



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

Exp. 10489/2013 Autos: "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en:
"Rangel Lamas, Rosana Elizabeth c/ GCBA y otros s/ Amparo (Art. 14 CCABA)"

Excelentísimo Tribunal Superior:

Vienen los autos a los fines de contestar la vista conferida a fs. 74 punto IV) a efectos de que esta Asesoría General Tutelar se expida con relación al recurso de queja y, en su caso del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 113 incº 3, que fueran deducidos por la parte demandada. Por ello, en el marco de las competencias que me son propias, vengo a dictaminar en estos autos.

I. CUESTION PRELIMINAR:

En este dictamen me referiré, entre otras cuestiones, a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictada en los autos "RECURSO DE HECHO Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo". Este antecedente resulta de aplicación al presente caso dado que toda persona en situación de emergencia habitacional se encuentra en condiciones de vulnerabilidad tal que merece la protección especial de sus derechos, situación que se encuentra particularmente agravada cuando la padecen los niños, niñas y adolescentes. El Máximo Tribunal, en el caso "Q.C., S. Y." revocó la sentencia de "Alba Quintana" aplicada a dicho expediente, ordenando que se garantice el derecho a la vivienda de la familia, reconociendo de este modo el derecho subjetivo que surge a partir de la normativa que analiza. El precedente "Q.C." fue aplicado a los casos "A. R., E. M. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo"; "F., R. V. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de inconstitucionalidad"; "G., R. N. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ amparo"; "B., V., G. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo"; "C., M., J., R., c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo"; "D., E. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de inconstitucionalidad"; "Flores, Rosa Liliana c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/

amparo"; "Nicoli, Juan Carlos c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo"; "Accietto, Beatriz Rosa c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de inconstitucionalidad"; "Berstein, Miriam Graciela c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo"; "Castillo Eduardo Basilio c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de inconstitucionalidad"; "Corellano Pilar Josefina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo"; "Lizunova Tatiana c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo"; "Robledo, Antonio Víctor c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo"; "Robles, Carlos Alberto c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo"; "Sánchez Stella Maris c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo". Claro está que el antecedente "Q.C." resulta aplicable a este caso, dado que las circunstancias de hecho y de derecho relevantes son similares a las que se presentan en este expediente.

Asimismo, me referiré a la ley local N° 4042, que establece expresamente la prioridad del universo de niños, niñas y adolescentes en el acceso a las políticas públicas de vivienda dentro del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La norma dispone que "[e]n todos los programas de vivienda o hábitat que se ejecuten con intervención del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá otorgarse prioridad a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio que establezcan las normas específicas" (Art.3). Así, la ley 4042 complementa el sistema de fuentes aplicables al caso, que la CSJN reconstruye en el fallo "Q. C., S. Y".

En consecuencia, no existen dudas sobre la prioridad de derechos de niños, niñas y adolescentes garantizada tanto en la normativa constitucional nacional como local. En materia de vivienda, entonces, el artículo 31 de la Constitución local debe ser leído a la luz de la prioridad citada y, especialmente, de la ley 4042. Indefectiblemente, a partir de la sanción de esta ley, el antecedente "Alba Quintana" no puede ser aplicado a este tipo de casos en que se encuentran vulnerados los derechos de niños, niñas y adolescentes.

II.- ANTECEDENTES

La actora, Rosana Elizabeth Rangel Lamas por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad y con el patrocinio del Defensor ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interpuso acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cuya petición principal consistió en que se disponga la inclusión de su grupo familiar en los programas de emergencia habitacional vigentes.

El Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a dicha pretensión, ordenando al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que "(...) mientras subsista la situación actual



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

de los amparistas y su grupo familiar, les preste asistencia habitacional suficiente y adecuada hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que ha cesado su estado de necesidad (...)" (ver fojas 39/45).

La demandada –GCBA- apeló el decisorio de grado. Dicho recurso fue rechazado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

Contra dicho pronunciamiento, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (ver fs. 50/60 vuelta), que fue declarado inadmisibile por la Cámara, conforme surge de fs. 62/63 vuelta. .

Ante esta decisión, el GCBA presentó recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad (fojas 65/72).

III. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE QUEJA

La sentencia recurrida por intermedio del Recurso de Queja dispuso la inadmisibilidad del Recurso de Inconstitucionalidad presentado por la parte demandada, sobre la base de considerar la ausencia de planteo de un caso constitucional.

El quejoso expresa que en la especie existe cuestion constitucional suficiente pues lo decidido en autos por la sentencia de Cámara resulta contrario a la doctrina sentada por el TSJ en causas análogas a la presente (véase "GCBA sobre QUEJA por recurso de inconstitucionalidad denegado en "MANTOVANO CARLOS A. y otros contra GCBA sobre AMPARO (ART. 14 CCABA)" Expte. 3098/0; "GCBA sobre QUEJA por recurso de inconstitucionalidad denegado en "PONS SANDRA C. y otros contra GCBA sobre AMPARO (ART. 14 CCABA)" Expte. 3236/0). Asimismo sostiene "en autos ha existido exceso de jurisdicción en la apreciación de los hechos y en la aplicación del derecho, habiendo incurrido la Cámara en arbitrariedad manifiesta al dictar sentencia que hizo lugar a la acción de amparo incoada por la actora, cuando dicha cuestión era abstracta". Sostiene asimismo que "en la

especie existe arbitrariedad fáctica y normativa en razón que surge de las constancias de autos y de las probanzas que fueron arrojadas a la causa que el GCBA había cumplido con relación a la actora con los programas de ayuda social conforme lo establecido por la normativa vigente, de allí pues que no concurriera en la especie arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que habilitara la procedencia de la acción intentada, máxime que la cuestión traída a debate por la actora resultaba abstracta”.

Como puede observarse, estos puntos no son sino meras discrepancias con lo decidido por la Cámara y con el modo de argumentar de ésta. En efecto, en primer término, al analizar la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, la Cámara no debe realizar un estudio sustantivo de los agravios, pues éste se remite –en todo caso- a una cuestión formal.

Los recurrentes discrepan con la manera en que el tribunal valoró la realidad jurídica verificada, sin embargo, no logran demostrar la existencia de un caso constitucional, pues no logran vincular exitosamente sus agravios con los principios, derechos y garantías que entienden vulnerados”.

En definitiva, una lectura atenta de la presentación de la demandada permite afirmar que la impugnación al rechazo del recurso de inconstitucionalidad, responde a una mera discordancia o discrepancia en el análisis formal y sustantivo de las piezas argumentales a lo largo del proceso.

Pero como ya ha sido dicho por enjundiosa jurisprudencia, la mera discrepancia con los estándares jurisprudenciales aplicados en el marco de un proceso no resultan motivo suficiente para la impugnación constitucional de las mismas. Así, vale recordar que V.V.E.E ha dicho, en reiteradas ocasiones, “que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria”¹.

Por lo demás, con relación a los restantes puntos del recurso de queja, éstos resultan meras repeticiones de los argumentos sustantivos y formales presentados en el recurso de inconstitucionalidad. Por ello, éstos serán respondidos al momento de analizar los agravios del recurso de inconstitucionalidad.

Así, el recurso de queja presentado por la demandada no puede prosperar toda vez que incumple con los requisitos formales exigidos por nuestro ordenamiento; incumplimiento que, de por sí, sella la suerte del recurso intentado por la negativa.

En consecuencia, y por las razones dadas, corresponde rechazar el recurso de queja por improcedente. Sin perjuicio de ello, y para el hipotético caso en que VV.SS. consideren lo contrario, a continuación me manifestaré sobre los agravios formulados por la recurrente en relación al recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

¹ “Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad”, expte. 49/99, sentencia del 25/08/1999.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

IV. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Por las razones que a continuación daremos, tampoco puede prosperar el recurso de inconstitucionalidad presentado por la demandada dado que incumple con los requisitos formales exigidos por nuestro ordenamiento. Pues, en resumidas cuentas –y como veremos a continuación- el recurso de inconstitucionalidad carece de la debida fundamentación y, por lo demás, no presenta un genuino caso constitucional. Pero además, dicho libelo tampoco puede prosperar en lo que respecta a la presentación de los agravios realizada en el mismo.

