. Musa, en mi carácter de Asesora General Tutelar (Dec. 272/07), constituyendo domicilio procesal en la calle Alsina 1826 de la Ciudad de Buenos Aires, en autos “**A., L. A. y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales en A., L. A. y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)**”, Exp. 7671/10, a V.V.E.E. digo:

I. OBJETO.

Vengo por el presente a interponer el recurso extraordinario federal (arts. 14 y 15 de la Ley N° 48 y 256 y ss. del CPCCN), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJ) el 6º de abril de 2011, que resolvió hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, dejar sin efecto la resolución impugnada y ordenar a la Cámara CAyT que emita un nuevo pronunciamiento, por vulnerar **el derecho a la vivienda, a la convivencia familiar, la autonomía personal, la igualdad y no discriminación de los niños, niñas y adolescentes** amparados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos.

II. ANTECEDENTES.

La acción de amparo fue iniciada el 14-12-07 contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), por L. y D. A., por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad, L. J.A. R., con el patrocinio letrado del Defensor Oficial, por la vulneración del derecho a la vivienda, a la salud y a la dignidad. Solicitó se los incorpore en el programa de emergencia habitacional y se disponga que el subsidio sea acorde a las necesidades del grupo familiar, dado el actual estado del mercado y el costo elevado de las habitaciones en hoteles. También cuestionó la constitucionalidad de normas del Decreto 690/06 y de la Ley 2145, y formuló reserva del caso federal. La actora manifestó que en su oportunidad cobró el subsidio previsto en el Decreto 690/06 y solicitó la extensión del beneficio toda vez que persistía la situación de emergencia sin haber obtenido respuesta por parte de la demandada. Peticionó como cautelar que se ordene al GCBA la inclusión del grupo familiar en los programas de emergencia habitacional, de conformidad con la situación familiar planteada y hasta tanto dure la tramitación de las actuaciones. El mismo 14-12, el Sr. Juez hizo lugar a la cautelar



ordenando al GCBA que “arbitre los medios a su alcance para dar adecuada satisfacción a los requerimientos habitacionales del grupo demandante, hasta tanto se resuelva en forma definitiva y firme en estas actuaciones”. La demandada contestó la acción solicitando su rechazo y cuestionando los planteos de inconstitucionalidad efectuados.

Con posterioridad a ello, el 26-08-09, los actores solicitaron la ampliación del monto del subsidio habitacional y, a fjs. 47, dicha solicitud fue otorgada por el Sr. Juez de grado. Específicamente, solicitó que el demandado en el plazo de 5 días y con el fin de dar adecuada satisfacción a la medida cautelar, readecúe el monto del subsidio otorgado a los amparistas conforme sus necesidades habitacionales a la suma de ochocientos pesos (\$800). Esta decisión fue apelada por la parte demandada sobre la base de tres consideraciones: que la sentencia se aparta del ordenamiento vigente puesto que dispone la supresión de la normativa específica aplicable en la materia, que impone un apercibimiento en forma incausada y que otorga un plazo de cumplimiento demasiado exiguo.

Con fecha 27-04-10, la Sala II de la Cámara CAyT resolvió rechazar el recurso deducido y confirmar la sentencia impugnada. Para ello sostuvo que, con relación al peligro en la demora, “la situación de vulnerabilidad del grupo familiar demandante resulta, a las claras, una suficiente acreditación de la existencia del peligro en la demora. Ello, con mayor razón, teniendo en cuenta lo que surge del informe obrante a fjs. 23, que daría cuenta de la insuficiencia del monto originalmente concedido por el GCBA en virtud de la medida cautelar otorgada”. En lo que respecta a la verosimilitud del derecho y haciendo referencia al principio de no regresividad, expresó que “no sería suficiente, en el acotado marco de conocimiento propio de esta instancia procesal, que la demandada justifique su intervención con el oportuno otorgamiento de un subsidio y, luego, más allá de la situación concreta de los actores, pretenda desligarse del resguardo de aquellos derechos con la invocación de normativa de rango infraconstitucional. En suma, este sustrato normativo y jurisprudencial permite inferir, prima facie, la existencia de un derecho verosímil en cabeza de la parte actora”. Finalmente, expresó que “no puede soslayarse que la ayuda prevista en los textos mencionados podría resultar, eventualmente, insuficiente para salvaguardar la —prima facie acreditada— situación de precariedad del grupo familiar actor. De este modo, teniendo ello en cuenta y a efectos de resguardar adecuadamente los derechos constitucionales cuya



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

afectación se ha considerado verosímil, corresponde condenar al GCBA a abonar a los demandantes la suma necesaria para solventar el precio de un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad”.

Contra dicha sentencia, la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad por considerar que en la decisión del tribunal se habría controvertido la interpretación o inteligencia del artículo 18 de la Constitución Nacional y del artículo 13.3 de la Constitución local, en cuanto determina que es inviolable la defensa en juicio de la persona, la garantía del debido proceso legal adjetivo y el derecho de propiedad. En primer lugar, afirmó que la sentencia en crisis constituye un pronunciamiento susceptible de ser atacado por la vía del recurso intentado, puesto que, en tanto la medida cautelar de contenido positivo que coincide con el objeto de la pretensión principal, la resolución que la concede implica un adelanto de jurisdicción y la convierte en sentencia de fondo. Sostuvo que la sentencia en crisis lesionaría el derecho de propiedad de su parte en tanto en el decisorio recurrido se estarían desconociendo y dejando de lado los montos establecidos en el decreto 960/08 y además, no se estaría estableciendo tope con respecto al monto del subsidio que ordena otorgar a los peticionantes y que las sumas que deba abonar el GCBA por tal motivo serían de muy difícil recupero en el futuro, afectando tal circunstancia el derecho de propiedad de la CABA. Entendió, además, que se configuraría un caso constitucional, por cuanto la sentencia apelada no constituiría una derivación razonada del derecho vigente y sería técnicamente arbitraria ya que, fundamentalmente, no se habrían aplicado al caso normas que regulan expresamente la materia debatida y porque carecería de adecuada fundamentación. Por último, alegó que lo decidido revestiría de gravedad institucional, de lo que también se derivaría la procedencia del recurso de inconstitucionalidad.

Posteriormente, se corrió traslado a la actora, quien sostuvo que el GCBA no ha demostrado debidamente que la resolución le ocasione un perjuicio irreparable y, por lo tanto, sea equiparable a definitiva; destacando que si bien el recurrente invocó la violación de normas constitucionales no ha logrado exponer un genuino caso constitucional que justifique la intervención del Tribunal Superior en los términos de la normativa vigente.

En fecha 01-12-10 emití dictamen en el que me expedí sobre la improcedencia del recurso impetrado por entender que no existía sentencia definitiva en los términos de la jurisprudencia del propio Tribunal Supe-

rior y que el recurrente se limitó a disentir con lo expuesto por la Cámara sin efectuar un desarrollo crítico para demostrar cuáles son las partes del fallo que le ocasionan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior. Asimismo, sostuve que en el caso de autos se encuentran involucrados el derecho a la vivienda, a la convivencia familiar, la igualdad y no discriminación de los niños, niñas y adolescentes, la autonomía personal y la prioridad en la protección de derechos de ellos consagrada en la normativa constitucional, y en la Ley 26.061.

Finalmente, el TSJ dictó sentencia el 06-04-11 en la que resolvió hacer lugar a la impugnación presentada por la demandada, dejar sin efecto la resolución impugnada, ordenando que se emita un nuevo pronunciamiento y mantener la tutela cautelar por el plazo de seis meses o hasta que la Cámara CAyT dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo a las directivas que surgen de dicha resolución.

En lo que respecta al fondo del asunto, el 17-04-09 se dictó sentencia haciendo lugar al amparo y se condenó al GCBA a cumplir con su obligación de proveer una ubicación habitacional configuradora del derecho a la vivienda adecuada, hasta tanto se dé cumplimiento en el caso de los objetivos particulares y generales pautados en el Decreto 690. También se condenó a la demandada a colaborar en la búsqueda de soluciones alternativas de superación de la crisis, todo ello mientras la amparista no se halle en condición de superar la situación de emergencia habitacional y su estado de vulnerabilidad social en forma integral. La demandada apeló esta sentencia y la Cámara, con fecha 26-08-09, dispuso rechazar dicho recurso y ordenar a la demandada la provisión de un subsidio al grupo familiar que les permita abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad “hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”.

La sentencia impugnada incurre expresa y tácitamente en resoluciones contrarias al derecho federal en materia de derechos humanos. Para ello, dicho decisorio se remite a lo dicho en el precedente “Alba Quintana” –sentencia del 15-05-10, exp. 6752/09-, para suplir el desarrollo argumentativo. En este sentido, y a los fines de revocar la pretensión cautelar, sostuvieron que “el alcance que debe atribuirse al subsidio reclamado en autos por lo que corresponde adecuar la cautelar impugnada a las pautas establecidas *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo” (pto. 3 del voto del Dr. Lozano). Asimismo, sostuvo que “las cuestiones



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

allí tratadas [en el precedente “Alba Quintana”] no han sido debidamente consideradas en la medida cautelar impugnada en autos, por lo tanto las pautas establecidas en dicho precedente deberán ser tenidas en cuenta, en lo que sea pertinente, al dictarse el nuevo pronunciamiento que aquí se dispone” (pto 2. del voto de la Dra. Conde). Finalmente, sostuvo el Dr. Casás que “corresponde dejar sin efecto la decisión resistida para que la alzada, a partir de la ponderación de los extremos de hecho involucrados, adecúe el pronunciamiento cautelar de marras a lo expuesto por este Tribunal –por mayoría- en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (...) en el que se determinó la interpretación que corresponde asignar al art. 31 de la CCABA y las consecuencias de un apartamiento de los topes y plazos previstos para los subsidios habitacionales objeto de autos” (pto. 2 de su voto).

En definitiva, el TSJ arriba al decisorio bajo análisis a partir de una serie de interpretaciones contrarias al derecho federal mientras que, por otra parte, omite considerar ciertos mandatos contenidos en el Bloque de Constitucionalidad Federal en materia de derechos humanos de niños. A continuación desarrollaremos los puntos fundamentales que el TSJ ha abordado de manera contraria a derecho o que directamente ha omitido juzgar, y que evidencian que la resolución alcanzada resulta contraria al plexo normativo federal invocado.

III. FUNDAMENTOS.

1. Sentencia arbitraria.

La sentencia dictada por el TSJ es una sentencia arbitraria por tres razones: en primer lugar, porque comete un exceso de jurisdicción en su resolutorio; en segundo lugar dado que prescinde de hechos y cuestiones planteadas por este Ministerio Público Tutelar y del texto legal aplicable que son sustanciales para la resolución del caso. Finalmente porque no esgrime razones para fundamentar por qué la sentencia de la Cámara que confirma la ampliación de la medida cautelar causa un gravamen irreparable al GCBA y es por ende equiparable a definitiva.

En primer término, la sentencia del TSJ es arbitraria dado que comete un exceso de jurisdicción. Ello así toda vez que al afirmar que se mantiene la medida cautelar por el plazo de seis meses o hasta que la Cámara dicte un nuevo pronunciamiento o decida la situación de fondo, el TSJ se pronuncia respecto de una resolución que no había sido impugnada (la procedencia de la medida cautelar dictada el 14-12-07), revocándola a

pesar de que se encontraba firme (no había sido impugnada).

En este sentido, vale aclarar que la resolución que sí fue impugnada es la ampliación de la medida cautelar, pero si bien fue planteada por el actor como una ampliación de la cautelar, en realidad sólo se trataba de precisar el alcance del estándar fijado por decisión que resolvió conceder la medida cautelar. Nótese que dicha manda judicial requirió que “se de adecuada satisfacción a los requerimientos habitacionales del grupo demandante”; es decir, el estándar fijado por el *a quo* en su sentencia del 14-12-07 se encuentra firme, por cuanto la medida cautelar no perdió vigencia. Y sólo se solicitó la adecuación del monto a la situación del actor a fin de que la medida cautelar cumpla la función de garantía a que está destinada –cfme. art. 183 del Código Contencioso Administrativo y Tributario-. Al dejar sin efecto la resolución impugnada y ordenar que se emita un nuevo pronunciamiento conforme las pautas sentadas en “Alba Quintana”, el TSJ desconoce el estándar fijado por la medida cautelar dictada en autos, que, es menester reiterarlo, se encontraba firme. Cabe recordar al respecto que la Corte ha señalado, desde antiguo, que la competencia del tribunal de apelación se encuentra acotada por los agravios contenidos en los recursos concedidos y la prescindencia de tal límite lesiona las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio (doctrina de Fallos: 311:1601; 316:1277, entre muchos otros), situación que, según lo expuesto, se presenta en el presente caso y torna descalificable al pronunciamiento como acto jurisdiccional, pues revocó la vigencia de la medida cautelar dictada cuando dicho punto no fue objeto de la apelación presentada por la demandada y, por lo tanto, resultaba ajeno a la jurisdicción apelada de la cámara.

