

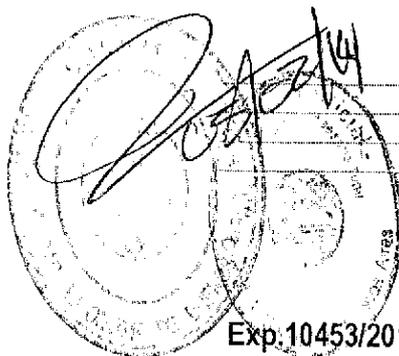


Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"



Exp.10453/2013 Autos: "Nemerovsky Cecilia Verónica y otros c/GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido"

Excelentísimo Tribunal Superior:

Arriban las presente actuaciones a esta Asesoría General Tutelar, en virtud de la vista conferida a fs. 417 punto III), a los efectos de que me expida con relación al recurso de inconstitucionalidad que fuera deducido por la parte demandada a fs. 357/372 vuelta. Por ello, en el marco de las competencias que me son propias, vengo a dictaminar en estos autos.

I.- ANTECEDENTES

De las constancias de la causa se desprende que a fojas 1/47 vuelta se presentaron Cecilia Elisa Verónica Nemerovsky y Norberto Taccone por derecho propio y con el patrocinio letrado de la Sra. Defensora ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Dra. María Lorena González Castro Feijóo e interpusieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires "*(...) por hallarse afectados derechos y garantías de rango constitucional, en particular el derecho a la vivienda –como integrante del derecho a la salud y a la dignidad y al desarrollo de la persona humana- por desconocer –en particular- el derecho a un techo donde alojarnos con nuestra pequeña hija, a pesar de persistir la situación de emergencia habitacional y, en general el derecho al restablecimiento de nuestra dignidad, promoviendo y favoreciendo el ejercicio del derecho al desarrollo integral y a la promoción humana (...)*" (ver fojas 1 punto I. Objeto).

Solicitó como medida cautelar que "(...) se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – Ministerio de Desarrollo Social- nuestra incorporación inmediata a alguno de los programas habitacionales vigentes que brinde una solución habitacional adecuada, que de

consistir en un subsidio nos permita abonar en forma íntegra el valor de un lugar en condiciones dignas de habitabilidad de conformidad con la normativa vigente (...)"

Con fecha 15 de enero de 2010 la Sra. Magistrada de grado hizo lugar a la medida cautelar requerida por la actora. Así resolvió "(...) Conceder *la medida cautelar solicitada y, en consecuencia ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Ministerio de Desarrollo Social- arbitre los medios necesarios a fin de garantizar habitación de los actores y de su hija menor, de la manera que estime más adecuada hasta tanto se dicte sentencia definitiva (...)*" (ver fojas 132/134).

El 5 de mayo de 2010 (ver fojas 214/219) la Sra. Jueza de primera instancia falló "(...) *Haciendo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, ordenando al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, mientras subsista la situación actual de los amparistas y su hija menor de edad, les preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el decreto 690/06, o bien incorporándolos a cualquier otro plan que resguarde los fines perseguidos en este proceso (...)*"

Contra dicho pronunciamiento el Sr Asesor Tutelar y el GCBA interpusieron recurso de apelación a tenor de los agravios vertidos en los escritos de fojas 2221/225 vuelta y 229/231. Dichos recursos fueron concedidos a fojas 227 y 232.

A fojas 278/304 vuelta el Sr. Asesor Tutelar de Cámara desistió del recurso de apelación oportunamente interpuesto por el Sr. Asesor Tutelar de primera instancia y solicitó que se rechace el recurso de apelación interpuesto por la demandada y se confirme la resolución apelada.

A fojas 320/323 vuelta y con fecha 26 de septiembre de 2012 la Sala I de la Cámara de Apelaciones del Fuero dictó sentencia en los autos "**LEMOS FONSECA ALBA NIBIA contra GCBA sobre AMPARO (ART. 14 CCABA) Expte. EXP. 30133/0**". Así resolvió desestimar los agravios y, en consecuencia confirmar la sentencia apelada. El tribunal sostuvo que dado que todas las causas allí mencionadas se encontraban en la misma situación procesal la decisión se referiría y sería aplicable a todas ellas, a cuyo fin dispuso agregar una copia simple en cada uno de los expedientes.

A fojas 357/372 vuelta la demandada –GCBA- interpuso recurso de inconstitucionalidad.

Finalmente y con fecha 29 de julio de 2013 la Sala I de la Cámara de Apelaciones del Fuero resolvió conceder parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, en los términos expuestos en el considerando II y denegarlo con relación a la



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

pretendida arbitrariedad de la sentencia y gravedad institucional alegadas (ver fojas 281/282 vuelta).

II. RECHAZO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Rechazo del primer agravio. La alegada nulidad de la sentencia por arbitrariedad fáctica y sorpresiva.

Sostiene la demandada que la resolución impugnada, es una sentencia ómnibus a través de la cual el tribunal de alzada resuelve o pretende resolver diferentes amparos en los que se ventilan situaciones de hecho y de derecho distintas.

Destaca que la Sala I ha reunido casos que presentan marcados contrastes. Así toma algunos de ellos como ejemplo y los reseña con la intención de ilustrar a los señores miembros del Tribunal acerca de las diferencias que existen entre unos y otros.

Concluye que las situaciones de hecho, por ser tan disímiles, inciden en el derecho aplicable o bien en la manera de dar solución a la problemática habitacional particular, circunstancia que la Cámara soslayó por completo al dictar sentencia, lo que la descalifica como acto jurisdiccional.

Así afirma que la Sala I en forma ilegítima y arbitraria ha aplicado a un conjunto de causas la misma sentencia que recayera en los autos "**Lemos Fonseca Alba Nibia contra GCBA y otros sobre AMPARO (Expte. 30133/0)**", sin tener en cuenta las particulares circunstancias de cada caso.