IV. a. Improcedencia formal del recurso de inconstitucionalidad

Con relación a la presentación del recurso de inconstitucionalidad, corresponde, en primer término, expedirse respecto de una cuestión trascendental en orden a la procedencia formal del recurso deducido por la contraria, la cual, por sí misma, determina su rechazo.

El recurso de inconstitucionalidad tiene una serie de requisitos "formales", exigencias de índole procesal que deben cumplirse ineludiblemente al tiempo de su articulación y cuya importancia es tal que su ausencia determina la inadmisibilidad de esta vía.

Según su diseño legislativo, este remedio debe presentarse "fundamentado" (art. 28, primer párrafo, ley 402). De esta manera, siguiendo el criterio de nuestro Máximo Tribunal Federal, resulta improcedente todo recurso que carezca de suficiente fundamentación.²

Ahora bien, para que exista esa "fundamentación suficiente" es necesario que la impugnación no se limite a repetir los mismos argumentos deducidos ante el tribunal de la

² CSJN, "Ingeniero Augusto Spinazzola Soc. en Com. por Acciones c/ Banco Hipotecario Nacional s/ obra pública" (311:1141), "Castro Roberts, Oscar Alberto s/ robo de automotor en concurso real con tentativa de robo -causa N° 8786" (311:2337), "Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ causa n° 450 (incidente de excarcelación)" (313:1077), "Loncomeo S.A. s/ quiebra s/ incidente de calificación de conducta" (318:1956), "Bianco, Norberto Atilio y otro s/ infracción arts. 139, 146 y 293 del Código Penal -causa N° 805/00" (324:4411), "Banco Medefin UNB S.A. c/ El Rápido Argentino Compañía de Microomnibus S.A" (325:1478), "Gille, Edgardo Mario c/ Guillochon, Carlos Eduardo y otro" (326:4705).

instancia anterior, toda vez que "la repetición no constituye una crítica concreta y razonada del pronunciamiento"³.

Nada de esto sucede en el presente caso. Una mera lectura del recurso interpuesto por la quejosa permite advertir la ausencia de dicha fundamentación suficiente. Como veremos con mayor detalle en la contestación de los agravios, todos y cada uno de ellos se fundan en meras afirmaciones dogmáticas sin sustento normativo ni fáctico alguno; y, en otros casos, en una mera discrepancia con lo resuelto por el Tribunal *a quo*.

Teniendo en miras los precedentes de ese Tribunal y el diseño legislativo implementado por nuestra Constitución local, sólo queda pregonar que esta ausencia formal de la fundamentación amerita el rechazo total del recurso interpuesto por el GCBA.

Más aún, en el recurso intentado no existe controversia alguna de carácter constitucional sino, simplemente, una mera discrepancia del recurrente con lo resuelto por la Alzada, circunstancia que, por supuesto, tampoco alcanza para habilitar la competencia del Tribunal Superior, conforme éste lo ha sostenido en reiteradas oportunidades.⁴

Pero además, esta carencia no puede ser salvada a través de la dogmática enumeración que efectúa la demandada de los principios constitucionales que considera lesionados. Así, la demandada sostiene que se afecta el derecho de defensa en juicio, la garantía del debido proceso y el derecho de propiedad. Sin embargo, la recurrente no efectúa un planteamiento adecuado de la cuestión constitucional, en tanto no hace referencia a las partes de la sentencia que lesionan estos principios ni explica por qué le causa un gravamen.

Esta dogmática enumeración de los principios constitucionales supuestamente lesionados, lejos de sustentar un verdadero caso que habilite la procedencia de la vía extraordinaria, permite advertir con meridiana claridad que el recurso de inconstitucionalidad no plantea una controversia que trate sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución (art. 113, inc. 3, CCABA), sino una mera discrepancia con lo resuelto; actitud que no se condice con las exigencias propias de esta vía recursiva pues, como lo ha señalado el Tribunal desde sus inicios "si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional, este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad".⁵

³ CSJN, "Mevopal S.A. y otra c/ Banco Hipotecario Nacional" (307:2216), "Almada, Ricardo Epifanio y otros s/ causa instruida en virtud del decreto n° 2540/90 del PEN. por los hechos ocurridos el 3 de diciembre de 1990" (317:373).

⁴ Causa "Carrefour Argentina S.A. s/ recurso de queja", expte. N° 131/99, sent. del 23/2/00, entre muchísimos otros.

⁵ Conf. causa "Carrefour Argentina S.A.", citada.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

Además, la mera referencia ritual a derechos constitucionales como único sustento para conseguir la revisión de la sentencia de Cámara a través de una tercera instancia ordinaria, ha sido tradicionalmente vedado a los litigantes por el Tribunal Superior.⁶

Más bien el recurso involucra "un reproche genérico de la sentencia recurrida... sin contener una crítica desarrollada y fundada sobre la invalidez de las disposiciones legales aplicadas según las reglas constitucionales mencionadas...", como ha tenido ocasión de resolver el Tribunal Superior en innumerables oportunidades.⁷

Finalmente, el recurrente intenta plantear el caso bajo los términos de la **doctrina de la gravedad institucional**. En este sentido, expresó que ésta estaría originada "en razón de los múltiples requerimientos judiciales que llegan a la Ciudad en el mismo sentido que el presente, gravedad institucional, en razón de que contra la ley de presupuestos, los recursos y su distribución, ello derivado de las innumerables cuestiones sociales que debe afrontar la Administración Local".

Al respecto, cabe aclarar que el GCBA no ha efectuado en el caso justificación alguna que avale la traslación de dicho supuesto de gravedad institucional al ámbito del recurso de inconstitucionalidad, ni en el desarrollo de dicho agravio ha señalado de manera adecuada — tal como lo exige la doctrina de la Corte⁸— de qué forma concreta la decisión de la Sala comprometería principios institucionales básicos.

Así entonces, la referencia a una supuesta gravedad institucional verificada en el caso es "una invocación puramente genérica que sólo trasluce la discrepancia del recurrente con

⁶ Cfr. por todas causas "Carrefour Argentina S.A.", cit. y "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Skurnik, Carlos Marcelo y otros c/ GCBA (Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro) s/ amparo (art. 14, CCABA)", expte. N° 1212/01, sent. del 11/10/01; id. "Consortio de Propietarios Azopardo 1561 c/ Comisión Municipal de la Vivienda y otros s/ Ejecución de expensas s/ Recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. N° 2095/03, sent. del 5/3/03.

⁷ Cfr. por todos "Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel s/ queja por recurso de inconstitucional denegado" en: "Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. N° 1309/01, sent. del 6/3/02.

⁸ Cfr. *Fallos*: 311:120.

la sentencia de Cámara. Es que, debe descartarse la existencia de gravedad institucional si no se ha acreditado que lo decidido se proyecte más allá del interés individual de las partes en este juicio o incida de modo directo en la comunidad."⁹

En consecuencia, por estas razones, corresponde **rechazar el recurso de inconstitucionalidad por improcedente**. Sin perjuicio de ello, y para el hipotético caso en que VV.SS. consideren lo contrario, a continuación me manifestaré sobre los agravios formulados por la recurrente.

IV. b. Improcedencia sustantiva del recurso de Inconstitucionalidad: análisis de los agravios impetrados por la apelante.

1.- Rechazo del primer agravio. La resolución prescindió de las constancias de la causa.

Afirma el quejoso que la Sala al fallar prescindió de las constancias de la causa. Añade que de la prueba producida en autos se desprende que la actora no se encuentra en situación de carencia extrema y vulnerabilidad social.

Contrariamente a lo sostenido por el GCBA la sentencia recurrida está debidamente fundada, también se encuentra suficientemente acreditada la situación de vulnerabilidad económica y social de la actora y de mis representados.

Cabe destacar que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires conocía esta circunstancia pues incluyó a este grupo familiar en el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle que prevé el decreto 690/06, modificado por el decreto 960/08.