En lo que respecta al fundamento normativo de la decisión, la sentencia que aquí se cuestiona, ha prescindido de hechos y cuestiones planteadas por este Ministerio Público Tutelar, así como del texto legal aplicable sin esbozar siquiera una razón atendible alguna que lo justifique, motivo por el que deviene en una sentencia arbitraria atacable mediante el presente recurso, toda vez que esta arbitrariedad sorpresiva afecta la garantía de la defensa en juicio de mis representados, consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Así las cosas, la sentencia cuestionada se limita a efectuar una remisión al fallo Alba Quintana sin tener en consideración que éste no resulta un precedente aplicable, toda vez que la situación fáctica de aquel es completamente diferente al de autos. En efecto, mientras que en el caso de Alba Quintana se trataba de un



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

hombre adulto que vivía solo, en el presente caso se trata de una pareja con un niño.

En este sentido ha sostenido la CSJN que “...*el tribunal omitió considerar constancias incorporadas a la causa y prescindió del examen de planteos oportunamente introducidos y conducentes para la solución de la litis...*” por lo que “...*en tales condiciones, el fallo no satisface el requisito de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias del caso, por lo que ante la relación directa existente entre lo resuelto y las garantías constitucionales de igualdad y defensa en juicio, corresponde descalificar la sentencia con fundamento en la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad.*” (Fallo 320:1847).

Así, toda vez, que en las presentes actuaciones la parte actora es un grupo familiar compuesto por el Sr. L.A. A., la Sra. D. O. R. de A. y su hijo, L. J. A. R., el caso debió haber sido analizado tomando en cuenta la existencia de los niños y por lo tanto, todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo a la luz de la normativa y los estándares internacionales de derechos humanos vinculados con el derecho a la vivienda, sino que debió haber considerado especialmente los que se refieren a los derechos de niños, niñas y adolescentes, aspectos estos que fueron debidamente planteados por este MPT en este proceso.

Sin embargo, la sentencia no advierte ni hace referencia alguna a que se encuentran en juego en este caso los derechos de los niños, y ningún análisis realiza de la normativa específica en la materia. Por el contrario, el Máximo Tribunal local se ha remitido a los fundamentos expuestos en los autos “*Alba Quintana c/GCBA s/Amparo*”, Expediente N° 6754/09, en el que, como ya señalé, se reclamaba por los derechos de una persona adulta que vivía sola y ha omitido la existencia de un plus de protección de derechos respecto de derechos de los niños, niñas y adolescentes, y que se encuentra regulado a través de la normativa constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos específicos sobre derechos de los niños, y la normativa nacional y local.

En consecuencia, la omisión de un hecho esencial para la resolución del caso, la existencia de niños menores de edad, condujo a la omisión de la consideración de los derechos constitucionales que los protegen. De ahí, la arbitrariedad del fallo cuestionado.

Al respecto, la CSJN tiene dicho que “...*si bien los magistrados ordinarios no se encuentran obligados a analizar pormenorizadamente todas las articulaciones de las partes, deben dar cuenta de las razones por las*

que no lo hacen cuando ellas, prima facie, son aptas para variar el resultado del juicio...” (CS 24/12/81 “Carbal de Alonso Rita y otros E.D. 99-283). El silencio del TSJ al respecto torna arbitraria su sentencia. Es claro que en el presente caso se ha prescindido, sin dar razones, de hechos y cuestiones articuladas por este Ministerio Público Tutelar y del derecho vigente al punto de que ni siquiera se lo menciona, con lo que queda materializada la violación de la garantía de defensa en juicio, por falta de motivación del fallo y porque al prescindirse de una fuente formal como es la ley, resulta también violado el principio republicano de división de poderes. En este sentido, la CSJN ha señalado que “...*Cuando la sentencia apelada es arbitraria y carente de todo fundamento jurídico, para que esto ocurra se requiere que se haya resuelto contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto del caso, o de pruebas fehacientes regularmente presentadas en el juicio, o que se haga remisión a las que no constan en él...*” (Fallo 303:2039)

En el mismo sentido, en autos “Aristizábal de Doldán, María C. c/Municipalidad de Buenos Aires, con fecha 21-05-96, la Corte ha sostenido que “*Es descalificable por arbitrariedad la sentencia que omite indagar si el ejercicio del derecho de retención resulta compatible con el régimen especial y excluyente de cancelación de créditos contemplado en los arts. 3 y 17 de la Ley 23.982, pues de ese modo prescinde de la consideración de normas que pudieron ser decisivas en la solución del caso.*” (Fallo 319:840).

Análogamente, si la sentencia omite indagar si la normativa local en materia de vivienda resulta compatible con la normativa tanto nacional como internacional, en materia de protección de los derechos del niño L.A., prescinde de la consideración de normas que resultan decisivas en el caso, y en consecuencia la misma es descalificable por arbitrariedad.

De esta forma, en el caso que nos ocupa queda configurada claramente la arbitrariedad de la sentencia, por la prescindencia de hechos determinantes para la resolución del caso y la que remite a los fundamentos de la decisión, es decir, la prescindencia del texto legal. No se trata aquí de la mera discrepancia con el razonamiento efectuado por el TSJ, sino que, como se señaló, esa prescindencia resulta decisiva en la definición del caso.

Ello así, ya que contrariamente a lo que sostiene el TSJ en el fallo Alba Quintana, el alojamiento en padrones no puede en ningún caso ser considerado un piso mínimo de protección del derecho a la vivienda,



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

menos aún resulta aceptable como una política de vivienda tendiente a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en razón de que vulneran el derecho a la convivencia familiar, algo claramente contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la ley 26.061, ello, atento la raigambre constitucional del derecho a la convivencia familiar, establecido en los arts. 8.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En rigor, el Estado se ha comprometido internacionalmente, conforme lo contempla el art 18 de la Convención, a prestar la asistencia apropiada a padres, y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño, para lo cual es presupuesto insoslayable contar con un “hogar” entendido como ámbito físico que garantice la convivencia familiar y la intimidad de la familia, ya que la vivienda es el elemento central en la vida de las personas.

En igual sentido, la ya mencionada Ley 26.061 también ha sido ignorada por el TSJ. Dicha norma, en su artículo 35 dispone que se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. Vale recordar que las medidas de protección integral de derechos son aquellas emanadas del órgano administrativo competente local 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 sus consecuencias, conforme lo establece el artículo 33 de la citada Ley. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares. Así, resulta importante recordar la normativa que ha sido omitida por el Tribunal Superior y que deviene fundamental para resolver la cuestión.

En efecto, no ha sido considerado por nuestro máximo tribunal local que la Convención sobre los Derechos del Niño, de raigambre constitucional, conforme el art. 75 inc. 22, en general y particularmente su artículo 27 que establece el deber del Estado de en caso necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. Ha obviado el TSJ por completo la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y en particular en tanto

establece el derecho a la convivencia familiar y la prioridad absoluta en la protección de los derechos de los niños.

En consecuencia, la sentencia que impugno ignora hechos esenciales y cuestiones oportunamente planteadas por el Ministerio Público Tutelar y carece de fundamento jurídico, por lo que deviene arbitraria habilitando entonces también el recurso extraordinario por esta vía.

En lo que respecta a la equiparación de la sentencia de Cámara que confirma la ampliación de la medida cautelar a una sentencia definitiva, la sentencia impugnada resulta arbitraria en cuanto no esgrime los motivos por los cuales dicha sentencia causa un gravamen de imposible reparación ulterior al GCBA. En efecto, el voto del Dr. Lozano sólo afirma que “los pronunciamientos que acuerdan o deniegan medidas cautelares, incluso los dictados en el proceso de amparo, no constituyen la sentencia definitiva prevista en el art. 27 de la ley 402, pero *pueden eventualmente ser equiparados a ella cuando esté en juego un gravamen de imposible reparación ulterior*” (el resaltado me pertenece). Sin embargo, no explica por qué en el caso de autos la readecuación del subsidio causa al GCBA un gravamen irreparable. Por su parte, el voto de la Dra. Conde diferencia el precedente “Salguero” (Expte. nº 6502/08), en el que el TSJ sostuvo que la medida cautelar afectaba gravemente el derecho de defensa de la demandada al no definir con claridad cuál era la conducta a adoptar, con el caso de autos, donde sí se fijó una condena clara y determinada y considera que la ampliación de la medida cautelar tiene otros defectos que la toman inválida. Sin embargo, tampoco fundamenta de qué modo causa un gravamen irreparable al GCBA.

A su vez y con igual resultado argumentativo, el voto del Dr. Casás considera que la decisión atacada constituye una sentencia definitiva con sustento en su voto en minoría en “Pérez Molet”, en el que afirmó que la sentencia que decide sobre una medida cautelar en el marco de una acción de amparo regida por la ley local nº 2145 resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad. Por este motivo, reputa innecesario abordar los argumentos que la recurrente desarrolló respecto del gravamen irreparable que la ampliación de la cautelar le causaba. Esta es una posición minoritaria por cuanto la doctrina establecida en “Pérez Molet”, conforme lo describí previamente, es que los pronunciamientos que acuerdan o deniegan medidas cautelares no constituyen sentencia definitiva, pero pueden ser equipa-



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

rados a ella cuando esté en juego un gravamen de imposible reparación ulterior.

Ninguno de estos tres votos fundamenta de manera acabada por qué la sentencia de la Cámara que confirma la ampliación de la medida cautelar es una sentencia definitiva o equiparable a tal por causar un agravio irreparable. De este modo, el TSJ trata como definitiva una sentencia que no lo es sin justificación alguna. Es por este motivo que la sentencia del TSJ deviene arbitraria.

IV. DERECHOS VULNERADOS POR LA RESOLUCIÓN DICTADA.

1. Violación del debido proceso y el derecho defensa.

Como ya se mencionó, la sentencia dictada por el TSJ comete un exceso de jurisdicción en su resolutorio; prescinde de hechos y cuestiones planteadas por este Ministerio Público Tutelar y del texto legal aplicable. Además de ello, no esgrime razones para fundamentar por qué la sentencia de la Cámara que confirma la ampliación de la medida cautelar es equiparable a definitiva.

Por ello, la resolución cuestionada constituye un caso de arbitrariedad sorpresiva que afecta la garantía de debido proceso y la defensa en juicio de mis representados, consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Tal como sostiene Manilli, “A nuestro criterio, todos los supuestos de arbitrariedad, aunque parecen disímiles entre sí, tienen algo en común, que es lo siguiente: en virtud de los vicios que presenta la sentencia, ésta en sí misma se torna inconstitucional por ser violatoria del debido proceso (...) consagrado en el art. 18 CN, por no constituir una “sentencia fundada en ley” en los términos del art. 17 CN y por ser irrazonable, es decir, contraria al art. 28 CN.” (Cien años de arbitrariedad. Desafíos de una doctrina centenaria de la Corte Suprema, Manili, Pablo L., LA LEY 2010-A, 1223). En igual sentido, y tal como cita Manili en su artículo, Lino Palacio afirma que se trata de una violación del derecho de defensa en juicio como uno de principios que abarca el debido proceso. (“El Recurso Extraordinario Federal”, Ed. Abeledo Perrot 1997, p. 228).

En particular, el TSJ omite considerar un hecho sumamente relevante al aplicar el antecedente “Alba Quintana”, que consiste en que en este caso se encuentran vulnerados los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuya protección jurídica se encuentra consagrada en la normativa local, nacional e internacional. Por este motivo, también prescinde de la normativa específica sobre derechos de los niños, niñas y

adolescentes. Además de ello, se aparta de la regla que establece que sólo son susceptibles de recurso las sentencias definitivas, sin justificar dicha decisión.

Esta decisión, como ya expresé, constituye un caso de arbitrariedad de sentencia, y como tal, una vulneración al debido proceso y la garantía de defensa en juicio., Como sostiene la CSJN, la doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía del debido proceso y la defensa en juicio, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias probadas en la causa (Fallos: 316:2464; 319:103; 323:2166; 327:5857, entre otros). (Fallos 333:1075).

Es claro que en el presente caso se ha prescindido, sin dar razones, de hechos y cuestiones articuladas por este Ministerio Público Tutelar y del derecho vigente al punto de que ni siquiera se lo menciona, con lo que queda materializada la violación de la garantía de defensa en juicio, por falta de motivación del fallo y porque al prescindirse de una fuente formal como es la ley, resulta también violado el principio republicano de división de poderes.

2. Vulneración del derecho a la vivienda digna.

Con carácter preliminar a expedirme acerca del agravio de la sentencia impugnada, cabe aclarar –para su mejor comprensión- que en la sentencia “Alba Quintana” a la que, como ya dije, se remite el TSJ para decidir el presente caso del niño A., dicho Tribunal realizó una interpretación del derecho constitucional a la vivienda digna contenido en nuestro bloque constitucional a partir de lo previsto en los Decretos 69006 y 960/08 que crean el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle.