Agrega además que al fallar la Cámara ignoró lo resuelto por el más alto tribunal de la Ciudad en el expediente N° 6754/09 "**Alba Quintana, Pablo y otros c/ GCBA y otros sobre Amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido**".

A continuación añade "(...) la Alzada en forma sorpresiva y súbita, estando las causas pendientes de resolución, dispuso de oficio –de hecho- de facto- la acumulación de

dichos procesos bajo el aparente argumento de que las causas se encontraban en la misma situación procesal. Tal proceder es manifiestamente ilegítimo y arbitrario por parte del Superior pues (mi) parte al apelar el caso concreto hilvanó los agravios en torno a la situación de hecho concreta que se ventilaba en esos actuados. Sin embargo, la Cámara sin que (mi) representada estuviese notificada de acumulación alguna decidió como si en primera instancia hubiese ocurrido el presupuesto contemplado en el art. 170 del rito o el art. 7 de la Ley 2145 (acumulación – prevención). De esta manera, aduce, se lesionó gravemente el derecho de defensa en juicio y la garantía al debido proceso legal adjetivo contemplado en los arts. 13 inc. 3 de la CCABA y 18 de la CN. Pues en forma repentina se cambió el trámite procesal que debía darse al recurso de apelación deducido por la Ciudad (ver fojas 365 vuelta/366).

Refiere que si en su momento hubiesen concurrido los presupuestos de la acumulación o de la prevención, y se hubiese procedido con las respectivas notificaciones a las partes en primera instancia para dictarse luego una sentencia definitiva abarcativa de todas ellas, va de suyo que la ciudad hubiera expuesto los agravios pertinentes de acuerdo a la situación que se ventilaba en cada uno de los casos de manera particular.

En virtud de lo argumentado solicita la declaración de nulidad de la sentencia en crisis, por entender que con la acumulación efectuada de oficio en la Alzada, se ha afectado gravemente su derecho de defensa en juicio.

Resalta que el art. 172 del CCAyT -supletoriamente aplicable a la presente acción de amparo- establece que si bien la acumulación puede ordenarse de oficio, el momento lo es hasta que el expediente se encuentre en estado de dictar sentencia en primera instancia y, que, por otra parte el art. 173 del CCAyT expresamente indica que en la acumulación de procesos se debe correr traslado a los otros litigantes.

Finalmente concluye que la sentencia impugnada no constituye una derivación concreta y razonada sustentada en los hechos concretos de cada una de las causas, por lo que deberá ser descalificada como acto jurisdiccional válido.

Cabe recordar que "(...) El vicio con potencialidad para originar una nulidad puede consistir en un defecto en la secuencia de los trámites que constituyen el proceso -lo cual vulnera la garantía del debido proceso adjetivo y ha sido conceptualizado en forma genérica como errores in procedendo- o bien en la existencia de una decisión jurisdiccional formalmente defectuosa. En el primer supuesto, la parte afectada deberá promover el pertinente incidente de nulidad (arts. 153, 155 y concordantes del CCAyT) mientras que, en el segundo, la nulidad deberá plantearse al fundar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución o sentencia, que comprende el de nulidad (art. 229 CCAyT (Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario. Causa Nro.: 6980 - 0. Autos: SAN JUAN CRISTINA BEATRIZ c/



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

GCBA s/ ACCION MERAMENTE DECLARATIVA (ART 277 CCAYT). Sala I. Del voto de Dr. Esteban Centanaro (Dr. Horacio G. Corti 18-07-2003. Sentencia Nro. 131).

Ahora bien, si se examina el planteo de nulidad introducido por la demandada a fojas 357/372 vuelta punto V), se observa que en el mismo no se señala un defecto en la secuencia de los trámites que constituyen el proceso (errores in procedendo), ni tampoco se alega que exista una decisión formalmente defectuosa.

Nótese que el agravio no va dirigido contra aspectos formales de la sentencia, ni contra vicios en el procedimiento previo a su dictado. Por el contrario, el GCBA cuestiona aspectos sustanciales de la decisión, como lo es que se haya aplicado una misma solución a casos que –a su criterio- difieren entre sí.

Las críticas efectuadas al fallo no configuran ninguna de las dos causales de nulidad a las que hemos hecho referencia anteriormente.

Sobre el particular la jurisprudencia ha dicho que "(...) Si se han respetado los trámites y, además, la decisión es formalmente válida, pero ostenta defectos en la solución sustancial del caso resuelto, se trata de la existencia de errores in judicando (Couture, Eduardo, Fundamentos, p. 344, n° 212; Calamandrei, Piero, Estudios, p. 165). En este último supuesto no cabe la declaración de nulidad, sino la reparación de los eventuales agravios por medio del recurso de apelación (...)" (Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario. Causa Nro.: EJM 78793 - 0. Autos: GCBA c/ BARBERO MARIO VICTOR Sala I. Del voto de Dr. Esteban Centanaro, Dr. Carlos F. Balbín, Dr. Horacio G. Corti 17-09-2004. Sentencia Nro. 328).

En definitiva el planteo de nulidad –tal y como ha sido propuesto por la demandada- resulta absolutamente improcedente, lo que solicito se declare.

La jurisprudencia ha sostenido que "(...) La sentencia pronunciada sin un análisis de los hechos que son materia de juzgamiento se torna nula, ya que la garantía de la defensa en juicio incluye la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, lo

que implica un correcto examen de las constancias de la causa que acrediten los hechos y una razonable conclusión sobre la valoración que le corresponde, a la luz del derecho vigente (...)” (Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario. Causa Nro.: 16693-1. Autos: Juárez Sara Etel y otros c/ GCBA s/ Procesos incidentales. Sala II. Del voto de Dr. Esteban Centanaro, Dr. Eduardo A. Russo 21-09-2005. Sentencia Nro. 204).