La situación de grave carencia y vulnerabilidad social de la actora fue ponderada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del Fuero para confirmar la sentencia de grado. Para así decidir tuvo en cuenta el informe de seguimiento del grupo familiar realizado por la Defensoría General del que se desprende que "(...) se trata de una madre sola a cargo de la crianza y manutención de sus hijos, encontrándose en situación de vulnerabilidad social (...) los ingresos económicos generados por la Sra. Rangel Lamas son exiguos, fluctuantes y provienen de una actividad realizada en el marco de la informalidad, siendo los mismos insuficientes para cubrir satisfactoriamente sus necesidades básicas, especialmente la habitacional (...)".

El Tribunal destacó en el fallo que a pesar del tiempo transcurrido desde la producción de la prueba a los efectos de resolver la cuestión bajo examen la parte demandada nada manifestó respecto de la modificación de la situación en la que se encontrarían las amparistas.

⁹ TSJ, Expte. n° 6106/08 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Humboldt 1967 S.A. y otros c/ GCBA s/ otros procesos incidentales'".



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

Por todo lo expuesto entiendo que este agravio debe ser desestimado.

2.- Rechazo del segundo agravio. El fallo de la Alzada importa una interpretación elusiva de la ley. La interpretación de la normativa constitucional, de los Tratados Internacionales de Derechos y legislación vigente.

Afirma la quejosa que " (...) *La sentencia apelada desconoce flagrantemente el texto de la normativa aplicable en la materia de modo tal que se revela como desprovista de todo apoyo legal, fundada tan solo en la voluntad de los jueces (...)*". Agrega que la sentencia deviene arbitraria, pues no es derivación razonada del derecho aplicable sino que se ha resuelto en el caso según el criterio de los miembros del Tribunal.

No asiste razón a la demandada respecto a la supuesta arbitrariedad de la decisión de la alzada. Puesto que más allá de destacar que el Tribunal Superior ha dicho que la tacha de arbitrariedad de la sentencia debe ser apreciada estricta y restrictivamente¹⁰, también en este aspecto, el recurso intentado no constituye otra cosa que el mero desacuerdo del GCBA con una resolución que le ordena prestar asistencia habitacional suficiente y adecuada al grupo familiar actor, mientras subsista la situación actual y hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que ha cesado su estado de necesidad

Debe aplicarse, así, la constante jurisprudencia del Tribunal Superior en orden a que "la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria"¹¹.

Ahora bien, analicemos más en detalle la supuesta interpretación elusiva de la ley de la que se agrava la demandada.

¹⁰ Cfr., por todos, exptes. N° 897 "Codega, Christian y Fiorentini Rosalino, Jaime s/ art. 71 CC s/ recurso de queja (deducido por Christian Duilio Codega)"; y N° 900 "Codega, Christian y Fiorentini Rosalino, Jaime s/ art. 71 CC s/ queja (deducida por Jaime Edwin Fiorentini Rosalino)", sent. del 11 de julio de 2001.

¹¹ Expte. N° 49/99, "Federación Argentina de Box c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Acción de Inconstitucionalidad", sent. del 25/8/99 y sus citas.



La demandada parece entender que lo único que nuestro sistema jurídico incluye sobre la materia es el Decreto 690/06, modificado por el Decreto 960/08, el Decreto 167/2011, y las leyes 3706 y 4036. Sin embargo, dicha parte omite analizar la normativa constitucional, internacional y legal que garantiza el derecho a la vivienda.

De este modo, no es la Cámara del fuero la que hace una interpretación elusiva de la ley. Por el contrario, en la sentencia cuestionada los magistrados toman todo el ordenamiento jurídico en su conjunto para dictar su fallo, lo que resulta sumamente razonable dado que la actora no se limita en su acción a petitionar un subsidio previsto en el Decreto 690/06, sino a solicitar que se garantice una vivienda adecuada, y lo funda en la normativa constitucional, en los tratados internacionales de derechos humanos, interpretaciones y observaciones que tienen plena relevancia en el caso.

Dado el error en la argumentación de la demandada en tanto considera que la sentencia cuestionada se aparta de la normativa vigente y entiende por ésta sólo el Decreto 690 y modificatorios, es que corresponde a esta parte a los fines de contestar dicho agravio expresarnos sobre el marco normativo que funda la acción, haciendo especial hincapié en la protección especial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Particularmente, destacamos la importancia al respecto de la sanción de Ley N° 4042 de Prioridad de Niños, Niñas y Adolescentes en políticas públicas destinadas a garantizar el derecho a la vivienda digna y adecuada, y la Ley 3706 de Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de calle y en riesgo de Situación de calle.

2.1. El acceso a la vivienda adecuada como derecho humano. Consagración normativa y jurisprudencial del derecho a la vivienda. Su protección legal.

El acceso a la vivienda adecuada ha sido consagrado como un derecho humano fundamental (derecho social), tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en nuestro sistema constitucional.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional garantiza el derecho a la vivienda digna. Por su parte, el artículo 75, inciso 22 otorga jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos que garantizan el **derecho a la vivienda adecuada**.

En efecto, consagran este derecho la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25, inciso 1)¹²; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

¹² La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el artículo 25, inciso 1 que "1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, **la vivienda**, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

Hombre. (art. XI)¹³; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 11.1)¹⁴; la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27. 1)¹⁵; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5 inciso. e.); la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (artículo 14, inciso 2)¹⁶; entre otros tratados internacionales de derechos humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 26)¹⁷ dispone que los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para **lograr progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, **contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos**, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Asimismo, la **Carta de la Organización de los Estados Americanos en su Art. 34**, señala: "Los Estados miembros

¹³ El artículo 11 dispone: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad."

¹⁴ El artículo 11 de Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece al respecto: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un **nivel de vida adecuado** para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y **vivienda adecuados**, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento..."

¹⁵ El artículo 27 dispone "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social...3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar **efectividad a este derecho** y, en caso necesario, proporcionarán **asistencia material y programas de apoyo**, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la **vivienda**." (negrita propia).

¹⁶ El art. 14, inciso n°2 dispone: "Los Estados Parte (...) le asegurarán el derecho a: () B- Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia; () G- gozar de condiciones de **vida adecuadas**, particularmente en las esferas de la **vivienda**, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones."

¹⁷ El Artículo 26 dispone: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para **lograr progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, **contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos**, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."

convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:(...) k, **vivienda adecuada** para todos los sectores de la población." Es de destacar que según la CIDH, todos los jueces de los países que adhirieron a la Convención, tienen a su cargo la obligación de efectuar un control de "convencionalidad" difuso, además del de constitucionalidad.¹⁸

La vulneración al derecho a la vivienda adecuada tiene como consecuencia la violación a otros derechos humanos fundamentales intrínsecamente relacionados con éste, como la autonomía personal¹⁹; el derecho a la salud, integridad y vida²⁰; y el derecho a la igualdad;²¹ entre otros.

Asimismo, existen otros instrumentos internacionales, que sin gozar de jerarquía constitucional, que cuentan con la ratificación del Estado argentino, consagran el derecho a la vivienda (entre ellos, la Declaración sobre progreso y desarrollo en lo social (1969); la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos (1976)-Hábitat²², la Declaración de Estambul sobre asentamientos humanos - Hábitat II, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) ²³, y la Recomendación 115 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Vivienda de los Trabajadores (1961)

Entre los precedentes de mayor relevancia emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se encuentra la sentencia dictada en el caso "**Ercolano, Agustín c/ Lanteri Renshaw, Julieta**" (Fallos 1922; T. 136 P. 161), en la cual se subrayó la significación existencial de la vivienda. Asimismo, en dicha sentencia, destacando la importancia fundamental de la vivienda, la Corte señaló que "Ha existido una opresión económica irresistible, porque se

¹⁸ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Incluso aunque en dicho fallo la Corte declaró "[ser] consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, [...] obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico", indicó que "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermad[os] por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". A tal fin, el Tribunal explicó que el Poder Judicial debe ejercer el "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana.

¹⁹ 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 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁰ Artículos I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²¹ Artículo 16, 75 inciso 23 Constitución Nacional, y las demás previsiones sobre derecho a la igualdad y a la no discriminación.

²² Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 {Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos cap. I (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.76.IV.7, y corrección).

²³ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

ejercía sobre la base de una de las cosas más esenciales para la vida; sobre algo que es más indispensable que cualquier servicio público. Los medios de comunicación, la provisión de agua y el alumbrado pueden reemplazarse, si fueren excesivamente onerosos, por otros más rudimentarios. Es posible alimentarse o abrigarse más o menos bien. Todo esto es elástico y a la medida de la situación pecuniaria de cada uno. Pero no hay posibilidad de habitar parcialmente. **Se tiene o no se tiene habitación.** Exigencias materiales y consideraciones de decoro y de moral, todo contribuye a hacer de la habitación la necesidad más premiosa y a convertirla, por lo tanto, en el instrumento más formidable para la opresión".

Nuestro Máximo Tribunal Federal también destacó la importancia de la protección normativa al derecho a la vivienda contenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional en otros casos. Y si bien es dable reconocer que los supuestos fácticos resultan diferentes de los presentes puesto que en aquellas oportunidades se discutía el carácter de inembargable de la vivienda familiar, la Corte entendió, haciendo suyo el dictamen del Procurador Fiscal, que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional "tiende al afianzamiento de la vivienda, fruto del esfuerzo de los integrantes del grupo familiar y de la ayuda estatal" ("Jaralambides, Teófilo Lucio c/ Irma N. Pereira Rocha de Jaralambides", Fallos 308:2073 y "Rospide, Oscar y otra s/ quiebra", Fallos 318:1583).²⁴

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en los autos "RECURSO DE HECHO Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo". En dicha oportunidad, el Máximo Tribunal determinó que ese caso concreto la respuesta brindada por el

²⁴ También, la Corte Suprema, en la causa "Bezzi, Rubén Amleto y otro c/ Valentín, Sixto Carlos y otro s/ ejecución hipotecaria - ejecutivo" (B. 2087. XLII), dejó sentado el reconocimiento de la "pauta constitucional del art. 14 bis que contempla la protección de la familia y el acceso a una vivienda digna, derechos que también son tutelados por tratados internacionales de idéntica jerarquía según la reforma de 1994.". Asimismo, en los fallos dictados en las causas "Lama, Enrique Gustavo Tadeo c/ Giménez, Alejandro Rumioldo y otra" (L. 839. XLII) y "Grillo Vicente c/ Sparano, Claudio Rafael" (G. 88. XLII) entre otros, ha sostenido el reconocimiento del derecho al acceso a una vivienda digna. En estos últimos casos, basándose en el artículo 15 de la ley 26.167 sostuvo que en caso de duda sobre la aplicación, interpretación o alcance de la presente ley, los jueces se decidirán en el sentido más favorable a la subsistencia y conservación de la vivienda digna y la protección integral de la familia, en los términos del art. 14 bis de la Constitución Nacional. Este mandato legislativo, fue tomado por nuestro Máximo Tribunal para otorgar una protección sustantiva a la vivienda.



Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires resultaba inadecuada para garantizar mínimamente los derechos del grupo familiar involucrado. Para ello, caracterizó el derecho a la vivienda digna y el deber del Estado de proteger a los grupos especialmente vulnerables a la luz del marco jurídico vigente en la Ciudad.

Específicamente, en el precedente citado se dispone que las políticas públicas deben respetar los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos, afirmándose que "[e]n el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos...sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad" (Cons. 12)

Así las cosas, la CSJN refiere que "...debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona..." (Cons. 12) entendiendo que los requisitos se encontraban cumplimentados en el caso de referencia en tanto resultaba difícil de imaginar un estado más desesperante que el de un niño discapacitado con su madre que se encuentran en situación de calle.

Es preciso recordar que la **Corte Suprema** de la Nación ha determinado el valor de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en función de los alcances que corresponde atribuir al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y especialmente a la frase "**...en las condiciones de su vigencia**". Sostiene al respecto "que la ya recordada 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, **tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.**"(Corte Suprema, causa "Giroldi", sentencia del 7 de abril de 1995, Fallos 318:514, consid. 11 y 12. (El resaltado me pertenece).

En efecto, la Corte Suprema les ha reconocido el carácter de fuente interpretativa a la jurisprudencia de los organismos internacionales.²⁵ En particular, el máximo Tribunal destacó la importancia de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como interpretaciones autorizadas del Pacto Internacional de

²⁵ Conforme la jurisprudencia en los casos "Giroldi" (sentencia del 7 de abril de 1995, en JA, T.III.1995), "Arana" (sentencia del 19 de octubre de 1995), y en "Bramajo", en el cual mencionó que "la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales..." (Sentencia del 12 de septiembre de 1996, Fallos 319:1840, consid. 8. En sentido coincidente, en los casos "Leonardo Ángel Sánchez Reisse", Fallos 321:1328, "Acosta" (sentencia del 22 de diciembre de 1998, Fallos 321:355) y "Felicetti" (sentencia del 21 de diciembre de 2000, en LA LEY 2001-B, 64.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el caso "Aquino". Sostuvo al respecto que "cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional."²⁶ Esta doctrina, en consecuencia, otorga absoluta relevancia a las Observaciones Generales aquí citadas.

En consecuencia, las palabras de la Corte Suprema expresadas en el considerando 11 del fallo Girolodi, "efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación", deben interpretarse extensivamente no abarcando únicamente actividades jurisdiccionales sino también las Observaciones finales a los informes de los países y las Observaciones Generales, precisamente porque la Corte Suprema ha empleado las interpretaciones contenidas en las mismas en forma continua, reconociendo y confirmando la juridicidad de las mismas.²⁷

En particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha tratado el derecho a una vivienda adecuada en la Observación General N° 4 (1991)²⁸: "7. En opinión del Comité, 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.** **Y así debe ser por lo menos por dos razones.**

En primer lugar, el derecho a la vivienda **está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto.** Así

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. sentencia del 21 de septiembre de 2004.

²⁷ Causas "G. M. G. s- protección de persona -causa N° 73.154/05", G. 617. XLIII del 16 de septiembre de 2008; "Silva, Facundo Jesús c. Unilever de Argentina S.A.", S. 1789. XL del 18 de diciembre de 2007, voto del Drs. Fayt y Petracchi; "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo, sentencia del 11 de noviembre de 2008.

²⁸ Sexto período de sesiones (1991). Observación general N° 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Figura en el documento E/1992/23. El resaltado me pertenece.



pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, 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**. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: **"el concepto de 'vivienda adecuada' (...) significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable"**.

A nivel local, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 31 ubicado en el Capítulo quinto Hábitat, señala que:

"La Ciudad **reconoce el derecho a una vivienda digna** y a un hábitat adecuado. Para ello: 1. **Resuelve progresivamente el déficit habitacional**, de infraestructura y servicios, dando **prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica** y con necesidades especiales de escasos recursos. 2. Auspicia la **incorporación de los inmuebles ociosos**, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con **criterios de radicación definitiva**. 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones" (resaltado agregado).

De la exégesis de esta norma surge la intención del constituyente, concordante con los lineamientos en el ámbito internacional, de asumir por la protección preferencial de los sectores de menores recursos definidos como "*de pobreza crítica*", "*de escasos recursos*", "*pobladores marginados*". El art. 17º confirma esta postura en los siguientes términos: "*La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades*".

El art. 31 de la CCABA asume que es obligación prioritaria e inmediata del Estado ocuparse del déficit habitacional en la Ciudad. En el inciso 1 se emplea en forma categórica la palabra "resuelve", la cual hace ostensible al mismo tiempo el reconocimiento de una necesidad habitacional profunda y urgente en la que se encuentran los habitantes de la Ciudad y que es la Ciudad de Buenos Aires la responsable de tomar todas las medidas necesarias para garantizar la satisfacción del derecho a una vivienda adecuada.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

La **operatividad del derecho a la vivienda digna** está expreso en el art. 10 de la CCABA que establece: "Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos."