Entre diversas cuestiones y en lo que interesa al presente caso dispuso, por un lado, el alcance del contenido mínimo de dicho derecho; y, por el otro, que la imposición de límites temporales y en el monto del subsidio habitacional previsto en la normativa referida no viola el derecho a la vivienda y principio de progresividad y no regresividad contenido en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. Es menester agregar que con relación al primer punto, y a partir del estándar allí establecido, los grupos familiares beneficiarios de dicho programa quedarían situación de calle, al sólo poder recurrir a los llamados “paradores”.

Con ello en miras, es necesario remarcar que la consecuencia de aplicar el estándar sentado en el presente caso es que el grupo familiar del que forma parte el niño L. A. deberá concurrir a un parador a los



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

finde de no quedar, efectivamente, viviendo en la calle. De allí que uno de los puntos más críticos del fallo impugnado es el **alcance que el TSJ le asigna al contenido mínimo obligatorio del derecho a la vivienda**. En línea con lo establecido por el Comité DESC en su Observación General N° 3, el máximo tribunal de la Ciudad reconoce que el PIDESC establece un deber insoslayable de asegurar un piso de derechos. Sin embargo, concluye que la Ciudad de Buenos Aires estaría dando cumplimiento a su obligación de garantizar el piso mínimo del derecho a la vivienda si “...al menos brinda un resguardo básico al universo de individuos al que tiene el deber de asistir (OG3 punto 10) (Cons. 5.9 del voto de los Sres. Jueces Conde y Lozano)”, entendiendo por “resguardo básico” a los hogares de tránsito y paradores estatales (Cons. 5.2 y 5.9 del voto de los Sres. Jueces Conde y Lozano y Cons. 7 del voto del Sr. Juez Casás). Para arribar a dicho entendimiento, los magistrados efectúan una interpretación literal del punto 10 de la OG3, en tanto señalan que un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de... **abrigo y vivienda básicos**... *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Al respecto, advierten que en las versiones en inglés y francés de la Observación General, la terminología empleada remite a la idea de alojamientos gubernamentales u oficiales (Pto. 5.9) y sobre esta base entienden que el bloque normativo vigente en la Ciudad de Buenos Aires no obliga a solventar una vivienda, sino que únicamente establece el deber estatal de brindar la protección de un techo o albergue básico (Pto. 12 in fine); que dicha cobertura habitacional indispensable se encuentra garantizada a través de hogares o paradores oficiales (Pto. 5.2 in fine); y que no resulta inconstitucional un subsidio habitacional que otorga un monto insuficiente para acceder a una vivienda y que se otorga por un período acotado de tiempo (Pto. 13).

La sentencia dictada por el TSJ sobre la base de los argumentos presentados, no resulta concordante con la normativa vigente en materia del derecho a la vivienda adecuada. En primer lugar, cabe destacar que el Comité DESC señala en el mismo punto donde establece la obligación estatal de garantizar un piso mínimo de DESC (Pto. 10 OG3), que la evaluación del cumplimiento de dicha obligación mínima debe realizarse a la luz de las particularidades del Estado estudiado, y acto seguido subraya la obligación de que “...el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes” (Pto. 11 OG3). Ello no resulta secundario si tenemos en cuenta que la jurisdicción escrutada es la

Ciudad de Buenos Aires que cuenta con una de las constituciones locales que con mayor amplitud protege el derecho a la vivienda de sus habitantes; uno de los distritos más rico del país; y la 13ra Ciudad más rica del mundo, con un ingreso en dólares que la ubica delante de ciudades como Hong Kong, Atlanta o San Pablo, con un PBG (Producto Bruto Geográfico) que prácticamente triplica el ingreso per cápita promedio de la Argentina, y que la ubica primera en Latinoamérica (conforme cifras brindadas por el propio GCBA a través de su Web:

http://www.buenosaires.gov.ar/areas/produccion/promocion_inversiones/invertir_bsas/porque_invertir.php). Lo referido por el Comité habilita a juzgar la satisfacción del mínimo exigible a cada Estado, de conformidad con las características particulares reinantes en cada una de sus jurisdicciones.

Dicho esto, procede hacer especial hincapié en la absoluta incompatibilidad del mínimo exigible establecido por el TSJ en materia de derecho a la vivienda, respecto del estándar fijado por el Comité DESC a través de sus diversas Observaciones Generales. En este sentido, resulta imperioso transcribir algunas afirmaciones realizadas por el órgano de aplicación e interpretación del PIDESC en relación al derecho a la vivienda. Así, el Comité comienza aseverando que “...**el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza** o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.” (Pto. 7 OG4. Los destacados no obran en el original).

Resulta evidente la brecha entre la línea de partida trazada por el Comité y la reinterpretación del TSJ al concluir que “[e]n la interpretación del Comité, el parador estatal destinado a brindar “abrigo” aparece como la expresión mínima del derecho a la vivienda.”(Pto. 5.9 in fine del voto de los Sres. Jueces Conde y Lozano). Abonan esta tesis otros axiomas también fijados por el órgano especializado en la materia. Particularmente, aquel que destaca: “...*la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada... ‘el concepto de ‘vivienda adecuada’... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada...*” (Pto. 7 OG4). Y por sobre todo la afirmación respecto a que “*sea cual fuere el tipo de tenencia [alquiler, vivienda en cooperativa,*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

arriendo, ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales], todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento y otras amenazas”. (Pto. 8.a OG4).

Lo anterior permite corroborar que la exégesis efectuada por el TSJ no se corresponde en absoluto con lo que el Comité DESC ha interpretado por “derecho a la vivienda” y su “piso mínimo”. Conclusión que encuentra un mayor basamento si se analiza efectivamente el propósito, la reglamentación y el alcance del programa gubernamental de paradores y hogares.

Los paradores nocturnos brindan servicio de pernocte, comida, ducha y atención profesional. En la actualidad, existen 4 paradores nocturnos en toda la ciudad de Buenos Aires: Parador Retiro (para hombres solos de 21 a 60 años con 155 plazas, ubicado en Gendarmería Nacional 522), Parador Bepo Ghezzi (para hombres solos de 21 a 60 años con 74 plazas, ubicado en Masantonio 2970), Parador de Mujeres Azucena Villafior (para mujeres solas y madres con niños con 35 plazas, situado en Piedras 1583) y Centro de Inclusión Social Costanera Sur (para familias enteras con hijos, hombres solos con o sin hijos, con 140 plazas, situado en Av. España 2265).

Los hogares de tránsito, creados en 1997, brindan alojamiento nocturno, cena, desayuno y ducha. Son para personas mayores de edad, en efectiva situación de calle, hombres solos y mujeres solas o con hijos/as de hasta 18 años. Las personas pueden residir en los hogares de tránsito por un tiempo de tres meses, plazo postergable por dos períodos de más de tres meses cada uno “a criterio del profesional, justificado en el abordaje del caso del receptor”. La reincorporación a los hogares de tránsito puede darse una vez que haya pasado un período de 1 año desde el egreso del programa. El programa reglamenta la entrada y salida en rangos de horarios fijos: no se encuentra **permitido permanecer en el establecimiento entre las 8 y las 18 de cada día** y los ingresos a los establecimientos deben realizarse con anterioridad a las 20 o 21 según el mes. Como condiciones para permanecer establece la obligación de “concurrir al servicio social y al servicio psicológico toda vez que sea citado y cumplir con las indicaciones que le sean dadas”. Para los casos de los hogares de tránsito que alojan a madres con hijos y/o hijas, se encuentra reglamentado que **los niños no pueden permanecer sin la presencia de sus madres, o bien de otro adulto que se encuentre transitoriamente**

en el hogar de tránsito y haya sido autorizado por escrito. A su vez, el programa les impone a las mujeres **la obligación de enviarlos a la escuela o, en el caso de menores de 4 años, a jardines maternos,** ello aún en una Ciudad donde la ausencia de vacantes para la educación inicial es de tal magnitud que motivó una acción de amparo que tuvo sentencia favorable tanto en primera como en segunda instancia, donde el propio GCBA reconoce la falta de vacantes y se encuentra en trámite un procedimiento para solucionar esta violación de derechos (Expte. Nº 6529/09 “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)”. En época de receso escolar **los niños deben ser enviados a la colonia de vacaciones de forma compulsiva.** Las prestaciones del programa se brindan a través de instituciones propias del GCBA o de instituciones con convenio, en el primer caso, cuenta con 3 hogares de tránsito propios con capacidad diaria para 266 plazas. Además de ellos existen instituciones conveniadas: Hogar Monteagudo con 100 plazas, dos hogares del Ejército de Salvación (Hogares El Refugio y El Amparo) con una capacidad operativa de 120 plazas, seis hogares de Cáritas (Hogar Año Santo, Hogar Effata, Hogar Dormí Nuestra Señora de Luján, Hogar Belén, Hogar San Francisco, Hogar San José y Hogar Nuestra Señora del Pilar) con capacidad para 160 personas (para ver la cantidad de plazas para los años 2008 y 2009 nos remitimos a: Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires (MPT), Las políticas públicas de infancia y salud mental. Un análisis en la Ciudad de Buenos Aires desde una perspectiva de derechos -2005-2010-, 1ra. Ed., Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 48/51).

Los paradores nocturnos y los hogares de tránsito no han sido concebidos siquiera por el Poder Ejecutivo local como un medio tendiente a garantizar el mínimo obligatorio del derecho a la vivienda de los habitantes de la Ciudad. Muy por el contrario, tanto los unos como los otros han sido ideados con un propósito netamente humanitario, dirigido a paliar situaciones de emergencia crítica. Así lo evidencia por ejemplo el objetivo de los paradores nocturnos establecido por el propio GCBA: *“Brindar, con carácter inmediato y de emergencia, servicio de pernocte durante la noche, comida y atención profesional social, psicológica y médica.”* (http://www.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/atencion_inmediata/paradores_nocturnos.php?menu_id=233 45).

Cabe escrutar los paradores y hogares de tránsito estatales a la luz de los elementos que integran el



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

“derecho a la vivienda adecuada” -de conformidad con lo establecido por el Comité DESC-. Ello con el propósito de reflexionar acerca de si la mentada política puede ser considerada como el mínimo obligatorio de satisfacción del referido derecho o si, por el contrario, resulta ser un programa de emergencia netamente humanitario y que poco o nada tiene que ver con el derecho fundamental a la vivienda digna y adecuada.

En esa línea, resulta ilustrativo traer a colación una serie de aspectos comunes a todas las sociedades, que el órgano de interpretación y aplicación del PIDESC identifica como “...[aquellos] factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se pueden considerar que constituyen una ‘vivienda adecuada’”. A saber: *seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; lugar, y adecuación cultural.* (Comité DESC, OG4, pto. 8).

Señalado lo anterior, no quedan dudas acerca de que los paradores y hogares de tránsito estatales no pueden ser considerados como programas dirigidos a respetar y garantizar “el derecho a la vivienda adecuada y digna”, y por lo tanto, tampoco pueden concebirse como medios a través de los cuales el GCBA cumple con su obligación de satisfacer el piso mínimo de dicho derecho. Ello, básicamente porque:

-Mientras la *seguridad jurídica en la tenencia* exige que sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad en ella que les garantice una protección legal contra el desahucio; los paradores y hogares de tránsito estatales de la Ciudad se encuentran abiertos al público únicamente en horario nocturno, obligando a quienes pernoctan allí a abandonar las instalaciones en horario diurno. Asimismo, el programa de hogares de tránsito no cuenta con pautas claras y formales de renovación de la estadía en ellos, dejando librada a la discrecionalidad de la Administración la potestad de extender o no la permanencia de cada familia. Por otra parte, todas las personas para permanecer en el hogar de tránsito deben concurrir al servicio social y al servicio psicológico toda vez que sean citados y cumplir con las indicaciones que le sean dadas, debiendo irse del lugar en caso contrario. (Reglamento del Programa Integrador para Gente sin Techo: Art. 9º Decreto 607/97, Buenos Aires, 27 de Agosto de 2003. En MPT, Ob.Cit. P. 50).

-Mientras la *disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura*, establece que todos los beneficiarios del derecho a la vivienda deberían tener acceso permanente a agua potable, a energía, calefacción y

alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, al almacenamiento de alimentos, y a servicios de emergencia entre otros; los paradores nocturnos y hogares de tránsito, en el mejor de los casos, sólo proveen algunos de dichos servicios durante el horario nocturno en el que se encuentran abiertos, no permitiendo la utilización de sus instalaciones durante todo el resto del tiempo que tienen sus puertas cerradas a la comunidad -de 8 a 18 hs.-.

-Mientras la *habitabilidad* establece que una vivienda adecuada debe ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad, toda vez que una vivienda y condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas; los paradores nocturnos y hogares de tránsito sólo ofrecen una cama a sus usuarios y servicios sanitarios comunes, y obligan a éstos a exponerse a las inclemencias climáticas, sean cuales fueren, durante todo el tiempo que cierran sus puertas. En el caso de los niños, la situación resulta incluso más gravosa por cuanto ninguna persona menor de 18 años puede permanecer en los hogares de tránsito sin la presencia de su madre u otro adulto que se encuentre transitoriamente en el hogar y haya sido autorizado por escrito.