Y es precisamente eso lo que aconteció en estos autos. La sentencia dictada por la Sala I es –contrariamente a lo sostenido por la accionada- un acto jurisdiccional válido y fundado que se ha basado en las constancias de cada una de las causas en las que dictó sentencia.

Para fallar así los Sres. Jueces de Cámara han analizado caso por caso, constatando -en el que nos ocupa- que mi representada y sus padres continúan en situación de emergencia habitacional. La situación de vulnerabilidad socioeconómica de la familia no ha variado y por ende tampoco su necesidad de contar con asistencia estatal.

El razonamiento del Tribunal que funda la sentencia resulta incuestionable.

Comienza afirmando que ya ha reconocido en numerosas causas el derecho de las personas en situación de desamparo a obtener una cobertura que resguarde debidamente sus necesidades habitacionales básicas. Luego de delimitar el marco normativo y jurisprudencial aplicable, procede a evaluar las circunstancias del caso. Al respecto, considera determinante para la resolución del litigio “si en el caso perdura la necesidad de asistencia estatal o bien la actora ha logrado superar las condiciones de precariedad que en su momento sustentaron su inclusión en los programas habitacionales”.

Asevera que en este expediente no se ha demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se hubiera modificado. Afirma que, por el contrario, los amparistas continúa en situación de emergencia habitacional, y concluye que esta circunstancia hace directamente aplicable la doctrina sentada por el Tribunal en materia de protección del derecho a la vivienda digna.

Agrega a su vez que la demandada no ha probado que continuar brindando asistencia a la parte actora en materia de vivienda tenga como consecuencia desatender a otras personas que padezcan igual o mayor vulnerabilidad que ella. Advierte que las obligaciones del Estado no se limitan a su deber de cumplir con la cuestión asistencial, sino que además debe desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los más necesitados. Por último, destaca la protección especial de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en función de la especial vulneración que se produce en el caso.

En lo que se respecta a la medida para mejor proveer peticionada por el GCBA en la que solicita el reenvío a la Cámara de los casos acumulados a fin de que nuevos jueces



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

procedan a efectuar un pormenorizado estudio de las situaciones de hecho de cada uno de los casos, corresponde advertir que este planteo resulta –dado el estado procesal del expediente- absolutamente improcedente e injustificado. Tampoco resulta atinado el planteo de nulidad introducido en el mismo capítulo. Por lo expuesto entendemos que dicha medida debe ser desestimada por improcedente.

La Sala I ha entendido que los fundamentos normativos utilizados para adoptar la decisión resultan aplicables a todos los casos señalados en el fallo. Eso no implica – como lo interpretó la demandada- que haya acumulado los procesos.

Cabe recordar que la acumulación de procesos consiste en la reunión de dos o más causas en trámite que, en razón de tener por objeto pretensiones conexas, no pueden ser decididas en forma independiente sin riesgo de incurrir en el dictado de sentencias contradictorias, o bien de cumplimiento imposible (SCBA, 28/8/84, LL, 1985-B-76; CNCiv, Sala E, 15/12/95, LL, 1996-C-774).

La contradicción que se tiende a evitar puede referirse ya sea a un mismo hecho o a una misma cuestión de derecho (Alsina, Hugo, Tratado, tº I, p. 535; citado a su vez por Fenochietto, Carlos Eduardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Astrea, Buenos Aires, 1999, tº 1, p. 683, nota nº 4).

La conexidad –que, según lo dicho, constituye el presupuesto esencial de la acumulación- es la vinculación que existe entre dos o más procesos o pretensiones, derivada de la comunidad de uno o más de sus elementos (CNCiv, Sala "A", 06/07/88, LL1988-E-106).

En efecto, las pretensiones deducidas resultan conexas cuando, no obstante su diversidad, poseen elementos comunes o interdependientes que las vinculan por su objeto, por su causa, o por algún efecto procesal (id., Sala "C", 18/02/77, LL. 1978-B-663; id., Sala "F", LL. 1982-C-377), bastando que los procesos se encuentren de algún modo vinculados por la naturaleza de las cuestiones involucradas en ellos (id., Sala "C", 11/12/74, LL. 1975-B-854, 32.341-S). Ante tal vinculación, la causa ha de someterse al conocimiento del tribunal que



previno, el cual cuenta con la ventaja de los elementos de convicción ya incorporados (CNCiv, Sala "H", "Sasso, Alejandro N. c/ Juárez Araoz, Jorge s/ Simulación", R. n° 150.870).

El propósito del instituto consiste, en primer lugar, en preservar la garantía de imparcialidad objetiva, a cuyo fin, una vez radicada la causa por ante un órgano jurisdiccional debe permanecer en sus estrados. En segundo lugar, permite la continuidad de criterio en la valoración de los hechos y en la aplicación del derecho, conforme el principio de la perpetuatio jurisdictionis (conf. CNCiv, Tribunal de Superintendencia, 20/11/80, CNCiv, 1981-I, p. 8; id., Sala "D", ED. 75-663; id., Sala "F", ED. 91-818, entre muchos otros antecedentes) y, finalmente, favorece la economía y celeridad procesal, pues evita que un nuevo magistrado deba interiorizarse de una cuestión que ya es conocida por otro.

El art. 13 del Reglamento para la Iniciación y Asignación de Expedientes en el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Res. C. M. n° 335/01, del 1/11/01, Anexo I) prevé que los interesados pueden solicitar que los procesos sean adjudicados a determinado Juzgado por razones de economía procesal, conexidad o acumulación.