En consecuencia se puede inferir que los derechos reconocidos tienen un **núcleo impenetrable**, dado que el imperativo jurídico constitucional postula que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la insuficiencia de la reglamentación y ésta no puede cercenarlos.²⁹

2.2. El derecho a la vivienda de los niños, niñas y adolescentes

Es claro que toda la normativa mencionada, así como también los estándares internacionales de derechos humanos que hemos desarrollado se aplican a los niños, niñas y adolescentes. Sin perjuicio de ello, existe un **plus de protección de derechos respecto de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, que además deben ser satisfechos con absoluta prioridad.** Este se encuentra regulado a través de la normativa constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos específicos sobre derechos de los niños, y la normativa sancionada tanto por el Congreso de la Nación como por la Legislatura de Ciudad de Buenos Aires.

Entiendo que este punto resulta sustancial para la resolución del presente caso puesto que, como se advierte, se encuentran involucrados niños que forman parte del grupo familiar afectado.

²⁹ Se encuentran en juego también los siguientes derechos y principios reconocidos en la los artículos 11; 18; 20; 27 y 40, entre otros, de la Constitución de la Ciudad.

En lo que se refiere al derecho a la vivienda en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 27 establece que “1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, **proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda...**”.³⁰

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

En materia de vivienda, la normativa dispone que la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización. Por el contrario, el artículo 35 establece 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**. Esta norma dispone que 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**.

Por su parte, la Ley 114 establece en su artículo 5 que “La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan o entorpezcan el pleno desarrollo de niñas, niños y adolescentes y su efectiva participación en la vida política, económica y social de la comunidad”. A su vez, el artículo 6

³⁰El resaltado es propio.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

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

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

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

En primer término, dicho organismo interpretativo, reconoció a los niños, niñas y adolescentes como sujetos poseedores del derecho a una vivienda adecuada al aclarar que "[e]l derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos. (...) Además, tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, **independientemente de la edad**, la situación

económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores"³¹.

El Comité de Derechos Humanos –órgano interpretativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- dispuso que “en la mayoría de los casos, las medidas que deben adoptarse no están explícitas en el Pacto y es cada Estado el que debe determinarlas en función de las exigencias de protección de los niños que se encuentran en su territorio al amparo de su jurisdicción. El Comité observa a este respecto que esas medidas, aun cuando estén destinadas en primer término a garantizar a los niños el pleno disfrute de los demás derechos enunciados en el Pacto, pueden también ser de orden económico, social y cultural.”³²

En idéntico orden de ideas, dicho Comité ha asumido lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con relación a la interpretación de los derechos sociales.³³ Ha señalado, además, que cuando un Estado ratifica la Convención de Derechos del Niño adquiere la obligación de aplicarla³⁴, debiendo traducir en realidad los derechos humanos de los niños.

Así, el **Comité de los Derechos del Niño**, órgano cuya principal misión es interpretar y dotar de contenido la Convención sobre Derechos del Niño, solicitó a los Estados Partes que “elaboren y apliquen de forma compatible con la evolución de las facultades de los adolescentes, normas legislativas, políticas y programas para promover la salud y el desarrollo de los adolescentes: a) facilitando a los padres (o tutores legales) asistencia adecuada a través de la creación de instituciones, establecimientos y servicios que presten el debido apoyo al bienestar de los adolescentes e incluso cuando sea necesario proporcionen asistencia material y programas de apoyo con respecto a la nutrición, el desarrollo y **la vivienda** (art. 27 3).”³⁵

Es claro que la demandada omite analizar la normativa y los estándares internacionales de derechos humanos hasta aquí mencionados que garantizan el derecho a la vivienda de los habitantes en general, y de los niños, niñas y adolescentes en particular, que cuenta además con una más robusta protección de derechos. Esta omisión tiene una consecuencia clara, pues implica que el recurso se encuentra infundado en este aspecto, pues no controvierte las razones que llevan a la Cámara a tomar la decisión protectoria del derecho a la vivienda, toda vez que ni siquiera analiza la normativa en aquella sentencia contenida.

³¹ Comité DESC, Ob. Gral. nº 4, “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, Sexto período de sesiones (1991), Documento E/1992/23. Pár. 6. el resaltado me pertenece.

³² Comité de Derechos Humanos, Obs. Gral. nº 17: “Artículo 24 – Derechos del niño”, 35º período de sesiones (1989), p. 3.

³³ Comité de Derechos del Niño (2003). Observación General No. 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44;

³⁴Op. Cit., p. 2.

³⁵Comité de los Derechos del Niño, Obs. Gral. Nº 4: “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, 33º período de sesiones (2003), p. 16.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

Además de ello, como ya se mencionó, **en este caso existe un plus de protección de derechos que protege a los niños que son parte de esta acción**, que no sólo exige una protección especial de su derecho a la vivienda, sino que también alcanza a su grupo familiar en tanto la normativa aquí citada garantiza a su vez, el derecho a la convivencia familiar. Por estas razones, el presente agravio no puede prosperar.

3. Rechazo del Tercer Agravio. La supuesta invasión a la zona de reserva de los poderes legislativo y ejecutivo

Sostiene la recurrente que "(...) la resolución de la Alzada denota una arbitraria invasión en la zona de reserva de los otros poderes...Atento lo expuesto y como quedó planteado, la sentencia que se recurre por el presente es nula de nulidad absoluta, insanable y resulta violatoria del principio de división de los poderes el cual debe ser respetado por los órganos de la República por lo que V.E deberá sin más revocar el decisorio que por el presente se apela (...)".

En primer término, una vez más, el agravante no especifica ni siquiera una sola de esas competencias que le correspondería al Poder Ejecutivo y sobre la cual la Cámara hubiere incurrido en un exceso de jurisdicción. No aclara, tampoco, cuáles son las normas constitucionales ni legales en las cuales apoya el supuesto agravio a la división de poderes. Vale destacar, además, que no cita siquiera una sola cláusula constitucional que apoye su criterio interpretativo.

Esta total ausencia fáctica y normativa sólo puede significar una cosa: la total ausencia de caso constitucional en este agravio y una mera discrepancia acerca de cómo la Cámara ha interpretado la normativa constitucional que, ni cita ni nombra.

Sin perjuicio de que este sólo hecho amerita tener por rechazado el agravio conforme la doctrina sentada por ese Tribunal Superior, realizaré una serie de consideraciones para sostener ello. En rigor, como veremos, existen varias razones para que no prospere lo planteado por la recurrente.

En particular, no existe violación a la división de poderes en tanto el Poder Judicial tiene la función institucional de proteger aquellos derechos que nuestros constituyentes decidieron dejar afuera de las discusiones políticas. Es el Poder Judicial el encargado, entonces, de controlar que los poderes políticos sean consistentes con sus compromisos más fundamentales.

Dentro de las atribuciones del Poder Judicial, es claro que cuenta con la facultad de evaluar, en un caso concreto, si se garantizan los derechos de las personas, aún cuando para ello sea necesario disponer de recursos públicos.

Ambas cuestiones serán analizadas en los apartados siguientes.

3.1. El rol del Poder Judicial como garante de derechos

Es claro que, frente a la violación de los derechos constitucionales, es el Poder Judicial quien debe actuar ante los casos concretos que se presentan ante la Justicia. Y el caso de autos no puede ser una excepción toda vez que se encuentra en disputa la justiciabilidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, Balbín sostiene que "Es innegable que ante una acción promovida en virtud de la lesión a un derecho constitucional, el juez debe controlar y, en su caso, hacer cesar la violación sobre el derecho objetivo en cuestión; pero en términos de derechos subjetivos, es decir, desde el interés particular del actor. Así, finalmente, la sentencia judicial es un modo de control indirecto u oblicuo sobre el poder ejecutivo, esto es, el juez sólo controla en caso de que la administración haya obrado en perjuicio de los derechos del particular."³⁶

Por su parte, Alegre sostiene que existe un piso entendido como un mínimo social al que toda persona debería tener acceso y que "...respecto de ese mínimo opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se adopten las medidas necesarias tendientes a su satisfacción...En resumen, pues, todos los poderes del Estado están obligados a respetar ese piso de derechos socioeconómicos, y respecto de la realización más ambiciosa del ideal igualitario, el papel principal lo deben cubrir, en cambio, los órganos políticos"³⁷. Asimismo, dicho autor se pregunta si es cuestionable esta exigencia en favor del activismo judicial por ser antidemocrática y responde que "al reclamar la intervención de los jueces para atender ese piso mínimo (al que hace referencia la mayoría de los derechos socioeconómicos), el igualitarismo fortalece la calidad democrática de la sociedad".³⁸

³⁶ Carlos Balbín, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Editorial La Ley, Año 2008, Página 44.