-Mientras la *asequibilidad* exige que a los grupos en situación de desventaja debe concederse un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda, teniéndose plenamente en cuenta las necesidades especiales de éstos; ninguno de los dos programas analizados ha sido creado con el fin de habilitar un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda, aun cuando han sido diagramados para asistir a personas en situación de calle que, como tales, evidentemente no cuentan con recursos suficientes para acceder siquiera a un alquiler mensual. De esto da cuenta el hecho de que pese a haber sido concebida como una solución habitacional transitoria y que no garantiza en sí misma el derecho a la vivienda sino sólo sirve para apaliar una situación de extrema urgencia y se vincula por ello a una cuestión netamente humanitaria, la política de paradores y hogares de tránsito en la práctica se convirtió en el lugar donde pernoctan diariamente personas en situación crónica de calle: el 16,6% de las personas habita un uno u otro dispositivo desde hace 2 o 3 años; el 6,8% desde hace más de 4 años. A su vez, el 54% de la población alojada en estos dispositivos carece de una vivienda segura desde hace más de 2 años y el 20,7% de 4 a 9



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

años (MPT, Ob. Cit. P. 48/9). Resulta evidente entonces que los hogares de tránsito y los paradores nocturnos no han sido creados como una política tendiente a garantizar a sus destinatarios el acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda digna y adecuada.

-Mientras la condición del *lugar* establece que toda vivienda adecuada debe encontrarse en una zona que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales; los niños, independientemente de su centro de vida anterior (clubes de deporte, centro de salud, escuela, talleres recreativos, etc.) solamente pueden pernoctar en el Parador Costanera Sur junto a su familia lo que significa que si ésta es desalojada del inmueble que habitaba hacía años en el barrio de Liniers, por ejemplo, sus niños deberán ir allí. Además, si no hubiera disponibilidad en éste, sólo podrían concurrir con su madre al Parador Azucena Villaflor, en Constitución, y, si no tienen madre, a una institución de albergue de niños, toda vez que los otros paradores nocturnos para hombres no aceptan menores de 18 años. (MPT, Ob. Ct. P. 48).

En síntesis, **los paradores nocturnos y hogares de tránsito no pueden bajo ningún aspecto ser considerados como una política tendiente a satisfacer, siquiera, el piso mínimo obligatorio del derecho a la vivienda adecuada y digna.** Ello por cuanto los unos y los otros han sido ideados, creados e implementados con el fin de dar una respuesta humanitaria, de emergencia y sumamente acotada a aquellas personas que requieran una asistencia inmediata a los fines de no verse obligadas a pernoctar al intemperie, y no con el propósito de garantizar un estándar mínimo del derecho a la vivienda. Hecho que queda confirmado luego de observar que dichos programas no incorporan en ningún grado las características constitutivas del derecho a la vivienda adecuada y digna establecidas por el Bloque Constitucional Federal y la interpretación del Comité DESC ya mencionada.

El fallo de mayoría se asienta sobre una interpretación de la OG3 que resulta improcedente a la luz del paradigma de los derechos humanos, y por lo tanto contraria al plexo normativo vigente en la materia dentro del Bloque de Constitucionalidad Federal. El TSJ entiende que el bloque normativo vigente en la Ciudad de Buenos Aires únicamente establece el deber estatal de brindar la protección de un techo o albergue básico (Pto. 12 in fine); que dicha cobertura habitacional indispensable se encuentra garantizada a través de hogares

o paradores oficiales (Pto. 5.2 in fine); y sobre dicha hermenéutica concluye que no resulta inconstitucional un subsidio habitacional que otorga un monto insuficiente para acceder a una vivienda y que se otorga por un período acotado de tiempo (Pto. 13).

Sin embargo, el razonamiento ensayado por el máximo tribunal local acarrea un germen de origen que termina desvirtuándolo en su totalidad. La decisión final respecto de la constitucionalidad del subsidio habitacional impugnado inicialmente por insuficiente y acotado en el tiempo, parte de un supuesto cumplimiento estatal del mínimo obligatorio del derecho a la vivienda adecuada y digna a través de los hogares de tránsito y paradores. Para así concluir, los magistrados acuden al punto 10 de la OG3 pero, paradójicamente, en lugar de apelar a los principios hermenéuticos propios de los derechos humanos para analizar un instrumento de derechos humanos, terminan efectuando una interpretación parcial, caprichosa, sesgada y arbitraria; restrictiva del derecho a la vivienda del niño L. que ilustrativamente podría ser calificada como una interpretación *contra homine*.

En este sentido, la doctrina especializada en la materia subraya la existencia de una serie de principios generales del derecho internacional y de principios propios del derecho internacional de los derechos humanos que brindan pautas hermenéuticas claras, identificando en primer término el principio *pro homine*. Al respecto, la Dra. Mónica Pinto señala: “[a] la luz del criterio *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.” (Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 3ra reimpresión, 2004, p. 81).

A partir de lo señalado cabe retornar a la interpretación realizada por los magistrados del TSJ respecto del piso mínimo del derecho humano a la vivienda. En ese sentido, los Sres. Jueces Conde y Lozano remiten al punto 10 de la OG3, y en particular a la enumeración que realiza el Comité al referirse a la obligación estatal de garantizar un estándar mínimo de satisfacción de DESC: “...alimentos esenciales, atención primaria de salud esencial, **de abrigo y vivienda básicos...**”. En atención a lo cual concluyen: “[r]esulta ilustrativo men-



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

cionar que en las versiones en inglés y francés, para lo que aquí importa, se usan respectivamente los términos “shelter and housing” y “logement”. Traducido al español, “shelter” es “abrigo” o “refugio” y combinada con “housing” o “logement” remite a la idea de alojamientos gubernamentales u oficiales (cf. Diccionario Oxford Spanish Dictionary, Oxford University Press, 2005 y Espasa Grand: español-francés, Espasa-Calpe, 2000)”(Cons. 5.9 del voto de los Sres. Jueces Conde y Lozano). Por su parte, el tercer magistrado del voto de mayoría -Sr. Juez Casás-, sin dar explicación exegética alguna concluye: “7. Tampoco puede pasar inadvertido que como solución coyuntural y para dar satisfacción al estándar mínimo de un techo –que reclama el plexo internacional de tratados sobre derechos humanos- y conjurar la situación de calle, en la Ciudad de Buenos Aires se han habilitado paradores nocturnos y hogares para personas con necesidades especiales.[...]” (Cons. 7).

De los párrafos transcritos se desprende con meridiana claridad la incompatibilidad de las interpretaciones ensayadas por los magistrados respecto de las reglas hermenéuticas que pacíficamente rigen la exégesis de todo instrumento de derechos humanos.

En primer lugar, cabe señalar la inversión del principio *pro homine* que llevaron a cabo los Sres. Jueces Conde y Lozano, quienes en lugar de desarrollar una **interpretación extensiva** al tratar el reconocimiento de un derecho humano fundamental como la vivienda, ensayaron una interpretación sumamente restringida y restrictiva sobre la base de argumentos improcedentes. Así concluyeron que el Comité DESC, al referirse en su OG3 al mínimo obligatorio del derecho a la vivienda que todo Estado debe garantizar, estableció el deber gubernamental de **proveer únicamente alojamientos nocturnos, es decir que ni siquiera brindar “abrigo” durante el día**. Además, emplearon una interpretación literal del texto de la OG3, o mejor dicho, de sólo una palabra de él: “abrigo”. **Pues descartaron la conjunción copulativa “y”, utilizada para unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo, que une en este caso los términos “abrigo” y “vivienda básica”**. Y sobre la base de un traductor disponible en Internet (<http://www.wordreference.com/es/>), concluyeron que la combinación del término inglés “shelter”, el inglés “housing” y el francés “logement”, referían a la idea de alojamientos gubernamentales y oficiales. Sin embargo, la traducción de dichos términos tomada de la misma fuente remite a “las políticas del gobierno en cuanto al problema de vivienda”, o a la “vivienda oficial”, es decir,

nunca dejan de referirse a la vivienda para hablar únicamente de “abrigo”.

Nuevamente, la interpretación del TSJ no ha respetado la pauta hermenéutica *pro homine* propia del derecho de los derechos humanos, sino que en franca contradicción con ésta, ha acudido a la interpretación más restringida y restrictiva de un elemento fundamental para la más elemental subsistencia humana, como es el piso mínimo del derecho a la vivienda adecuada y digna.

Tal como ha quedado demostrado, los paradores nocturnos y hogares de tránsito son sólo un lugar donde dormir. No pueden ser considerados bajo ningún punto de vista como un medio a través del cual la Ciudad de Buenos Aires cumple con su obligación insoslayable de garantizar un piso mínimo del derecho a la vivienda adecuada y digna. Estos tienen una función humanitaria y de emergencia recaída en cabeza del Estado local, pero no pueden concebirse como herramientas tendientes a satisfacer el piso mínimo obligatorio del derecho a la vivienda en el ámbito de la Ciudad, por cuanto pese a ser implementados por uno de los distritos más rico del país y 13ra ciudad más rica del mundo, dichos programas no incorporan en ningún grado las características constitutivas del derecho a la vivienda adecuada y digna establecidas por el Comité DESC. Lo contrario, sólo puede afirmarse apelando a interpretaciones que desconocen o pasan por alto las pautas hermenéuticas más fundamentales del derecho de los derechos humanos y que, como tales, resultan absolutamente improcedentes.

Además de ello, estos programas vulneran especialmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, resultan violatorios del **derecho a la convivencia familiar** de ellos, enunciado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; y desarrollado ampliamente en la **Ley N°26.061** de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En este sentido, al legislar en materia de medidas de protección integral de derechos que tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias, esta norma señala que: **“Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes.** Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de **necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de**



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a **brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.**” (Art. 36)...“Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) **Aquellas tendencias a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;** [...] d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en **programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;** [...] g) **Asistencia económica.** [...]” (Art. 37). (El resaltado es propio).

En tanto único medio a través del cual el GCBA pretende satisfacer el derecho a la vivienda de las familias en situación de calle, el subsidio habitacional se presenta -en principio- como la herramienta más cercana a garantizar el **derecho a la convivencia familiar de los niños, niñas y adolescentes que integran dichos grupos familiares.** Como se ha mencionado previamente, los demás programas destinados a este universo de personas –paradores nocturnos y hogares de tránsito– son flagrantemente violatorios del derecho a la convivencia familiar de los niños afectados, toda vez que casi en su totalidad no receptan familias completas, sino que las dividen en razón del género y la edad de sus integrantes.

Concluir entonces que **el único programa destinado a familias en situación de calle que tiende a respetar y garantizar el derecho de niños, niñas y adolescentes a la convivencia familiar pueda ser insuficiente para acceder a una vivienda digna y adecuada y pueda interrumpirse definitivamente antes que la familia sea capaz de garantizarse ese derecho por sus propios medios, nuevamente resulta violatorio del bloque constitucional federal.** Esta vez, de un derecho tan relevante para los niños como lo es la convivencia con sus familias. En nada modifica esta conclusión el hecho que las familias a quienes se les quita el subsidio habitacional -y consecuentemente son empujadas por el Estado local a encontrarse nuevamente en situación de calle-, puedan acceder (en caso que haya plazas) a los programas de hogares de tránsito o paradores nocturnos, toda vez que ni unos ni otros respetan el derecho de los niños, niñas y/o adolescentes a la convivencia familiar, entrando así en absoluta contradicción con el marco jurídico que obliga a la Ciudad de Buenos Aires.

El piso mínimo de protección del derecho a la vivienda exige, por lo menos, un programa que brinde respuesta a la emergencia habitacional de manera tal que las personas no queden en situación de calle y se

respete el derecho a la convivencia familiar. En esta línea debe inscribirse el subsidio local creado por el Decreto N° 690/06, que si bien no es por sí mismo suficiente para abarcar totalmente la problemática habitacional, tiende a lograr el fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales de aquellas familias que se hallen en inminente situación de desamparo habitacional o transitoriamente sin vivienda por causa de desalojo u otras causas.