Similar solución –inspirada en el principio de prevención- ha sido establecida con respecto a la radicación de los expedientes en segunda instancia. Así, el art. 23 del reglamento citado dispone que "[c]uando una Sala hubiera intervenido en una causa, ésta queda definitivamente radicada en ella para todas las cuestiones que se susciten en lo sucesivo (...) A la misma Sala también le corresponde conocer en las causas vinculadas por conexidad".

Sin embargo y de la simple lectura de la sentencia impugnada se puede deducir que la Sala I no acumuló los procesos a los que hizo mención en el punto 1.2 del decisorio. Lo que hizo en realidad –por entender que todas esas causas se encontraban en la misma situación procesal- fue dictar sentencia en un solo acto pero referida y aplicable –según dispuso- a todas las causas mencionadas en el punto 1.2.

No se advierte entonces, que la sentencia así dictada por el tribunal adolezca de vicio alguno de nulidad por no haber hecho referencia en forma expresa a la circunstancia fáctica de cada una de las causas incluidas en el mismo decisorio. Es que el tribunal no está obligado a seguir a las partes en los razonamientos que formulen, ni es para él imperativo el examen y análisis de la totalidad de la prueba producida, siendo suficiente que lo haga con aquélla que resulte adecuada para sustentar las conclusiones a las que arriba (Conf. CNCiv. Sala H, 2/6/92 in re "Figuroa, Stella M. c/ Terrel Gerardo F. y otro").

La demandada –GCBA- se limita a mencionar que el dictado de una única resolución en varios procesos ha afectado su derecho de defensa en juicio. Sin embargo, no acredita en autos como ese derecho se ha visto afectado o lesionado, ni en qué medida.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

De lo que no cabe duda alguna es que la situación de vulnerabilidad social de mi representada se mantiene y que la asistencia estatal debe continuar hasta que la situación de grave crisis social sea revertida.

Cabe agregar que si se siguiera **el razonamiento de la demandada, numerosas sentencias dictadas por este Tribunal Superior de Justicia serían nulas por iguales razones**. En efecto, en casos similares a este, VVEE aplicó la sentencia dictada en "Alba Quintana" a otros procesos sin disponer acumulación alguna. Es decir, al igual que la Cámara del fuero, este Tribunal entendió que la sentencia dictada en esas actuaciones resultaba aplicable a otros casos que a criterio del juzgador eran análogos. Incluso **la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó el antecedente "QC" a otros casos similares sin acumular los procesos**, situación que también resultaría nula si a la demandada le asistiera razón en su planteo.

Por los fundamentos expuestos y en estricta defensa de los derechos de mi representada entiendo que tanto el planteo de nulidad introducido por la demandada como la medida para mejor proveer solicitada por esa parte deben ser desestimados.

2. Rechazo del Segundo Agravio. La interpretación elusiva de la ley.

La demandada plantea la arbitrariedad de la sentencia, en tanto desconoce el texto del Decreto 167/2011 y de la Ley 3706. Afirma que la sentencia se revela como "desprovista de todo apoyo legal, fundada tan sólo en la voluntad de los jueces" y que no es una "derivación razonada del derecho aplicable sino que se ha resuelto en el caso según el criterio de los miembros del Tribunal".

El Tribunal Superior ha dicho que la tacha de arbitrariedad de la sentencia debe ser apreciada estricta y restrictivamente¹, también en este aspecto, el recurso intentado no constituye otra cosa que el mero desacuerdo del GCBA con una resolución que le ordena

¹ 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.

proveer un subsidio que le permita abonar a la actora en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad hasta tanto cese la situación de emergencia en la que se encuentra junto a su grupo familiar.

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"².

Sin perjuicio de ello, es importante tener en cuenta a la hora de analizar este agravio que el **recurso de inconstitucionalidad no fue concedido en relación a los planteos de arbitrariedad** de la sentencia, razón por la cual debe ser desestimado sin más este agravio.

Más allá de eso, tampoco le asiste razón a la demandada en tanto afirma que en la sentencia recurrida realiza una supuesta interpretación elusiva de la ley .

El GCBA está desconociendo -al expresar sus agravios- la normativa constitucional, internacional y legal que garantiza el derecho a la vivienda adecuada. Así se refiere exclusivamente a las prescripciones de la Ley 3706 y los Decretos 690/06, 960/08 y 167/2011.

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.

Corresponde a este Ministerio expresarse sobre el marco normativo que funda la acción, y la sentencia dictada, haciendo especial hincapié en la protección especial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

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**.

² 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.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

En efecto, consagran este derecho la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25, inciso 1)³; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (art. XI)⁴; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 11.1)⁵; la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27. 1)⁶; 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)⁷; entre otros tratados internacionales de derechos humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 26)⁸ 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

³ 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."

⁴ 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."

⁵ 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..."

⁶ 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).

⁷ 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."

⁸ 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."

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 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.⁹

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 personal¹⁰; el derecho a la salud, integridad y vida¹¹; y el derecho a la igualdad;¹² 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)-Hábitat13, la Declaración de Estambul sobre asentamientos humanos - Hábitat II, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986)¹⁴, y la Recomendación 115 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Vivienda de los Trabajadores (1961))

⁹ Corte IDH. Caso Aimonaci 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² Artículo 16, 75 inciso 23 Constitución Nacional, y las demás previsiones sobre derecho a la igualdad y a la no discriminación.

¹³Declaración 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).

¹⁴ 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"

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 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).¹⁵

¹⁵ 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 Rumildo 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

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 en ese caso concreto la respuesta brindada por el 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).

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.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

En efecto, la Corte Suprema les ha reconocido el carácter de fuente interpretativa a la jurisprudencia de los organismos internacionales.¹⁶ 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 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."¹⁷ 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 Giroldi, "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 mismas¹⁸

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

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)¹⁹: "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 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*",

¹⁹ 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.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

"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.