³⁷ Marcelo Alegre, Marcelo Alegre. "Pobreza, Igualdad y Derechos Humanos." Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 2005.

³⁸ Marcelo Alegre, ob.cit.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

En igual sentido, López Oliva sostiene que "En un sistema legal que reconoce derechos en forma igualitaria y perfila al Estado como principal garante de su cumplimiento, los Estados también se comprometen a generar instancias y herramientas, que en el contexto de un sistema democrático, permitan reclamar por la efectividad de los derechos sociales. Para ello, los Estados asumen el compromiso de generar espacios de control institucional de la política social. De tal modo se garantiza que las inobservancias de los compromisos asumidos con relación a la política social dirigida a los niños puedan ser objeto de reclamo ante las autoridades públicas para que éstas reivindiquen los deberes omitidos y se generen canales de restablecimiento de los derechos afectados. En el caso, el Poder Judicial es a quien le compete el rol de contralor y último garante del cumplimiento de los compromisos asumidos, a partir del marco legal que regula el sistema de política social." ³⁹

El principio de división de poderes y un sistema de pesos y contrapesos funciona como un mecanismo de control recíproco entre los distintos poderes, cuyo equilibrio se efectúa en beneficio de los ciudadanos. Es el Poder Judicial el órgano institucional competente para hacer valer los derechos, aún cuando la violación de los mismos sea realizada desde otro de los poderes del Estado.

En este orden de ideas, el tercer párrafo del artículo 1 de la Ley 26.061, dispone que "(l)a omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces".

En materia de infancia, el Poder Judicial, bajo el nuevo paradigma inaugurado con la sanción e incorporación de la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 26.061, debe ahora cumplir con funciones jurisdiccionales que le son propias y específicas. En otras palabras,

³⁹ Mabel López Oliva, "Políticas Públicas en la Ley 26.061: de la focalización a la universalidad", publicado en "Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061." Emilio García Méndez, compilador. Segunda Edición, Editores del Puerto, Año 2008, Página 136.

la justificación para su intervención, deja de ser el slogan vago y ambiguo de "estado de abandono material y moral". Ahora, desde este nuevo paradigma, tiene el deber de intervenir, en consonancia con la Constitución Nacional, tratados de derechos humanos y leyes específicas de la materia, cuando en el marco de una causa exista un derecho social vulnerado.

La ley exige, por el contrario, que los magistrados asuman su obligación de control de legalidad y exigibilidad de los derechos que deben ser efectivamente garantizados por el Poder Ejecutivo, poder que se encuentra obligado a ejecutar las políticas públicas a tal fin.⁴⁰

El Poder Judicial, desde el paradigma de la protección integral de derechos, debe, en primer lugar, exigir a las instituciones responsables que ejecuten las políticas públicas destinadas a garantizar efectivamente los derechos reconocidos; en segundo lugar, ordenar a dichas instituciones que cesen su inacción o su actuar violatorio de derechos, según corresponda. Y, en tercer lugar, controlar la legalidad de los actos emanados por dichas instituciones.

En particular, la Ley 26.061 establece expresamente y con suma claridad el rol del Poder Judicial en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, despejando entonces cualquier duda que pueda existir al respecto. En efecto, el artículo 11 dispone en su último párrafo que "La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces."

Este rol es sumamente relevante en el pleno goce de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente, pues como expresan Abramovich y Courtis: "...la efectiva existencia de un derecho social como un derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, son la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida"⁴¹. A su vez, concluyen enfáticamente que "(c)onsiderar plenamente un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si el titular/acrededor está en condiciones de producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho"⁴².

En la misma línea, sostiene Ferrajoli que "el segundo principio garantista de carácter general es el de la jurisdiccionalidad: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que

⁴⁰ Ídem, p. 143

⁴¹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2º Edición, Ed. Trotta, Madrid, 2004 p. 37 y ss.

⁴² Ídem



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las Letras Argentinas"

tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión"⁴³.

En el mismo sentido, **el Máximo Tribunal en el mencionado "Q.C." reafirmó el control de razonabilidad en cabeza de los jueces.** Así, sostuvo que "la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que "manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, "A Theory of Justice", 1971, Harvard College)". **Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad**". Añadió que "[e]sta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces". (considerando 12, el resaltado es propio).

Para finalizar, cabe tomar la definición de "ciudadanía" realizada por Marshall, puesto que la misma está dividida en tres esferas: civil, política y social. El primero está compuesto por los derechos necesarios para la libertad individual de la persona, la libertad de palabra, pensamiento y fe y el derecho a la justicia. La segunda, se refiere al derecho a participar en el ejercicio del poder político, como miembro del organismo dotado de autoridad

⁴³ FERRAJOLI, Luigi; "Derecho y razón", Madrid, 1995, p. 317.

política o como elector de los miembros de tal organismo. Y la tercera, significa toda la variedad desde el derecho a una medida de bienestar económico y seguridad hasta el derecho a compartir plenamente la herencia social y llevar una vida digna según las pautas prevalecientes en la sociedad⁴⁴.

En este orden de ideas, el Estado tiene el deber de hacer efectivos todos los derechos a los efectos que se configure un cabal cumplimiento de la normativa constitucional y legal. **La ciudadanía de las niñas, niños y adolescentes sólo está garantizada si todo el universo de la infancia tiene cubierta todas las esferas de la misma, la civil, la política y la social, sin excepción.**

Así, entonces, la primera esfera, la social, refiere a todos los derechos económicos, sociales y culturales que permiten la efectiva materialización y desarrollo de los planes de vida de las niñas, niños y adolescentes teniendo en consideración su particular situación. A esta altura, no quedan dudas que el Poder Ejecutivo es el poder dotado de legitimidad institucional para diseñar y ejecutar las políticas públicas tendientes a su efectivo goce. Su incumplimiento compromete gravemente la construcción de la ciudadanía plena de este grupo históricamente subordinado.

En consecuencia, es ante este particular escenario de violación de derechos que el Poder Judicial es llamado a tomar un rol protagónico en lo que refiere a los derechos sociales. Con el reconocimiento de estos derechos y la plena ciudadanía de las niñas, niños y adolescentes, los tribunales son convocados, entre otras cosas, a: examinar la adecuación entre las políticas y los estándares jurídicos y se pronuncian invalidando la política o aspectos particulares de una política; lograr la implementación efectiva de políticas públicas definidas por el Gobierno y el Congreso; decidir sobre la aplicación operativa de los derechos constitucionales y sus garantías ante la ausencia de legislación o políticas públicas dispuestas por el Gobierno⁴⁵.

Esto último, nos introduce en la segunda esfera, la civil; que está compuesta, entre otras cosas, por la libertad individual de la persona, la libertad de palabra, pensamiento y expresión y el derecho a la justicia. En este contexto, esta esfera sólo está plenamente garantizada si se cumple con los mandatos constitucionales y legales en tanto se conciba al niño como una persona autónoma y libre, que debe ser oído en cuanto a sus intereses y pensamientos y con el pleno derecho de participar activamente en las decisiones que los afecten.

⁴⁴ MARSHALL, T. H., *Ciudadanía y Clase Social*, Ed. Losada, Buenos Aires, 2005, p. 21

⁴⁵ Ídem p. 50 y ss.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

El Poder Judicial, es llamado a respetar este principio de autonomía personal y ciudadanía plena y comprometerse a darle participación en el proceso judicial en el que se resuelvan cuestiones que lo afecten directamente.