Este programa de transferencia de ingresos, creado por el GCBA para brindar un mínimo grado de satisfacción del derecho a la vivienda adecuada y digna a un determinado universo de sus habitantes, muestra que:

a) Por un lado, a diferencia de los programas de paradores nocturnos y hogares de tránsito, el subsidio habitacional siempre que se garantice su continuidad y adecuación de los fondos a las necesidades de las familias, se condice en cierta medida con un programa tendiente a dar satisfacción al mínimo obligatorio del derecho a la vivienda, por cuanto al transferirles fondos a sus destinatarios con fines habitacionales, busca: garantizar cierto grado de *seguridad jurídica en la tenencia* que les asegure una protección legal contra el desahucio, al habilitarlos por ejemplo a rentar una habitación; permitir contar con la *disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura*, del alojamiento que renten durante todo el día, todos los días, y no sólo en horarios nocturnos; permitir protegerse del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud durante todo el día, todos los días; habilitar un cierto margen de decisión para elegir el *lugar* de alojamiento.

b) Por otra parte, mientras los programas de paradores y hogares de tránsito, en general, no respetan los derechos de los niños, niñas y adolescentes a la convivencia familiar dado que dividen a los integrantes de una misma familia en función de su género y edad, y cierran sus puertas durante largas horas, el subsidio habitacional permite a las familias acceder a una vivienda sin la necesidad de disgregarse, pudiendo permanecer en ella tanto de día como de noche, y respetando de este modo la posibilidad de los niños de convivir con sus padres.

c) Finalmente, cabe subrayar que ningún otro programa habitacional vigente en la Ciudad de Buenos Aires otorga un grado de respeto semejante o superior al derecho a la vivienda de las familias en situación de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

calle al que se encuentra destinado el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle. Tal como surge de su articulado, este programa ha sido creado para la población en situación de emergencia habitacional más extrema, y así lo confirma la propia norma al establecer como requisito para recibir el subsidio habitacional la obligación de acreditar *poseer ingresos menores a la línea de pobreza fijada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), u organismo local competente que se establezca. (Art. 5.c. Decreto 960/GCABA/08)*. Todo el resto de la política habitacional de la Ciudad de Buenos Aires se encuentra destinada a un universo poblacional en situación socio ambiental de menor vulnerabilidad, salvo los paradores nocturnos y hogares de tránsito que, como hemos visto, se encuentran incluso por debajo del grado de respeto y garantía del mínimo obligatorio del derecho a la vivienda adecuada y digna.

De esta forma, queda demostrado que la única alternativa habitacional del universo de personas al que se encuentra destinado el subsidio habitacional del Decreto 690/06 son los paradores nocturnos y los hogares de tránsito. Lo cual resulta determinante, toda vez que como se evidenció, ni los unos ni los otros satisfacen siquiera el mínimo obligatorio del derecho a la vivienda digna y adecuada.

En conclusión cabe advertir que la forma a través de la cual el GCBA dispuso oportunamente contrarrestar la **situación de emergencia habitacional del niño L. R. A., ha sido la asignación del subsidio habitacional para Familias en Situación de Calle**, un programa -creado por el Poder Ejecutivo- tendiente a satisfacer el mínimo indispensable del derecho a la vivienda de una franja de la población más vulnerable de la Ciudad. Tal como hemos visto, el Estado local no cuenta con programas alternativos tendientes a garantizar el derecho a la vivienda a los niños mencionados, motivo por el cual, como alternativa al subsidio, únicamente serían receptados por los programas de hogares de tránsito y/o paradores nocturnos.

Dado que dichos programas no cumplen siquiera con el piso mínimo obligatorio del derecho a la vivienda, la única forma mediante la cual la Ciudad estaría tendiendo a dar cumplimiento a su obligación constitucional respecto de nuestros representados sería a través del subsidio habitacional correspondiente al Programa Familias en Situación de Calle. Por lo tanto, **el subsidio habitacional no puede ser insuficiente ni acotado en el tiempo, pues de lo contrario, la Ciudad de Buenos Aires estaría violando el derecho a la vivienda digna y adecuada de los niños**. En consecuencia, la sentencia judicial del TSJ que dentro del marco referido

avala la insuficiencia y temporalidad de un subsidio habitacional asignado a una familia, le genera una consecuencia extremadamente gravosa y es enviarlas a vivir a un parador, reproduciendo la situación de vulnerabilidad inicial en virtud de la cual la Ciudad de Buenos Aires dispuso asistirle. Esto resulta, a todas luces, contrario al Bloque de Constitucionalidad Federal.

3. Vulneración del Principio de Progresividad y no regresividad.

Uno de los principales compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de DESC, es la obligación inmediata de respetar y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de sus habitantes y de mejorar permanentemente el grado de satisfacción de los mismos. Este mandato propio del derecho internacional de los derechos humanos es conocido como el principio de progresividad o de realización progresiva de los DESC, y se encuentra contenido, entre otros, en el artículo 2.1 del PIDESC. En virtud del desarrollo efectuado por el Comité de DESC en su Observación General N°3, se concluye que el principio de progresividad contiene dos sentidos complementarios. Por un lado, que la efectivización plena de los DESC supone una cierta gradualidad. Por el otro, que dicho principio impone al Estado una obligación insoslayable de mejorar permanentemente las condiciones de respeto y garantía de los DESC de todas aquellas personas bajo su jurisdicción.

Ahora bien, el principio de progresividad no se agota allí, sino que existe un importante consenso jurisprudencial y doctrinario respecto a que éste cuenta con una segunda cara que impone a los Estados **la prohibición de retroceso o el principio de no regresividad**. En palabras de Christian Courtis, el principio de no regresividad establece en cabeza de los Estados “la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado respectivo, o bien, en cada mejora “progresiva” (Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, Christian (compilador), Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 3/52.).

Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación a las posibilidades de restricción de los DESC que los Tratados de Derechos Humanos pertinentes y la Constitución



imponen a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Desde el punto de vista del ciudadano, constituye una garantía de mantenimiento de los DESC de los que goza desde la adopción del PIDESC y la Convención Americana de Derechos Humanos, y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces.

Este principio funciona como un **criterio de control de la razonabilidad** de las leyes y reglamentos que realiza el poder judicial en función de la garantía del debido proceso contenida en el artículo 28 de la Constitución Nacional. La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal e histórica: aún siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo *no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente*, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posible, los poderes políticos **tienen en principio vedado** elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, *además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los DESC*. (Víctor Abramovich y Christían Courtis, Los derechos sociales como exigibles, Editorial Trotta, Año 2002).

3.3. Los límites temporarios y el tope en el monto del subsidio del grupo familiar actor como violación del principio de progresividad.

A la luz del principio de progresividad, el Estado local “adoptó una medida” tendiente a avanzar en pos del objetivo de la plena realización del derecho a la vivienda digna y adecuada, y con ella fijó un grado de protección determinado para la población en situación de calle. Es decir, dio un paso hacia adelante en el respeto y la garantía del derecho a la vivienda de un sector de la población en situación de vulnerabilidad suprema. El universo de personas en situación de emergencia habitacional extrema pasó a tener un mínimo grado de garantía de su derecho a la vivienda: el subsidio monetario creado por el Decreto 690/06.

Entrado en vigor este Decreto, se comenzaron a plantear ante la justicia local un gran número de casos de beneficiarios que ya habían agotado el total de cuotas permitidas, pero que pese a ello no habían logrado superar su situación de emergencia habitacional. Motivo por el cual, tras contar con un mínimo grado de satisfacción de su derecho a la vivienda, pasaban a encontrarse en una situación ulterior significativamente más desventajosa. Es decir, pasaban a estar nuevamente en situación de calle.

Frente a esta problemática, el TSJ se pronunció en el caso “Moravito” e instauró una doctrina que pasó a complementar de hecho la regulación del derecho a la vivienda de las familias en situación de calle de la Ciudad. (TSJ, Expte. n°5033/06: “Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, 11 de diciembre de 2007).

En función de lo dispuesto por el Decreto 690/GCABA/06, y principalmente sobre la base del principio de progresividad, el TSJ entendió que el GCBA se había obligado a orientar a los beneficiarios de tales subsidios en la búsqueda de estrategias superadoras de su situación de carencia habitacional, y que la continuidad del subsidio quedaba sujeta a la actividad de orientación por parte de la Administración. A partir de esta doctrina entonces, las familias en situación de calle de la Ciudad que cumplieren con los requisitos fijados en el Decreto 690/GCABA/06 pasaron a tener una garantía mínima de su derecho a la vivienda a cargo del GCBA: un subsidio habitacional cuya continuidad (luego de las 10 cuotas) quedaba sujeta a la actividad de orientación para la solución habitacional definitiva por parte de la Administración (Fallo “Moravito”).

El caso de autos debería mirarse a la luz de dicho entendimiento, es decir que si una prestación realizada por parte del Estado –programa o política pública – se entrega por un cierto período de tiempo bajo ciertas condiciones –en el caso, la emergencia habitacional- y luego de un lapso de tiempo y sin que dichas condiciones se hayan modificado es recortado o suspendido dicho programa, el Estado está violando el principio de progresividad y la prohibición de no regresividad.

Lo establecido por el TSJ en “Alba Quintana” es contrario a la prohibición de regresividad, en cuanto efectúa una incorrecta interpretación de la Observación General N° 3. En efecto, el punto 9 de la referida Observación establece que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo (...) requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Resulta inexplicable que el TSJ interprete esta exigencia en el sentido de que “no cabe medir la mejora según lo que le toque a cada individuo (...) sino que debe serlo globalmente para toda la población”. Ello podría ser el caso si los subsidios no fueran entregados en forma individual en virtud de ciertas condiciones que debe probar el grupo familiar beneficiario de dicho subsidio. Evidentemente, eso no es lo que sucede con los subsidios



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

habitacionales, en cuanto las condiciones particulares de los beneficiarios terminan determinando su cuantía y duración.

El demandado es el único responsable de no poder atender el problema estructural de vivienda que aqueja a la ciudad. Tal como lo ha afirmado el Sr. Juez de 1º Instancia, “el pago de subsidios únicos que no impliquen una resolución definitiva de la situación del beneficiario opera como un recurso expulsatorio del beneficiario, estéril, en tanto al no modificar la causa estructural conlleva al necesario retorno del subsidiado al conjunto de demandantes de vivienda”. El hecho de no contar con una solución al problema de vivienda de ningún modo puede ser atribuido a los beneficiarios del subsidio habitacional, quienes ven vulnerado su derecho a la vivienda en cuanto se les suspende o recorta el subsidio.

El mismo TSJ ha sostenido en “Alba Quintana” que la obligación de progresividad “implica que, en cada momento, debe exhibirse, en lo posible, un paso más que los acumulados en los momentos precedentes, y, al menos, no uno en sentido contrario”. Ello no puede tener otro significado que el GCBA tiene la obligación de, por lo menos, continuar la inclusión en el programa de subsidios habitacionales creado por el Decreto 690/06 a cada beneficiario cuya situación de vulnerabilidad no haya cesado. Es decir, si el GCBA ha adoptado una medida tendiente a la plena realización del derecho a la vivienda digna y adecuada de cada uno de sus beneficiarios, mientras la situación de emergencia habitacional subsista para cada uno de ellos, al recortarlo o suspenderlo viola el principio de progresividad y la consiguiente prohibición de regresividad.

Tal como lo ha señalado la Cámara en su pronunciamiento de fecha 27-4-10, “no sería suficiente (...) que la demandada justifique su intervención con el oportuno otorgamiento de un subsidio y, luego, más allá de la situación concreta de los actores, pretenda desligarse del resguardo de aquellos derechos con la invocación de normativa de rango infraconstitucional”. La prohibición de regresividad debe analizarse en cada caso en concreto, y si las condiciones de emergencia habitacional subsisten, recortar o suspender el subsidio implica la violación a la prohibición de regresividad

En este caso la **discontinuidad del subsidio y el límite en sus montos afecta la prohibición de regresividad**. Al respecto, es de destacar que la Corte Constitucional Colombiana se expidió sobre el alcance del derecho a la vivienda en relación con los subsidios habitacionales. Así, en la sentencia T- 1318 de 2005

dispuso que en el caso había sido violado el derecho a la vivienda de la actora y ordenó al municipio que respete el subsidio inicialmente otorgado. Para ello, consideró que “...las facetas prestacionales del derecho a la vivienda digna (...) pueden ser configuradas por los poderes con atribuciones constitucionales para diseñar políticas públicas, es decir, en primera instancia por el poder legislativo y por el poder ejecutivo. No obstante, tales poderes no tienen una plena libertad de configuración (...) les está vedado, en principio, adoptar medias regresivas en materia de satisfacción de derechos económicos sociales y culturales, por ser contrarias al mandato de progresividad, en consecuencia medidas de esta naturaleza serían consideradas prima facie inconstitucionales salvo que la autoridad respectiva justifique la necesidad de adoptarlas”. En este sentido, agregó que “...las dos principales razones expuestas por las autoridades municipales para justificar la disminución de los subsidios giran en torno a la difícil situación financiera del ente territorial. Si bien a priori esta podría ser una razón válida para adoptar una medida de claro carácter regresivo, en el caso concreto no consigue satisfacer la carga argumentativa que corresponde a la autoridad municipal. [Ello porque] sólo revela errores en la planeación y ejecución presupuestal a cargo del municipio, razón que tampoco es considerada como una justificación válida para adoptar una medida regresiva en materia del derecho a la vivienda digna. Los beneficiarios del subsidio no están obligados a soportar la imprevisión y poca eficiencia de las autoridades municipales en la ejecución de las políticas públicas destinadas a la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales...”. Es de destacar que en este caso no se esgrimen razones algunas para retroceder en la protección del derecho.

La prohibición de regresividad funciona como un control agravado de razonabilidad que los jueces deben hacer y, cuando se verifica que existe una regresión en materia de derechos, las medidas cuestionadas se presumen inconstitucionales. Esta presunción, a su vez, implica la inversión de la carga de la prueba, por lo que, en caso de dudas, el juez debe hacer lugar al cuestionamiento de las medidas impugnadas.