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.²⁰

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

²⁰ 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.



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 encuentra involucrada una niña que forma parte del grupo familiar afectado.

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...**"²¹

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

²¹El resaltado es propio.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las tetras Argentinas"

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 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"²².

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."²³

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.²⁴ Ha señalado, además, que cuando un Estado ratifica la Convención de Derechos del Niño adquiere la obligación de aplicarla²⁵, 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

²² Comité DESC, Ob. Gral. n° 4, "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)", Sexto periodo de sesiones (1991), Documento E/1992/23. Pár. 6. el resaltado me pertenece.

²³ Comité de Derechos Humanos, Obs. Gral. n° 17: "Artículo 24 – Derechos del niño", 35º periodo de sesiones (1989), p. 3.

²⁴ 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;

²⁵Op. Cit., p. 2.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

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)."²⁶

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.

Además de ello, como ya se mencionó, **en este caso existe un plus de protección de derechos que protegen a la niña que es 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 inteligencia de las normas constitucionales.

Se agravia la Ciudad porque considera que se hizo una equivocada aplicación de las normas constitucionales. Sostiene que la Sala al fallar como lo hizo desconoció plenamente la letra del leading case "Alba Quintana" dictado por el más alto tribunal local, incurriendo así en una nueva arbitrariedad lo que descalifica a la sentencia en crisis.

Sin embargo, no manifiesta qué norma constitucional vulnera la resolución que le ordena otorgar solución habitacional a la familia incluida en este caso. No sólo no se menciona principio constitucional alguno que la sentencia podría vulnerar, sino que además no se hace ninguna referencia a la sentencia en este apartado.

²⁶Comité de los Derechos del Niño, Obs. Gral. N° 4: "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño", 33° período de sesiones (2003), p. 16.

Además, desconoce 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 calle 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. Claro está que dicho antecedente 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, se omite mencionar la sanción de 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".

Asimismo, debemos mencionar que el **Tribunal Superior de Justicia**, en el caso "**Alba Quintana**" ha sostenido que no existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la ciudad la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el Gobierno debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable –sea a través de hogares o paradores-. (Voto de los Dres. Conde y Lozano). No obstante, y sin perjuicio de analizar los agravios, y las consideraciones vertidas por el Tribunal en dicho caso, **es necesario resaltar que dicho antecedente no es de aplicación a este caso, toda vez que los supuestos de hecho son diferentes**. En efecto, en el caso citado se reclamaba por los derechos de una persona adulta que vivía sola; **mientras que en estos actuados se encuentran en juego los derechos de una niña que forma parte del grupo familiar de la actora**. Esto implica que **será necesario analizar los agravios no sólo a la luz de la normativa y los estándares internacionales de derechos humanos vinculados con el derecho a la vivienda, sino también los que se refieren a los derechos de niños, niñas y adolescentes**.

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,



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

entonces, el artículo 31 de la Constitución local debe ser leído a la luz de la prioridad citada y, especialmente, de la nueva 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 los niños, niñas y adolescentes

Conforme lo remarcado en párrafos previos, la demandada no advierte que se encuentran en juego en este caso los derechos de los niños, y en su recurso ningún análisis hace de la normativa específica en la materia, por ello el recurso debe ser rechazado por infundado sin más.

Sin perjuicio de ello, se propiciará la no aplicación de dicho precedente que no compartimos, en razón de que ello vulneraría la normativa local, nacional e internacional en materia de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Como ya lo sostuvimos, cada persona tiene un derecho individual a la vivienda, y a su vez, los niños, niñas y adolescentes tienen este derecho, junto al de convivencia familiar, protegido en las leyes de protección integral de derechos, Ley 26.061 y Ley 114, ya citadas oportunamente.

Desconocer el derecho subjetivo de las personas resulta sumamente alarmante, pero mucho más aún lo es respecto de los niños, niñas y adolescentes, si tenemos en cuenta la histórica visión del Estado que les desconocía el carácter de sujetos de derecho.

En este sentido, frente a un paradigma histórico en el que los niños, niñas y adolescentes eran concebidos como objeto de protección del Estado, se aprobó la **Convención sobre los Derechos del Niño**, tratado internacional de derechos humanos que significa un cambio radical de este modelo. Así, la aprobación de esta Convención ha implicado un cambio de paradigma en relación a la infancia al considerar a los niños, niñas y adolescentes como **sujetos de derecho**. En este sentido, Emilio García Méndez sostiene que "[l]a Convención constituye, sin lugar a dudas, un cambio fundamental determinando una percepción radicalmente

nueva de la condición de infancia. Del menor como objeto de compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor podría sintetizar esas transformaciones."²⁷

Por su parte, Nelly Minyersky afirma que "la consideración del niño como sujeto de derechos, principio básico y rector de la CDN, constituye el máximo objetivo de superación de la actitud de indiferencia que el derecho tradicionalmente ha tenido frente a las personas menores de edad, con relación a su consideración como incapaces por su condición para participar del sistema jurídico...Sus disposiciones ponen en claro que el niño deja de ser incapaz, inmaduro, incompleto, carente y en ocasiones hasta peligroso, por lo que se lo considera objeto de representación, protección y control de los padres y del Estado, y pasa a ser reconocido como sujeto de derecho, es decir, titular y portador de derechos y atributos que le son inherentes por su condición de persona, y otros, específicamente por su condición de niño".²⁸

Por ello, a continuación, analizaremos los estándares internacionales en materia de protección del derecho a la vivienda y su aplicación a la noción de piso mínimo de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, que, según nuestro entender, no se condice con interpretación citada, ni con los agravios planteados por la demandada en este aspecto.