Por ello, es en este marco que el Poder Judicial, sea ante la inacción de los poderes políticos en lo que refiere a los derechos sociales o sea frente a una acción estatal que vulnere derechos, se convierte, nuevamente, en un escenario fundamental y esencial en la lucha por el efectivo goce de los mismos. Las niñas, niños y adolescentes encuentran en este Poder no sólo un espacio institucional en el que pueden exigir los derechos sociales sino también un campo de demandas activas de transformación social⁴⁶.

En definitiva, la sentencia en tanto impone al Gobierno cumplir con esta obligación implica un control de legalidad de los actos de la administración para que ésta actúe de conformidad con la ley. El rol del Poder Judicial es la protección de los derechos, por lo que, lejos de vulnerarse el sistema republicano y la división de poderes, tanto la acción como la resolución dictada se enmarcan dentro de las funciones que compete a cada uno de los poderes del Estado.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicializable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los

⁴⁶ Victor ABRAMOVICH, "El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales", en Victor ABRAMOVICH y Laura PAUTASSI (comp), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Ed. Del Puerto, Cdad. de Buenos Aires, 2009, p. 7

lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad".⁴⁷

Es claro que, frente a la violación de los derechos constitucionales, es el Poder Judicial quien debe actuar ante los casos concretos que se presentan ante la Justicia.

3.2. De la constitucionalidad y justiciabilidad de los recursos públicos

Desde los mismos inicios del Estado Moderno, la asignación de los recursos públicos, así como su ejecución, fueron concebidas como potestades exclusivamente políticas. Es decir, sujetas únicamente a la oportunidad, mérito y conveniencia de la Administración Pública y la discrecionalidad del Congreso, y por lo tanto, dichas potestades se pensaban ajenas a cualquier tipo de examen constitucional por parte del Poder jurisdiccional de un Estado.

Sin embargo, en la actualidad dicha concepción ha sido superada. Por un lado, la doctrina señala que "...el presupuesto, en cuanto norma jurídica, es el resultado jurídico del ejercicio de una potestad pública, que vehiculiza una decisión política del Estado. Señalada la continuidad entre derecho y política es posible efectuar con claridad la distinción entre potestad financiera (y sus componentes: potestad tributaria, potestad presupuestaria, etc.) y poder financiero. Dado que en un Estado de Derecho todos los poderes del Estado se encuentran disciplinados por el derecho, ellos se expresan mediante el ejercicio de potestades públicas. No hay poder por fuera de una potestad jurídicamente regulada."⁴⁸ Y advierte que "[...] la Ley de Presupuesto es una pieza del Estado de Derecho y a él debe sujetarse"⁴⁹, lo que en otras palabras significa que, la Ley de Presupuesto es pasible de control constitucional.

En concordancia con esta línea dogmática se ha pronunciado el Máximo Tribunal de la República. A fines de 1995, la **CSJN** tuvo la oportunidad de expedirse en relación al rol que debe jugar la inversión presupuestaria efectuada por el Estado Nacional, a la hora de evaluarse judicialmente el efectivo respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas por parte de dicho Estado. Así, en autos "**Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios**", luego de haberse acreditado toda una serie de violaciones a los derechos humanos de diversos internos carcelarios, la Corte Suprema señaló:

"9º) Que estas dolorosas comprobaciones, que es deber del Tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Verbitsky, Horacio", 03/05/05, Fallos: 328:1146.

⁴⁸ Horacio Corti., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2007. pp. 33/35.

⁴⁹ Horacio Corti, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2007. p.694.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

consecuentes excesivas poblaciones penales de las que pretende hacer mérito en su declaración quien fue jefe de la unidad de Olmos.

Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores.

Por otro lado, las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella (art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)." (El subrayado es propio) (cfme. "Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", CSJN, 19 de octubre de 1995).

Esta doctrina fue ratificada por la Corte Suprema el 03 de mayo de 2005 en autos "**Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus**" (Ver Considerando 28º), confirmando de ese modo, la vigencia de la misma.

A todo evento, dicha posición jurisprudencial del Máximo Tribunal de la República, echa por la borda cualquier inteligencia jurisdiccional que convalide la violación estatal de derechos fundamentales, en virtud de argumentos vinculados a la escasez de recursos presupuestarios, y consecuentemente, a la ya superada doctrina de la no justiciabilidad del presupuesto estatal.

3.3. La garantía de prioridad absoluta aplicada a la materia presupuestaria

Como ya se mencionó en el apartado correspondiente, el Estado debe dar prioridad absoluta a la garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes. **Este principio implica una regla a seguir en el diseño de la política presupuestaria.** Ya se ha citado al

respecto el artículo 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone que en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

En ese sentido, el Comité de Derechos del Niño ha afirmado que debe existir una "visibilidad de los niños en los presupuestos". Ha dicho que: "[n]ingún Estado puede decir si para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales está adoptando medidas 'hasta el máximo de los recursos de que disponga', como lo dispone el artículo 4, a menos que pueda determinar la proporción de los presupuestos nacionales y de otros presupuestos que se destinan al sector social y, dentro de éste, a los niños, tanto directa como indirectamente"⁵⁰.

En igual sentido, en las Orientaciones Generales para los informes periódicos emitidos por el Comité de los Derechos del Niño, en el año 1996, se expresa **la prioridad presupuestaria que deben tener los Estados para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.**⁵¹

Al respecto se solicita a los Estados que "Utilizando indicadores o cifras fijadas como objetivo cuando resulte necesario, sírvanse indicar qué medidas se han tomado para asegurar la aplicación, en los planos nacional, regional y local y, cuando corresponda, en los planos federal y provincial, de los derechos económicos, sociales y culturales del niño hasta el máximo de los recursos disponibles, incluidas: las medidas tomadas para garantizar que todas las autoridades nacionales, regionales y locales competentes basen sus decisiones presupuestarias en el interés superior del niño y evalúen la prioridad que se da a los niños en la elaboración de sus políticas;...las medidas tomadas para que los niños, en particular los pertenecientes a los grupos más desfavorecidos, sean protegidos de los efectos adversos de las políticas económicas, incluida la reducción de los créditos presupuestarios en el sector social."⁵²

Al respecto, el Comité DESC ha interpretado de forma consistente la prohibición de discriminación de una forma inversa como la obligación del Estado de garantizar una especial protección a los grupos sociales más vulnerables. De esta manera, ha destacado que **"aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad"** (Comité DESC, OG N° 3, cit, párrafo 12).

⁵⁰ Comité de Derechos del Niño (2003). Observación General No. 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44; p. 15.

⁵¹ Orientaciones Generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los estados partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención de los Derechos el Niño, Aprobadas por el Comité en su 343ª sesión (13º período de sesiones), celebrada el 11 de octubre de 1996).

⁵² Orientaciones Generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los estados partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención de los Derechos el Niño, ya citadas.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

Luego, en las sucesivas Observaciones Generales se ha referido específicamente a las obligaciones del Estado frente a los grupos vulnerables con respecto a cada derecho reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Específicamente, en la Observación General n° 3, el Comité sostuvo que "los Estados Partes tiene el deber de proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad incluso en momentos de grave escasez de recursos."⁵³

Se desprende de lo expuesto que el Comité considera que los Estados tienen la obligación de considerar prioritariamente a los grupos vulnerables en el cumplimiento de las obligaciones emanadas del Pacto. Es decir que **los Estados deben adoptar medidas particulares, exclusivamente referidas a dichos grupos, como así también deben destinar mayores recursos para llevar a cabo tales medidas.** Pero particularmente en el desarrollo de las políticas necesarias tendientes a satisfacer los derechos sociales, los Estados deben considerar de manera prioritaria, a los grupos más vulnerables de la sociedad.

El Comité de los Derechos del Niño, al analizar los factores que conducen a la vulnerabilidad de los adolescentes, señaló que los factores ambientales como la exclusión social aumentan la vulnerabilidad de los adolescentes a los abusos, a otras formas de violencia y a la explotación. (Observación general N° 4, op. cit., párr. 34).