Al respecto, la CSJN en el caso “Aquino” sostiene la existencia de la presunción aquí invocada y su alto impacto, en tanto afirma, respecto de la norma que exime de responsabilidad civil al empleador modificando el sistema anterior de reparación integral que “...existe una “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observa-



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

ción General N° 14 y N° 15, cits., págs 103 -párr.32- y 122 -párr.19-, respectivamente), sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que “la mejora continua de las condiciones de existencia”, según reza, preceptivamente, su art. 11.1” (Fallos. 327:3753). El Estado no sólo debe dar razones para justificar la modificación cuando se vulnera el principio de no regresividad, sino que además las justificaciones alegadas deben ser evaluadas bajo un escrutinio estricto, criterio admitido por la CSJN para supuestos de discriminación en los casos “Hooff” y “Gottschau”, entre otros (Fallos 327:5118 y 329: 2986, respectivamente. Nos remitimos al respecto a Maurino G., “Protección Constitucional para los más humildes”, en “El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario”, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, Lexis Nexis, Año 2007).

Asimismo, la sentencia de la Cámara es clara con relación a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el grupo familiar actor. En efecto, la ampliación del monto respondió al análisis de los informes vertidos por la parte actora que dan prueba de la insuficiencia del monto del subsidio. Sostener, como lo hace el TSJ, que esta ampliación contradice, justamente, el derecho a la vivienda digna, es desconocer palmariamente nuestros compromisos constitucionales e internacionales en la materia recién revisados.

En idéntico orden de ideas, la regresividad que estoy planteando no es propia de un análisis en abstracto, sino que tiene una consecuencia directa y gravosa sobre el grupo familiar actor. En efecto, en la medida en que se dé cumplimiento a la manda de la decisión impugnada en la presente, los actores sólo tendrán una opción: concurrir a los paradores; opción que, como veremos posteriormente, tampoco cumple con el piso mínimo exigido por nuestro bloque constitucional federal. Ya sea por el mero paso del tiempo -6 meses- o por el dictado de una sentencia conforme a los criterios vertidos en la decisión recurrida, lo cierto es que L. A., su esposa D. R. de A. y su hijo menor, L. J.A. R., quedarán en la misma situación de vulnerabilidad habitacional que se encontraban al momento de interponer la acción de amparo. No es necesario remarcar que fue justamente esa situación la que motivó dicho accionar. Para lo cual, de producirse esos efectos, se dará la situación paradójica, y lo que es peor, sustancialmente injusta, de que todo el accionar de las instituciones judiciales en el caso no habrá logrado su finalidad: la garantía y la protección del derecho a la vivienda de dicho grupo familiar.

En igual sentido, el TSJ intenta apoyar su desarrollo argumentativo en “la más reciente jurisprudencia de

la CSJN en materia cautelar” que, a entender de dicho Tribunal, “ha advertido de los inconvenientes que provoca agotar por su intermedio “...el contenido mismo de la pretensión jurídica”, pues se hace desaparecer su provisionalidad y su prolongación indefinida en el tiempo provoca que la decisión cognitiva de fondo llegue cuando carece de importancia o cuando el derecho de defensa de la contraparte ya ha sufrido un profundo menoscabo” (cfme. “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A – Incompetencia c/Estado Nacional s/medida cautelar (autónoma)”, sentencia del 15-03-2011). De allí concluye el TSJ que “frente a situaciones de esa especie, la Corte Federal estimó apropiado “la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar”” (punto 4 del voto del Dr. Lozano al que adhieren la Dra. Conde y el Dr. Casás).

Sin embargo, existen varias razones para cuestionar esta aplicación automática de dicho estándar jurisprudencial que pretende el TSJ. En primer lugar, un mero repaso del precedente citado nos permite advertir que el caso allí resuelto por esta Honorable Corte no puede ser aplicado sin más al presente caso de autos. En efecto, en dicho precedente se cuestionó la razonabilidad de la resolución de la Cámara que, al confirmar la decisión de primera instancia, hizo lugar a la medida cautelar y, en consecuencia, ordenó al Estado Nacional que, hasta tanto se dilucidara la cuestión de fondo en el juicio que se iniciara al respecto, se abstuviera de autorizar o realizar cualquier acto que implique admitir la transferencia de una licencia en materia audiovisual. La Corte rechazó los planteos en virtud de la jurisprudencia del tribunal con relación a que las resoluciones referentes a medidas cautelares no constituyen sentencia definitiva o equiparable a ésta, a los fines de habilitar la instancia extraordinaria; y en virtud de que, en el caso, los impugnantes no lograron demostrar “la existencia de dos requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia de este Tribunal para equiparar a sentencia definitiva una medida cautelar, esto es, que medie cuestión federal bastante conjuntamente con un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias de hecho, resulte irreparable” (cfme. considerando 3º del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni). Posteriormente a ello, la Corte se remite a precedentes en la materia (“Grupo Clarín”) para expresar la importancia de que el dictado de una medida cautelar no debe anticipar la solución de fondo ni desnaturalizar el derecho federal invocado.

Sin embargo, nada de lo hasta aquí realizado por el Sr. Juez de Primera Instancia y confirmado luego por la Cámara del fuero contradice lo sentado por la Corte Suprema, como pretende el TSJ. En efecto, en



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

primer término, la Corte expresó que “si la sentencia en la acción de fondo demorara un tiempo excesivo, se permitiría a la actora obtener por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial en autos” (cfme. cons. 4º del voto recién citado). Esto no ha sucedido en el presente caso toda vez que, como lo expresé en el desarrollo de los antecedentes, la pretensión cautelar siempre estuvo acompañada, en un plazo razonable, del dictado del fondo de la cuestión en igual sentido al realizado con relación a dicha pretensión. Nótese que mientras que la decisión favorable respecto a la solicitud de fondo del actor en primera instancia ocurrió el 17-04-09, tan sólo 4 meses después se otorgó la ampliación del monto del subsidio.

Pero además, tampoco parece razonable que sea el accionante quien tenga que soportar el costo de la tardanza de los operadores judiciales, quienes, con todo el esfuerzo institucional posible –y limitado por obvias cuestiones estructurales- deciden los casos en un determinado plazo, que no siempre es breve. Exigir la revocación de la pretensión cautelar, con la consecuente circunstancia de que los actores quedarán en efectiva situación de calle, como consecuencia de los obstáculos estructurales que afectan actualmente el acceso a la justicia de sectores socioeconómicamente desaventajados –como el actor en el presente- no parece resistir el menor análisis.

Aún más, esto contradice directamente el estándar sentado por esta Corte en el caso “Espósito” en cuya oportunidad sentenció que “son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el artículo 18 de la Constitución Nacional” (CSJN, “Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, sentencia del 23-12-04).

En segundo lugar, este Máximo Tribunal expresó que “la esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad, según las más tradicionales caracterizaciones doctrinarias. Esto significa que siempre la medida se extingue ante la decisión cognitiva de fondo o la decisión final administrativa. Se trata siempre de resoluciones

jurisdiccionales precarias, nunca definitivas” (cfme. cons. 5º del voto citado). Sin embargo, aquí tampoco existió exceso alguno por parte de los Magistrados intervinientes. Al contrario, los dictados de las mismas siempre respondieron a un análisis de las circunstancias del caso y a una valoración razonada de la prueba aportada y los hechos involucrados. Nótese, por lo demás, que uno de los fundamentos para otorgar el aumento del monto del subsidio fue sobre la base de informes y análisis adjuntados por la parte actora.

Aún más, esta honorable Corte expresó que el “agotamiento de la pretensión jurídica mediante la obtención de la medida cautelar es algo que no puede analizarse en abstracto, sino **incorporando la dimensión temporal en la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso, por imperio del mandato constitucional de afianzar la justicia**. Y es aquí donde la jurisdicción debe observar la más cuidadosa cautela en miras al tiempo: si bien en algunos casos el curso del tiempo no afecta la naturaleza provisoria de la medida cautelar, porque dadas las particulares características no satisface el requerimiento de fondo ni se aproxima progresivamente a éste, no es menos cierto que en otros casos es éste el efecto que provoca” (cfme. último párrafo del cons. 5º. El resaltado me pertenece). Así las cosas, el TSJ en la decisión impugnada no analiza ni los hechos relevantes del grupo familiar actor, ni la circunstancia que medió y que justificó la amplitud del monto y el mantenimiento del subsidio habitacional.

Pero además, llama la atención que justamente lo que esta Corte hizo en los precedentes mencionados es mantener la pretensión cautelar impugnada por que los apelantes nunca demostraron el carácter agravian- te de la misma. En el caso de autos, en igual sentido, los apelantes aducieron, sorprendentemente, que el mantenimiento del subsidio y la ampliación del monto del mismo violenta el derecho de propiedad del cual es el Gobierno titular. Vale remarcar que, según el razonamiento del GCBA, las arcas estatales, supuestamente protegidas por el derecho de propiedad privada, se verían agraviadas por el aumento de \$400 a \$800 del sub- sidio habitacional. Asimismo, realizaron una enumeración dogmática de principios constitucional con la preten- sión de configurar un “caso constitucional” al expresar que en este caso se ha controvertido la interpretación del artículo 18 de la CN en cuanto determina que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los dere- cho, sin construir vínculo alguno entre los hechos relevantes del caso y dicha normativa constitucional.

Este tipo de consideraciones, cabe remarcarlo, no merece el menor análisis, pues resulta hasta imperti-



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

nente que el gobierno pretenda sustentar un caso constitucional con base en derechos y garantías de las personas, y a partir de ellos fundar una presunta lesión al proceso legal adjetivo o a su derecho de propiedad. Ello así, principalmente, porque tales reglas constitucionales son, en todos los casos, derechos o garantías del ciudadano frente al Estado y, por tanto, sólo invocables por los individuos afectados mediante la acción estatal y, por ende, no reivindicables por el Estado y menos en sentido general. De otro lado, son esos derechos y garantías los que se han visto gravemente amenazados a partir de la conducta inicial del Gobierno de la Ciudad que originara el planteo amparista.

V. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO.

1. Existencia de sentencia definitiva dictada por el Tribunal Superior de la causa.

El tribunal superior de la causa es, sin lugar a dudas, el Tribunal de Justicia de la Ciudad de la Ciudad de Buenos Aires, tal como lo dispone el artículo 113 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. A los fines de analizar si en el caso se cumple con el requisito de la existencia de una sentencia definitiva, corresponde hacer una breve reseña de diversos antecedentes jurisprudenciales sobre la materia tanto del TSJ como de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

En el caso “Tolozá” -expediente N° 4568/06- el TSJ resolvió hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno y dejar sin efecto la sentencia recurrida. En el punto 3 de la resolución, ordenó devolver el expediente a la Sala I de la CACAyT para que dicte un nuevo pronunciamiento. Fundamentalmente, de las consideraciones efectuadas por el TSJ se destaca que la razón por la cual se reenvía el caso consiste en que los jueces, en su mayoría, consideran que no se trata de un pronunciamiento válido (conforme punto 6 del voto de la Dra. Conde, y punto 6 y 8 del voto del Dr. Lozano, a los que adhiere el Dr. Casás).

Contra dicha sentencia se interpuso recurso extraordinario federal, que fue rechazado por el TSJ en la resolución de fecha 30-10-06 por no tratarse de una sentencia definitiva. Al respecto, la Dra. Conde consideró que la sentencia no era un acto jurisdiccional válido, dejando en claro que el reenvío no se refiere a si la Sra. Tolozá tiene o no el derecho que la Cámara le concede, y concluyendo que la suerte del proceso no ha sido aún definida en la jurisdicción local con un pronunciamiento definitivo (voto al que adhieren los Dres. Lozano y

Casás). Interpuesto el recurso de hecho, el 03-05-07 la CSJN resolvió rechazarlo –junto a otros similares- en razón por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, sin perjuicio de que las cuestiones federales que hubiesen sido resueltas sean susceptibles de conocimiento por la Corte en ocasión de los recursos extraordinarios que resultaran deducidos contra la sentencia final de las causas (Causa T.741.XLII. Expediente: 741/2006 Tomo: 42 Letra: T Tipo: RHE).

En función de dicho reenvío, la Cámara dictó sentencia el 27-09-07 confirmando parcialmente la resolución apelada y ordenando al GCBA que incluya al amparista en el programa creado por el Decreto 690, otorgue el subsidio previsto y lo continúe hasta tanto se cumplan los objetivos generales y específicos del programa, o bien hasta que se demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional de la amparista han desaparecido.

En este orden de ideas, cabe resaltar que **la situación de dicho antecedente es diferente a la que se presenta en este caso**. Tal como se analiza en este escrito, en el caso Alba Quintana, que se aplica en el presente sin tomar en cuenta la normativa tanto nacional como internacional de protección de los derechos del niño A., **el TSJ sí dictó sentencia dando una interpretación del alcance del derecho a la vivienda y estableciendo los criterios que se deberán seguir**. A la Cámara del fuero únicamente le remiten la causa a los efectos de que emita un nuevo pronunciamiento “de acuerdo a las directivas que surgen de la resolución que hoy se firma o decida la situación de fondo conforme las pautas oportunamente sentadas por este Tribunal” (cfme. puntos 2 y 3 del resolutorio de la sentencia en crisis) . Lo que resulta claro, entonces, es que nada queda por discutir ante la Cámara, en razón del reenvío, toda vez que dicho tribunal está compelido a adecuar su criterio respecto a la cautelar del actor a lo dicho en el precedente “Alba Quintana”.