3.1. Del piso mínimo del derecho a la vivienda y los paradores nocturnos y hogares del GCBA.

Al analizar los estándares de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, debemos hacer referencia, en primer lugar, a la **obligación de los estados de actuar en forma positiva a fin de garantizar el nivel esencial de cada uno de los derechos reconocidos en el PIDESC.**

Se trata de una obligación mínima, que apunta a asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de estos derechos.

El Comité DESC ha considerado que esa obligación surge del artículo 2.1 del PIDESC, expresando que "un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de la formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se interpretara de manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser" (Comité DESC, Observación General 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes – párrafo 1 del art. 2 del Pacto", párrafo 10).

²⁷ Emilio García Méndez. "Infancia. De los derechos y la justicia". Editores del Puerto. Buenos Aires. Año 2004. Página 65.

²⁸ Nelly Minyersky. "Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención Sobre los Derechos del Niño". Publicado en "Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados", Compiladoras Grosman Cecilia y Herrera Marisa. Abeledo Perrot. Año 2007.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

De forma inversa, la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos obliga al Estado a no afectar este contenido mínimo al restringirlos. Toda restricción a derechos económicos, sociales y culturales debe ser sometida al control de la afectación o no del contenido esencial del derecho regulado, así como a la obligación de no regresividad.

En este sentido, el **Estado está jurídicamente obligado a garantizar el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, y no puede escudarse en la falta de recursos disponibles** para justificar su accionar si este induce a un sector de la población por debajo del estándar mínimo de protección de un derecho²⁹.

Esta interpretación ha quedado plasmada en la Observación General del Comité DESC N° 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", donde se expresó que "los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto" (párrafo 43). A continuación, el Comité señaló que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables (párrafo 47).

Así se ve claramente como el cumplimiento del contenido mínimo es obligatorio y no es pasible de excepciones, ni aún en situaciones de emergencia (cf. Comité DESC, OG N° 3, párrafo 12, OG N° 12, párrafo 28). Por ello **resulta inexcusable toda invocación estatal a la limitación de recursos o la situación de emergencia** a la hora de meritarse el cumplimiento del principio del contenido mínimo de un derecho social.

En consecuencia, existe un umbral mínimo de satisfacción de los derechos por debajo del cual el Estado viola los derechos que debe garantizar. Como se mencionó anteriormente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha definido el contenido

²⁹Documento "Por una política de vivienda respetuosa de los derechos constitucionales y los derechos humanos" elaborado por CELS, CISALP, Clínica Jurídica de la Universidad de Palermo, Defensoría CAyT N° 1, Asesoría Tutelar N° 1, disponible en: www.cels.org.ar

básico de algunos derechos. **En materia de vivienda, el Comité ha referido la obligación de los Estados de brindar acceso a un hogar, en condiciones sanitarias básicas, con suministro de agua potable.**

El concepto de adecuación de la vivienda se vincula con el de dignidad y es así que el contenido de “adecuada” se interpreta en relación con la situación general del país (en el caso de la Ciudad) y con los medios económicos y financieros disponibles. Si bien el concepto de dignidad no implica lujo, ni propiedad, sí importa asumir la obligación de garantizar un contenido mínimo indisponible, vinculado a las condiciones de habitabilidad, salubridad, higiene y seguridad.

En este sentido, el derecho a la vivienda ha sido entendido como **vivienda adecuada. Es decir la vivienda se define como elemento central en la vida de las personas**, como medio fundamental para la supervivencia y para llevar una vida segura, independiente y autónoma. El acceso a la vivienda se enmarca como uno de los instrumentos fundamentales para garantizar igual capacidad para desarrollar una vida autónoma.

Los paradores nocturnos, lejos de poder ser considerados una vivienda adecuada, son dispositivos de emergencia que dependen del sistema de calle de la DGDAI y están destinados a prestar servicios de pernocte por noche, cena, desayuno, duchas y acompañamiento profesional a personas en situación de emergencia habitacional. El ingreso al dispositivo debe realizarse a las 18 horas y el egreso a las 8 horas del día siguiente sin excepción. Estos espacios pueden ser considerados de suma utilidad en casos de emergencia, como puede resultar un refugio para quien pueda recurrir a ellos para pasar la noche si se trata de casos de víctimas de violencia. **Claro está que estos dispositivos no pueden ser considerados una vivienda, y mucho menos una vivienda adecuada en los términos de los tratados internacionales citados, en virtud que no garantizan la convivencia familiar, ni mucho menos la intimidad de las familias.**

Pero aún más, tampoco resultan consistentes con los requisitos emanados del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este mismo orden de ideas, resulta contradictorio pensar que los paradores nocturnos cumplen, por el caso, con la seguridad jurídica de la tenencia o con la disponibilidad que requiere el cumplimiento y la plena eficacia del derecho a la vivienda digna.

Según la página web del Gobierno de la Ciudad³⁰ el objetivo del dispositivo de paradores nocturnos es el de brindar, con carácter inmediato y de emergencia, servicio de pernocte durante la noche, comida y atención profesional social, psicológica y médica.

³⁰http://www.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/atencion_inmediata/paradores_nocturnos.php?menu_id=23345



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las Letras Argentinas"

Los beneficiarios a los cuales se encuentra destinado este sistema son hombres solos mayores de edad y mujeres mayores de edad con o sin hijos menores que se encuentren en situación de calle, sin recursos, que requieran solución provisoria con carácter de emergencia.

En la actualidad la Ciudad cuenta con tres paradores y un centro de evacuados para atender la emergencia habitacional³¹, incluyendo dentro de ellos a los hogares que habilitan una parte de su espacio para funcionar como parador.³² En los paradores los grupos familiares constituidos por un hombre y una mujer e hijos no pueden permanecer juntos. Para ello, el Estado dispone diferentes sedes donde aloja a los responsables del grupo familiar diferenciándolos según el sexo y sólo permite que las madres permanezcan con sus hijos.