Destacó asimismo, la obligación del Estado de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan: *"La frase es similar a la utilizada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Comité está plenamente de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en que, "aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se*

⁵³ Observación General n° 6, "Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores", 08/12/95, párrafo 17.

empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes." Sean cuales fueren sus circunstancias económicas, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas posibles para dar efectividad a los derechos del niño, prestando especial atención a los grupos más desfavorecidos." (Observación general N° 5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), párrs. 34 y 35. 34º período de sesiones, 2003).

Al respecto, el Dr. Petracchi en el mencionado "Q.C." afirmó que "[e]sta Corte tiene dicho que las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional ni de los tratados internacionales a ella incorporados, especialmente cuando lo que se encuentra en juego son derechos fundamentales (Fallos: 318:2002 y 328:1146). Es que, al distribuir sus recursos, el Estado no puede dejar de considerar los principios de justicia social y protección de los derechos humanos que surgen de la Ley Fundamental (arts. 75, incs. 19, 22 y 23; y Fallos: 327:3753 y 330:1989, considerandos 12 y 5, respectivamente). Por ese motivo, cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad como se advierte en el presente caso, que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que *prima facie* no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el art. 2º del PIDESC".

Con esto en mira, suponer que el decreto 690/960 sólo tiene un impacto en los adultos resulta un sinsentido. De allí que las razones que debió articular la demandada para justificar la regresividad de su decisión debió, no sólo ser urgente, sustancial, grave y fundada en un imperioso interés del Estado, y probar que ésta era la menos lesiva posible; sino que debió intentar franquear este límite impuesto por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional respecto a la prioridad de las niñas y niños en la efectivización del derecho a la vivienda digna.

Sin embargo, nada de esto sucedió en el recurso de inconstitucionalidad presentado por la demandada. Por el contrario, sólo se limitó a reiterar todos y cada uno de los agravios que utiliza para la presentación de los respectivos recursos de inconstitucionalidad, sin hacer mención alguna de **las distinciones fácticas y, consecuentemente, normativas que resultan fundamentales para argumentar el presente caso, donde se encuentran involucrados los derechos fundamentales de niños.**

4. Rechazo del Cuarto Agravio. La confirmación de la Alzada en materia de costas y la imposición de costas por la Alzada.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

Finalmente, la demandada sostiene que la imposición de costas a ésta resulta errónea, toda vez que no ha tenido en consideración que su su mandante no ha dado motivo alguno a la implementación de la acción ventilada en autos. Agrega que a través de las distintas presentaciones realizadas en estos actuados judiciales, su parte ha dado cumplimiento con los reclamos efectuados por la ahora amparista, en materia de subsidio habitacional. Es decir que la Ciudad ha brindado los subsidios requeridos por la actora en toda la extensión que le ha permitido la ley, obrando su mandante dentro del marco legal previsto por los Decretos 690/06 y 960/08. Expuso que no existió una conducta omisiva por parte del GCBA y violatoria de la ley que amerite la interposición de una acción como la que se ventiló en autos.

En primer lugar, es importante destacar que la demandada no alega la violación a principio constitucional alguno en este apartado. No menciona ningún artículo de la Constitución Nacional, ni de la Constitución de la Ciudad. Tampoco enumera los principios constitucionales que se podrían estar vulnerando. Por ello, la ausencia de caso constitucional es tan clara que ni siquiera está planteada por la demandada.

Aún más, **la decisión sobre la aplicación de las costas, conforme lo reiterado una y otra vez por este Tribunal, no es materia del recurso de inconstitucionalidad** ni de la competencia del mismo, salvo excepción aquí nunca planteada ni mucho menos fundada.⁵⁴

En efecto, vale recordar que el Código Contencioso Administrativo y Tributario en su articulado destinado a aquello –cfme. arts. 62 a 71- establece que es el hecho objetivo de la derrota el criterio para imponer costas a un proceso. Incluso más, la doctrina y la jurisprudencia ha sostenido que la excepción a este principio debe ser interpretado con criterio

⁵⁴ Cf. expte. n° 5221/07 "Conde, Darío Miguel s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Conde, Darío Miguel c/ GIBA [Dirección General de Espacios Verdes – Departamento Arbolado Urbano] s/ daños y perjuicios", res. el19/3/2008, especialmente punto 5 del voto de la Sra. jueza de trámite y punto 3 de mi voto; expediente n° 4954/06 "Flores, Jorge Sergio Ramón s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Flores, Jorge Sergio Ramón c/ GCBA s/ daños y perjuicios", sentencia del 18/07/2007.

restrictivo⁵⁵; y que una interpretación de las disposiciones de este artículo se desprende que constituye un principio general en la imposición de costas la condena a quien con su incumplimiento ha dado lugar al litigio.

Por ello, y para revertir este principio general, no alcanza con la mera creencia subjetiva del Gobierno de la razonabilidad de su defensa, sino que deben existir hechos objetivos y concretos que justifiquen la excepción. Y si bien así lo ha reconocido este Tribunal en numerosos precedentes⁵⁶, nada de ello ocurrió en el agravio intentado por la demandada.

Sin perjuicio de que esto solo basta para desechar el presente agravio, cabe realizar un última consideración al respecto.

Como ha quedado demostrado sobradamente en la sentencia del Sr. Juez de grado, en la confirmación de la Cámara de dicha decisión, y en las consideraciones aquí vertidas, no pueden caber dudas que el GCBA ha incumplido ostensiblemente con sus obligaciones más fundamentales respecto del derecho a la vivienda de la actora y sus hijos menores de edad. Como consecuencia de ello surge razonable la imposición de las costas en todas las instancias a la vencida.

Así, la demandada no discute específicamente la decisión de imponer las costas con basamento en el principio objetivo de la derrota, sino si la Administración es responsable o no por la omisión demandada en autos. Así entonces, la demandada mezcla indebidamente los argumentos de los previos agravios presentados por ésta. Es decir, las razones que fundan un supuesto agravio por la imposición de costas no pueden remitirse a los fundamentos de otro agravio diferente, esto es, si la Administración es responsable de la omisión impugnada en el presente caso; sin pretender que ello no implica tener aquél agravio por no fundado.

Lo que en todo caso debería haber discutido la demandada es si la imposición de las costas, aún como vencida, hubiere sido incorrectamente aplicada en el caso por mediar alguna excepción a aquel principio general. Pero, como ya lo dijimos, nada de eso sucede. Muy por el contrario, lo único que hace es negar toda responsabilidad por la situación habitacional de los actores y su grupo familiar que, insistimos, ello fue contestado sobradamente en los agravios precedentes y en las instancias previas.

Determinada la responsabilidad del GCBA, la única opción posible, en virtud de la normativa vigente y los precedentes jurisprudenciales en materia de aplicación de costas, era imponerlas a la vencida, tal como se hizo.

⁵⁵ Fenochietto, C. y Arazi, R., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. I, Astrea, Bs. As., 1993, p. 279.

⁵⁶ Voto conjunto de los jueces Casàs, Conde, Maier y Muñoz *in re*: "Araldi, Liliana Angélica c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —Legislatura— y otros s/ amparo — s/ recurso de queja", expte. n° 606/00, resolución del 19 de abril de 2001, entre muchos otros.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

V. RESERVA DE CASO FEDERAL

Mantengo reserva del caso federal para ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los términos del art. 14 de la ley 48, pues se hallan en juego la interpretación y alcance de normas federales.


En efecto, se encuentran involucrados diversos derechos de los niños aquí representados plasmados en nuestra normativa federal, tales como el **derecho al pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales** (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el **derecho a la igualdad y a la no discriminación** (artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 16 y 75 inciso 23 de la Constitución Nacional), el **derecho a la preservación y la protección del núcleo familiar** (artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 7 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 10 y 11 de la ley 26.061); y el **derecho a medidas efectivas por parte del Estado** (artículo 19 de la Convención de Derechos Humanos; artículo 18.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 29 de la ley 26.061).

En mérito a todo lo expuesto, solicito a V.E. rechace la queja impetrada por la demandada, y en su caso, se deniegue el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Asesoría General Tutelar. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 4 febrero de 2014.

Dictamen AGT N° 3/2014

35


Liliana Cristina Miguera
Asesoría General Tutelar
Ministerio Público
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar 
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