De allí que respecto de los límites temporarios y dinerarios del subsidio habitacional que se analizan en los fundamentos del presente escrito, **nada puede decir la Cámara del fuero, dado que fueron resueltos de manera definitiva por el TSJ**. La única revisión posible es a través de un recurso extraordinario ante la CSJN, como el presente. Por lo tanto, y dado que el TSJ resuelve cuestiones que no pueden ser revisadas por la Cámara, **la sentencia es definitiva**. Por el caso, téngase en cuenta que la Cámara no puede decir que el monto del subsidio debe ampliarse a una suma superior a lo dicho por la normativa o bien que su duración



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

debe extenderse a lo allí previsto. Tampoco puede, por el caso, sostener que dicho subsidio debe mantenerse a favor de los actores y de su grupo familiar. **Sobre estos puntos, el TSJ resolvió de manera insalvablemente definitiva.** Es por ello que el reenvío no cambia la situación aquí descrita, pues los cuestionamientos constitucionales que se realizan no pueden ser revisados por la Cámara del fuero sin perjuicio de contradecir el estándar sentado en “Alba Quintana”.

Nuevamente, en el presente caso se encuentran en juego los derechos del niño L. A., por lo que no hay cuestiones de hecho y prueba relevantes que queden pendientes de resolución, sino que basta con declarar que los estándares establecidos por el Tribunal resultan inconstitucionales y, sin más, declarar la procedencia del reclamo. **En conclusión, las cuestiones que de manera definitiva resuelve el TSJ son las que producen el agravio federal. El reenvío que se realiza como consecuencia de este fallo resulta en sí mismo susceptible de los agravios que merecen el fallo cuestionado.** A su vez, tampoco la Cámara puede alterar la decisión de declarar que no es inconstitucional el límite en el tiempo ni el tope del subsidio, razón por la cual, aun cuando se decida que el niño A. debe ser amparado por el programa habitacional, no puede revisar estos puntos que son centrales para el objeto del amparo.

En virtud de lo expuesto, corresponde afirmar que se cumple con el requisito de sentencia definitiva para la procedencia del recurso extraordinario. Esto es, en palabras de la CSJN, la resolución cuestionada se encuentra entre aquellas que “ponen fin al pleito, impiden su continuación o causan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior” (Fallos: 191:362; 257:187; 298:113; 300:1136; 303:857 y 1040; 204:429 y 605; 308:1271, entre otros). En este sentido, el Máximo Tribunal considera que existe sentencia definitiva cuando aquella pone fin a la cuestión debatida en forma que ésta no pueda renovarse (Fallos 137:354; 188:393, 244:279, 320:2999), así como también cuando deciden un punto que después no puede jurídicamente replantearse (Fallos 306:1700 y 1312). Asimismo, y tal como ocurre en este caso, procede el recurso extraordinario, tal como sostiene la CSJN, cuando el pronunciamiento que se pretende llevar a juicio de la Corte no sea susceptible de ser revisado por otro órgano judicial o, inclusive, por el mismo que la dictó (Fallos 313:863).

No existen dudas de que sentencia dictada decide de manera definitiva el alcance del derecho a la vivienda, así como también establece un límite en el tiempo y un tope del subsidio que resulta, vale repetirlo,

inconstitucional por afrontar el principio de progresividad y la prohibición de no regresividad. En este sentido, la sentencia pone fin al pleito, la cuestión debatida no puede renovarse y no es susceptible de ser revisada por otro órgano judicial o, inclusive, por el mismo que la dictó. Sin perjuicio de ello, incluso en caso de duda debe proceder el recurso, en razón de que, tal como sostiene Sagüés, en autos “Nación Argentina c/Marcela Malebranche”, la CSJN admitió el recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia donde era “por lo menos dudoso que la cuestión pueda ser susceptible de una nueva discusión en otro juicio” (Sagüés Néstor, Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario. Tomo I, Editorial Astrea Buenos Aires, 2002. Pág 324. El autor cita: Fallos 206:224; 210:101, 224:495). Agrega el autor que “[t]al directriz hace pensar que si la viabilidad de una revisión ulterior de la sentencia es procesalmente incierta, corresponde habilitar el recurso extraordinario” (Sagüés, Ob.Cit. Pág 324. El autor cita: Fallos 206:224; 210:101, 224:495).

Además, es dable mencionar que la CSJN admite el recurso extraordinario incluso contra sentencias equiparables a definitivas, por ejemplo, cuando ellas causan un agravio de insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos 257:187, 268:172 y 301; 277:201; 280:228 y 429, 306:1312, 307:784 y 2030, 310:276, 321:2730 y 3415; 323:2790 y 3386). La falta de reconocimiento oportuno del derecho y la dilación del proceso habilita la instancia extraordinaria, tal como lo sostiene la CSJN al afirmar que “llevaría a un reconocimiento tardío de derechos que cuentan con amparo constitucional, lo cual equivale a causar un agravio de imposible reparación ulterior” (Fallos: 318:363).

No es aplicable al caso la doctrina que rechaza por ausencia de sentencia definitiva cuando la acción se encuentra sujeta a un pronunciamiento posterior que puede disipar el agravio (Fallos 323.2205). Afirma la CSJN que “nada obsta que al decidir sobre el fondo de la cuestión el magistrado interviniente, acoja íntegramente a la postura favorable a la constitucionalidad de la resolución INOS cuestionada y disponga, por ende, el depósito de los aportes del personal no-docente con destino a OSFATUN”. (Fallos 323.2205). En este caso no es posible que la Cámara haga lugar integralmente al reclamo del niño L. A. por los límites temporales y de tope del subsidio y porque, tal como se mencionó, el agravio está dado sin dudas por la propia sentencia que se impugna, y la Cámara no puede revisar las causas que generan la impugnación aquí realizada. No se trata de un caso en que el TSJ ordena un reenvío para dictar un nuevo pronunciamiento sin restricción ni limitación



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

alguna. Ni siquiera es una sentencia incompleta dado que se resolvió respecto de la totalidad de la petición de los actores, y el reenvío, reitero, tiene como único objeto que se apliquen los estándares ya decididos por el TSJ al caso.

En igual sentido, el TSJ aplicó al presente la doctrina emanada del caso “Pérez Molet” (1 TSJ, “Perez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Perez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia dictada el 29/08/08) y es justamente conforme a ese criterio que es posible articular la existencia de una sentencia definitiva en materia cautelar en el marco de procesos de amparo. Sin perjuicio de advertir que dicha doctrina construye la noción de sentencia definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad, no es menor que éste es el estándar utilizado por el TSJ a los fines de analizar estas situaciones.

Conforme los hechos del caso, el actor, Julio César Pérez Molet participó en el concurso para la selección de Controladores Administrativos en el que resultó incluido en el orden de méritos. Dicho orden no fue tenido en cuenta para efectuar las designaciones resultantes de la ampliación de la Unidad Administrativa de Control de Faltas establecido por la ley 2.128. Así las cosas, promovió acción de amparo contra el GCBA, con el objeto de que se lo designe en el cargo de Controlador de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires. El actor, conjuntamente con la acción de amparo, requirió el dictado de una medida cautelar innovativa que dejase sin efecto la resolución nº 117 MGGC/07 y que lo designase e incorporase en forma efectiva como Controlador Administrativo de Faltas. En el marco del proceso cautelar, la jueza de primera instancia ordenó al GCBA que incorporase en el cargo de controlador administrativo de faltas al actor. Esta decisión fue apelada por el GCBA y la Cámara de Apelaciones admitió el recurso de apelación interpuesto y revocó la sentencia apelada. Ante este panorama, el actor planteó recurso de inconstitucionalidad contra lo decidido por la Cámara. La Sala II, denegó la concesión del recurso sobre la base de entender que el pronunciamiento impugnado no constituía sentencia definitiva y que el actor no había logrado justificar el carácter irreparable del perjuicio que alegaba. Contra dicha denegatoria, el actor interpuso recurso de queja. Al decidir el caso, la mayoría del Tribunal resolvió rechazar el recurso de queja interpuesto por Pérez Molet.

Por su parte, el Dr. Lozano –criterio que luego seguiría la Dra. Conde en el precedente “Pouilleux, Alberto Marcelo s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pouilleux, Alberto Marcelo c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’”, expte. n°6015/08, sentencia del 1/10/2008- entendió que, en principio, no procede el recurso de inconstitucionalidad que cuestiona la sentencia que resuelve la procedencia o la improcedencia de las medidas cautelares. Excepcionalmente, sólo si el recurrente logra demostrar que esa decisión resulta equiparable a una sentencia definitiva. A su vez, para la Dra. Ruiz –como para Lozano, pero por diferentes razones- “la ley de amparo de la Ciudad califica, en principio, como “sentencias definitivas” recurribles por inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior, a aquellas decisiones que deciden sobre el mérito o fondo del asunto. Si así no fuera, el Tribunal debería intervenir en decisiones durante el trámite del juicio, en cualquier resolución interlocutoria e incluso en providencias simples ninguna de las cuales ponen fin al proceso. Esto así toda vez que aquello “es coherente con la labor de un tribunal constitucional y con la excepcionalidad de su intervención” (cfme. voto de la Dra. Ruiz). Finalmente, para el Dr. Casás las decisiones que resuelven la procedencia o la improcedencia de las medidas cautelares en los procesos de amparo resultan susceptibles de ser impugnadas por el recurso de inconstitucionalidad sobre la base de la propia ley de amparo que dispone que las mismas son “apelables”.

En definitiva, el criterio mayoritario del TSJ carece de distinciones relevantes respecto a la procedencia de los requisitos del recurso extraordinario federal cuando lo que se discute es la procedencia de las medidas cautelares. Es decir, el criterio mayoritario del TSJ es similar –por no decir idéntico- al construido por la CSJN en materia de cautelares en el marco de recursos extraordinarios federales.

En este sentido, la Corte Suprema, históricamente, sentó una regla básica por la cual las medidas cautelares dictadas en un proceso principal, en virtud de su carácter instrumental que recién cobrarán consistencia cuando se juzgue el mérito de la pretensión principal, no son equiparables a una sentencia definitiva -bajo el supuesto que siempre se contará con una nueva posibilidad útil para la tutela del derecho-, y por ende, no habilitan la procedencia del recurso extraordinario federal. Justamente las excepciones a la citada regla que posibilitan el acceso a dicha instancia, se configuran de la siguiente manera: a) cuando el pronunciamiento por su magnitud y circunstancias de hecho, resulte de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (1 CSJN,



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

“Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Catamarca” -Fallos 308:144-, “Carlés de Ahorro y Préstamo para la Vivienda S.A. y Banco Comercial Hipotecario y Edificadora de Córdoba S.A. c/ Banco Central de la República Argentina” –Fallos 312:409- y Díaz Lynch, César c/ Estado Nacional –Fallos 313:116-, entre otros. También ver Morello, Augusto M., "El recurso extraordinario y las medidas cautelares", Revista de derecho procesal N° 1 (medidas cautelares), Rubinza I-Culzoni, Buenos Aires, 1999 y Bianchi, Alberto B., "El recurso extraordinario ha perdido los límites de su actuación", JA, 2003-I-1297) y b) cuando exista una cuestión federal suficiente, en los términos del artículo 14 de la Ley 48, conjuntamente con un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias de hecho expuestas, resulte irreparable (CSJN, “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/ SOMISA Sociedad Mixta Siderurgia Argentina s/ medida cautelar” -Fallos 314:1968-, “Poder Ejecutivo de la Provincia de Tucumán. s/ acción de nulidad” –Fallos 318:814- y “The Bank of New York S.A. c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios” -Fallos 326:58-).

Y en el mismo sentido, el Tribunal Superior ha sostenido –y repetido- en numerosos precedentes que “las decisiones sobre medidas cautelares en el marco de un proceso de amparo no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad” (TSJ, expte. n°6015/08 “Pouilleux, Alberto o Marcelo s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pouilleux, Alberto Marcelo c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’”, resolución del 1 de octubre de 2008; expte. n° 6208 "Marocchi, Haydee Susana s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Marocchi, Haydee Susana c/ GCBA s/ otros procesos incidentales", resolución del 11 de marzo de 2009; expte. n° 6260 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Asociación de Trabajadores del Estado c/ GCBA s/ medida cautelar”, resolución del 27 de mayo de 2009; expte. n° 6208 "Marocchi, Haydee Susana s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Marocchi, Haydee Susana c/ GCBA s/ otros procesos incidentales", resolución del 11 de marzo de 2009; Expte. n° 6531/09 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Moreiras, Leticia Mabel c/ GCBA s/ otros procesos incidentales’ en ‘Moreiras, Leticia Mabel c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’”, resolución del 1 de septiembre de 2009 entre otros). De allí que no obsta la procedencia de este recurso el hecho de que se trate de una medida cautelar, dado que, reciente jurisprudencia de la CSJN, ha prescripto que si bien las resoluciones que ordenan, modifican o levantan medidas cautelares “no revisten, en principio, el ca-

rácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario (conf. Fallos: 310:681; 313:116, entre muchos otros)", dicha regla cede "cuando aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior (Fallos: 328:4493, 4763), o cuando se configura un supuesto de gravedad institucional (Fallos: 323:337; 328:900; 329:440)".