De los paradores las personas egresan cuando resuelven, en la mayoría de los casos su problema de vivienda de manera informal (a través de la ayuda de un familiar o acudiendo a soluciones habitacionales informales como villas, inquilinatos y hoteles). Del centro de evacuados las personas egresan cuando su situación habitacional se resuelve de manera formal, esto significa para el estado local, que se transforman en beneficiarios de un subsidio habitacional³³ y las familias realizan los trámites pertinentes para cobrar la primera de las cuotas de dicho subsidio.

³¹ Parador Retiro (para hombres) ubicado en Gendarmería Nacional 522, funciona en el horario de 18 a 8 hs. durante los 365 días del año. Parador Beppo Ghezzi (para hombres solos), ubicado en Masantonio 2970, funciona en el horario de 18 a 8 hs. durante los 365 días del año. Parador Azucena Villaflor (para mujeres solas y con hijos menores de edad) ubicado en Piedras 1583, funciona en el horario de 17 a 8 hs. durante los 365 días del año. El único centro de evacuados con que cuenta el gobierno local se denomina "Centro por la Inclusión Social" y se encuentra ubicado en Avda. España 2265, fue recientemente inaugurado en septiembre de 2009. Cuenta con una capacidad de 140 plazas y es el único lugar donde se permite alojar a familias enteras con un lapso de horarios más flexible.

³² Debido a las situaciones de emergencia habitacional y a la demanda de estos dispositivos, el gobierno de la ciudad habilita a algunos hogares de tránsito - que son dispositivos diseñados para situaciones estructurales que permiten el alojamiento por un cierto periodo de tiempo- como paradores, destinando una parte de sus plazas para este servicio. Ejemplo de ello lo constituye el Hogar de Tránsito 26 de julio que destina normalmente una parte de su espacio -10 camas aproximadamente- a funcionar como parador. En algunos desalojos masivos se han habilitado como paradores clubes y polideportivos de la ciudad.

³³ El estado local aborda la emergencia habitacional en la actualidad a través de la entrega de un subsidio creado por el decreto N° 690/06 y su modificatorio decreto N° 969/08 que estipula la entrega de una suma de hasta \$700 en 6 cuotas prorrogables por 4 cuotas más, para cubrir gastos de alojamiento. Para acceder a este beneficio se deben cumplir una serie de requisitos. Cuando las personas no alcanzan a cumplir los requisitos estipulados por el decreto N° 960/08 y si se comprueba que están en situación de calle efectiva, se habilita un pago de una suma de dinero que equivale a una cuota del decreto, lo que es denominado



Estos dispositivos no articulan con soluciones habitacionales estables, lo que impide establecer mecanismos que permitan una superación de la situación de calle a las personas, que en definitiva, genera y fomenta que las mismas personas continúen utilizando este tipo de dispositivos.

No sólo constituyen una respuesta transitoria e inestable sino que además como dispositivo transitorio no cumplen con las condiciones mínimas exigidas, vulnerando los derechos de las familias y en especial de los niños alojados allí.

Según lo referido por familias alojadas en estos dispositivos la atención profesional, las condiciones de higiene y la calidad de la comida no son propiamente adecuadas³⁴.

De acuerdo a la descripción de los estándares desarrollada anteriormente, la política de paradores como dispositivo de emergencia habitacional y la entrega de subsidios por un tiempo no mayor a 10 meses, no es respetuosa de ninguno de estos principios y por lo tanto, genera la vulneración del contenido mínimo del derecho a la vivienda.

Con respecto a los estándares de derechos humanos como política de emergencia habitacional los paradores no respetan el principio de progresividad y no regresividad, ya que han sido diseñados por las últimas gestiones de gobierno locales y ofrecen un sistema restrictivo en comparación con sistemas anteriores.

Asimismo, no respetan el principio de no discriminación y protección prioritaria a ciertos grupos en tanto y en cuanto se prolonguen en el tiempo como la única solución posible: se trata de una política focalizada dirigida al universo de personas en situación de pobreza y niños, a los que sólo se les ofrece un paliativo y no una solución para su problemática habitacional, que en la mayoría de los casos es compleja.

Tampoco respeta como política pública el principio de producción de información y formulación de políticas ya que no se da a conocer públicamente el número de personas que son alojadas allí y la forma en que se resuelve su problema de vivienda una vez que egresan de estos dispositivos. Se desconoce si para su diseño se realiza periódicamente un diagnóstico de la población objetivo. No han sido diseñados con la previa participación de los sectores afectados ni se establecen en la actualidad mecanismos de consulta para mejorar o reformar esta política.

"incentivo pacificador". En aquellos inmuebles en los que existe un interés especial de la ciudad por recuperarlos o las ocasiones fácticas y políticas implican una resolución especial del caso, el Ministerio habilita un mecanismo de excepción que consiste en abonar 10 cuotas juntas (\$ 7000) y eventualmente una suma adicional (\$1200 del programa Nuestras Familias) a las familias desalojadas. Este mecanismo fue utilizado, por ejemplo, en el desalojo de "La Fábrica", ubicada en Lacarra 2049 ocurrido en junio de 2009 en el cual numerosas familias fueron desalojadas debido a un incendio.