En el caso de autos, y aún a riesgo de ser repetitivo, la resolución apelada debe ser equiparada a definitiva toda vez que, al limitar la medida cautelar dictada a un plazo de 6 meses o al dictado de una decisión posterior en igual sentido, la familia se encuentra en la misma situación de vulnerabilidad que motivó la acción de amparo originaria. En tales condiciones, la resolución impugnada frustra el derecho a la vivienda digna del niño A. puesto que, en rigor, nada pueden hacer los actores para modificar una situación que, fatalmente, se producirá en un plazo que no puede excederse de los 6 meses. Y esta situación no podrá ser revertida ulteriormente sin haber sometido a los accionantes a enormes e injustos costos físicos, emocionales y hasta económicos.

2. Caso federal.

El caso federal se configura -conforme lo establecido en el inc. 3º del art. 14 de la Ley 48- en tanto se ha puesto en debate el contenido y la interpretación que debe darse al derecho constitucional a la vivienda digna y adecuada. Así, la decisión adoptada por el TSJ ha vulnerado normativa de carácter federal así como tratados internacionales con jerarquía constitucional que dispone la prohibición de la regresividad en el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, resultando en consecuencia afectados los derechos fundamentales a la vivienda (artículo 14 bis de la Constitución Nacional, artículo 25, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 5 inciso. e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 14, inciso 2 de la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres), a la salud (artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 14 de la Ley 26.061), a la igualdad y no discriminación (artículos 16 y 75, inciso 23 de la Constitución Nacional), así como el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico,



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

mental, espiritual, moral y social (art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el derecho a preservar las relaciones familiares (arts. 8.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) a la autonomía personal (Artículo 19 de la Constitución Nacional; 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la privacidad (art. 18 de la C.N., art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17 del PIDCyP).

Es así entonces, que corresponde a la CSJN garantizar la supremacía de la Constitución Nacional, de conformidad con la garantía establecida en su artículo 5, y en consecuencia revocar la sentencia que, a través de la errónea interpretación y de la omisión de la consideración de normativa federal y normativa consagrada en tratados internacionales con jerarquía constitucional, ha consagrado la vulneración de los derechos enunciados precedentemente, del niño L. A. De esta forma, el artículo 5 de la Constitución Nacional constituye, junto con el artículo 31, una expresión del principio de supremacía del derecho federal, pues subordina la capacidad normativa de las provincias al respeto del denominado bloque de constitucionalidad federal.

En lo que respecta a la interpretación de los tratados internacionales, que como he señalado, han sido dejados a un lado por el TSJ, la Corte ha dicho en la causa "Méndez Valles, Fernando c. A.M. Pescio, SAC s/ Ejecución de alquileres", " *...que el abandono a las distinciones aludidas radica en que cuando el país ratificó un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello, **la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino**", "**...la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal bastante** (....) el tratado internacional es una norma orgánicamente federal, que importa un acto federal complejo, pues el Poder Ejecutivo Nacional lo concluye y firma (art. 99 inc. 11 de la CN), el Congreso Nacional lo desecha o aprueba mediante una ley federal (art.75 inc. 22 de la CN) y el Poder Ejecutivo*

Nacional ratifica el tratado aprobado por Ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional...". (Fallo 318:2639)

No se trata aquí de manifestar una mera discrepancia con la interpretación de normas contenidas en la Constitución Nacional y en tratados internacionales, sino que por el contrario, la errónea interpretación que realiza el TSJ del derecho a la vivienda, a la luz de las reglas constitucionales mencionadas, produce un agravio directo, concreto y gravoso al grupo familiar actor al dejarlos en la misma situación en la que se encontraban al momento de interponer la acción originaria.

En suma, el TSJ mediante una interpretación claramente restrictiva de las normas y principios constitucionales involucrados en la causa y mediante la omisión de otros, receptados principalmente en la Constitución Nacional y en tratados internacionales (Convención de los Derechos del Niño, Ley 26.061) ha desconocido el verdadero alcance y contenido del derecho a la vivienda del niño A..

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, y si bien este ministerio Público Tutelar introdujo oportunamente la cuestión federal al tomar intervención en autos, -vale recordar que la Corte ha dicho que el caso federal no está subordinado a solemnidades particulares, pero ello no releva a la parte de su mención concreta y de su relación con la materia del pleito. (Fallos 287:456; 296:124)- tal como lo señala Morello, la propia Corte ha admitido que la cuestión federal también se configura por el sorpresivo agravio, como es el que genera la arbitraria resolución del TSJ de fecha 01-09-10. Es decir, que la arbitrariedad de esta última sentencia se trata de una circunstancia no previsible que configura la cuestión federal y que por ello, no exige su previo planteamiento. Así lo ha entendido nuestro Máximo Tribunal Federal al señalar que *“La ausencia de reserva solo puede admitirse “...en el caso de arbitrariedad imprevisible como cuando se resuelve cuestiones sobre las que no existía necesidad de pronunciamiento o se emite un fallo sorpresivo.”* (Fallos: 158-34; 201.159; 201-414; 244-536; 267-293). En el mismo sentido, la CSJN ha sostenido que *“La cuestión tiene que ser planteada en ocasión de trabarse la litis y solo excepcionalmente se puede efectuar en un momento posterior, justificado en el surgimiento sorpresivo de la cuestión federal, y condicionado a que el planteamiento se haga en la primera oportunidad posible.”* (Fallos: 265:194, 298:321).

A este respecto la Corte, haciendo suyo el dictamen del Procurador General en los autos “Luque, Mauri-



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

cio c/ Servi Chaco S.A.”, del 14/05/2002, T. 325, P. 1014, ha establecido que el requisito de la introducción oportuna no rige para la arbitrariedad. En este sentido, entiende Morello que las partes no tienen por qué prever de antemano la arbitrariedad de la sentencia. De lo contrario siempre habría que realizar la reserva preventivamente (Morello Augusto M., El Recurso Extraordinario, Tercera edición. Librería Editora Platense). Sostuvo el Procurador en su dictamen que *“...el requisito de la introducción oportuna sólo rige respecto de las cuestiones federales previstas en el art. 14 de la ley 48 (cf. Doctrina de Fallos 308:568). Más la arbitrariedad, como lo ha definido V.E., no es una cuestión federal de las efectivamente aludidas en la reglamentación del recurso extraordinario, sino, en rigor, la causal de la nulidad del fallo por no constituir, a raíz de sus defectos de fundamentación o de formas esenciales, “la sentencia fundada en ley” a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional. De allí que las partes no tienen por qué admitir de antemano que el juzgador podría incurrir en ese fundamental defecto. Es por ello que esa Corte ha sido muy amplia al respecto, y sólo ha exigido el planteo previo en el supuesto que la Cámara confirma por iguales fundamentos la sentencia del Juez de grado (que no es el caso de autos), y ante aquélla no se hubiera invocado la tacha, desde que ello importa un consentimiento de validez que luego no permite introducirla tardíamente. Es por eso que en el proceso traído a dictamen entiendo cumplido el oportuno planteo de la cuestión federal, a fin de que los jueces puedan decidirla, planteo que incluso –dijo V.E.- **no requiere de fórmulas sacramentales** (Fallos 304:148; 302:326; 294:9; 292:296, entre otros).”(El resaltado es propio). (Fallo 325: 1014)*

Más aún, Imaz y Rey, refiriéndose a la sentencia arbitraria como cuestión federal, sostienen que cuando una sentencia fuese insostenible y condujera a violar el derecho federal invocado, podría ser revisada por la Corte en ejercicio de su jurisdicción extraordinaria. Sostienen que normalmente la decisión judicial no es uno de los términos de la cuestión federal pero sin embargo, en ciertos casos ocurre que hay un conflicto entre una sentencia y la Constitución, cuando la violación de ésta proviniera de la sentencia, siendo esta una de las características de la sentencia arbitraria (Ymaz, Esteban y Rey Ricardo, El recurso extraordinario. Ed. Abeledo Perrot). En el caso que nos ocupa, por un lado, la sentencia cuestionada alcanza a leyes cuya interpretación constituye un caso federal ya que resulta abiertamente violatoria de los derechos federales invocados, y por el otro, la propia sentencia genera una cuestión federal por haber omitido considerar normativa Constitucional y

de tratados internacionales, circunstancias que habilitan su revisión por parte de la Corte.

En consecuencia, con la sorpresiva arbitrariedad en la que ha incurrido el TSJ, al interpretar erróneamente el principio de progresividad y la prohibición de no regresividad y el piso mínimo requerido por el derecho constitucional a una vivienda digna del niño L. A., limitándose el Tribunal a remitirse al fallo Alba Quintana, entiendo que debe tenerse por cumplido el oportuno planteo de la cuestión federal.

3. Otros requisitos de procedencia.

En el presente caso se cumplen los restantes requisitos de procedencia del recurso. En efecto, el pronunciamiento impugnado ocasiona **un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de la propia actuación de los actores**, es decir, el gravamen que se alega afecta de manera directa a los derechos a la vivienda, la autonomía personal, a la convivencia familiar, la igualdad y no discriminación del niño L. A.. El gravamen es *concreto dado que recae sobre un interés especial e individualizado*, además de causar una lesión directa sobre sus derechos. Además, subsiste a la fecha, dado que el niño A. se encuentra en igual situación de emergencia habitacional que motivó esta acción. Finalmente, es claro que los agravios no derivan de la propia conducta (teoría de los actos propios) y de la negligencia de la parte (propia torpeza).

Además, existe una **relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por esta parte**. En efecto, la cuestión federal invocada es inexorable para la resolución del caso. Es decir, estamos en presencia de una cuestión federal que debe ser indispensablemente evaluada para sentenciar en el pleito (Fallos 268:247; 315:2410), por lo que éste no puede ser válidamente fallado sin resolver aquella cuestión (Fallos 248:828; 321:1415). Además, la cuestión federal ha sido resuelta en forma contraria al derecho federal invocado (Fallos: 179:82; 180:83 y 246; 191:93; 303:714). Tal como sostiene Sagüés “El rechazo de la pretensión basada en un derecho federal puede ser expresa, por supuesto; pero asimismo puede manifestarse tácitamente, casi siempre por vía de omisión de la consideración de la ‘cuestión federal’ articulada por una parte” (T. 1, p. 474) en este caso, la omisión de consideración de la normativa federal sobre derecho a la vivienda, convivencia familiar y protección integral de derechos de niños. Conforme la jurisprudencia de la CSJN “si media oportuno planteamiento y mantenimiento de la cuestión federal, la omisión en pronunciarse sobre el punto



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar

“2011, Buenos Aires Capital Mundial del Libro”

debe estimarse como implícitamente contraria al derecho invocado por el recurrente” (Fallos: 263:529; 304:1632; 305:515; 307:2115; 308:647). También se configura la existencia de caso en los términos de la jurisprudencia de la CSJN, en tanto entiende que “el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la existencia de un perjuicio –la afectación de un interés jurídicamente protegido-, de orden personal, particularizado, concreto y además, susceptible de tratamiento judicial” (Fallo 321:1252).

Por todo lo expuesto, no sólo por el cumplimiento de los requisitos mencionados sino también porque en los propios términos de la CSJN “la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención del tribunal superando los ápices procesales, frustratorios del control constitucional de esta Corte” (Fallos 248:189; 311:1762; 319:371; 324:533; 324:1225), es que no existen dudas de la admisibilidad del presente recurso federal.

V. RESERVA DE LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL.

En caso de ser rechazado el presente recurso extraordinario federal, formulo reserva de acudir a la jurisdicción supranacional en virtud de la índole de los principios y derechos fundamentales cuya violación se atribuye a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos por afectación de los el derecho a la vivienda, la autonomía personal, a la convivencia familiar y la igualdad y no discriminación de los niños.

VI. PETITORIO.

Por todo lo expuesto solicito:

1. Al Tribunal Superior de Justicia: Tenga por constituido el domicilio, por interpuesto en legal tiempo y forma el recurso extraordinario federal; y declare admisible el presente recurso. 2. A la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Haga lugar al recurso extraordinario interpuesto, revoque la sentencia dictada por del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, y dicte sentencia conforme las consideraciones aquí efectuadas. 3. Se tenga presente la reserva formulada de jurisdicción supranacional.

PROVEER DE CONFORMIDAD

Ministerio Público Tutelar
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



Alsina 1826, piso 1 • Tel. (5411) 5297- 8015/8016 • agt@jusbaire.gov.ar • www.asesoria.jusbaire.gov.ar

SERÁ JUSTICIA

**FDO: Laura Cristina Musa
Asesora General Tutelar
Ministerio Público
Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

Dictamen AGT N° 42/11