³⁴Del recorrido realizado por personal de la AGT durante el año 2008 en el marco del monitoreo de políticas públicas locales, se observa que estos establecimientos no cumplen con condiciones mínimas de habitabilidad.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

Adicionalmente, y siendo algo que la demandada no tiene presente, el interés superior del niño debe primar en estos casos. Este principio implica la obligación de satisfacción de los derechos y funciona como garantía, en cuanto es un vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos, como norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos, y como orientación o directriz política para la implementación de las políticas públicas de la infancia.³⁵

El artículo tercero³⁶ de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.³⁷ En este punto es posible afirmar en palabras de Cillero Bruñol que "lo que aquí provisionalmente denominamos 'principio', siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como 'garantía', entendida ésta última 'como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos'. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista, es la plena satisfacción de sus derechos".³⁸ El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la

³⁵ Miguel Cillero Bruñol, op.cit.

³⁶ Artículo 3.1. "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

³⁷ Miguel Cillero Bruñol, op.cit.

³⁸ Miguel Cillero Bruñol, op.cit.

Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado"³⁹

La política aquí analizada no resulta respetuosa del principio de interés superior del niño, que engloba la satisfacción de todos sus derechos, como así tampoco del derecho del niño a preservar sus relaciones familiares y a no ser separado de sus padres. Tal cual están diseñados en la actualidad, los paradores implican la separación de las familias que se encuentran en situación de calle: los padres deben alojarse en los paradores destinados a hombres solos y las madres pueden alojarse junto a sus hijos siempre y cuando éstos no sean adolescentes, los cuales deberán permanecer en la calle o ser derivados a otros dispositivos dependientes de la Dirección General de Niñez. Así, se refuerza la concepción clásica de que los niños y niñas sólo deben permanecer con la madre. Estas limitaciones no logran dar respuesta a un sinnúmero de situaciones que no encuadran en estas prescripciones: por ejemplo, donde se alojará una familia constituida por un padre y sus niños.

La política de paradores también vulnera el derecho de los niños, niñas y adolescentes a convivir dentro del seno familiar⁴⁰, principio que se encuentra enunciado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; y desarrollado ampliamente en la **Ley N° 26.061** de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

En este sentido, al legislar en materia de medidas de protección integral de derechos que tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias, esta norma señala que: "**Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes.** Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de **necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda**, las medidas de protección son los programas dirigidos a **brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al**

³⁹Art.27.1 de la Convención: "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social".

⁴⁰ El derecho a una familia según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se define de la siguiente manera: "La familia es el elemento natural fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado." (art. 23). Este mismo concepto es receptado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 10). La importancia de la familia también se encuentra receptada en numerosos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño. El derecho a una familia incluye el derecho, en la medida de lo posible a conocer a sus padres (art. 7 CDN) y en la medida de lo posible a ser cuidado por ellos. El derecho a ser cuidado por ambos padres implica que ambos comparten la responsabilidad de la crianza, el desarrollo y el interés superior del niño. En caso de separación de los padres, las decisiones que se tomen respecto de la crianza de los niños deben atender a su interés superior, entendiendo este como la máxima garantía de derechos del niño involucrado (art. 7 y 18 de la CDN).

El artículo 9 de la Convención protege el derecho a la identidad, velando por la no separación de los hijos de sus padres y de mantener contacto con ambos de modo regular. Este artículo también determina las características que debe tener el procedimiento cuando se decide separar a un niño de sus padres preservando el derecho de las partes a participar en el proceso y el derecho del niño a ser oído. En este sentido, para la Convención, separar a un niño de sus padres es un paso tan grave como privarlo de libertad y que por lo tanto obliga a una investigación judicial equitativa.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

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

De allí que es posible sostener que la ausencia de un techo común, de un espacio de interacción entre los integrantes de un grupo familiar, torna imposible justamente aquello a lo que está dirigido a proteger el bloque normativo recién analizado: la convivencia del grupo familiar. Así, ¿qué convivencia es posible cuando un grupo familiar, aquejado por una situación de pobreza estructural, se ve obligada a pasar la noche en un lugar que carece de cualquier condicionamiento habitacional decente, que no permite el grado de privacidad que todo grupo familiar merece para su preservación y su continuidad? Parece menester recordar la vital importancia que tiene el cuidado de este espacio de interacción familiar en la crianza de los niños y niñas. En efecto, el desarrollo madurativo de los mismos se encuentra intrínsecamente vinculado a la posibilidad de contar con un núcleo familiar que, como precondition, pueda convivir en un espacio ya no sólo decente en términos de habitabilidad, sino al menos compartido.

Por ello, en tanto único medio a través del cual el GCBA pretende satisfacer el derecho a la vivienda de las familias en situación de calle, el subsidio habitacional se presenta - en principio- como la herramienta más cercana a garantizar el **derecho a la convivencia familiar de los niños, niñas y adolescentes que integran dichos grupos familiares.**

Concluir entonces que **el único programa destinado a familias en situación de calle que tiende a respetar y garantizar el derecho de niños, niñas y adolescentes a la convivencia familiar pueda ser insuficiente para acceder a una vivienda digna y adecuada y pueda interrumpirse definitivamente antes que la familia sea capaz de garantizarse ese**

derecho por sus propios medios, nuevamente resulta violatorio del bloque constitucional federal. Esta vez, de un derecho tan relevante para los niños como lo es la convivencia con sus familias. En nada modifica esta conclusión el hecho que las familias a quienes se les quita el subsidio habitacional -y consecuentemente son empujadas por el Estado local a encontrarse nuevamente en situación de calle-puedan acceder (en caso que haya plazas) a los programas de hogares de tránsito o paradores nocturnos, toda vez que ni unos ni otros respetan el derecho de los niños, niñas y/o adolescentes a la convivencia familiar, entrando así en absoluta contradicción con el marco jurídico que obliga a la Ciudad de Buenos Aires.

La argumentación desarrollada precedentemente se ve reforzada en el ámbito local por la sanción de la Ley 3706, que ha determinado que se encuentran en situación de calle aquellos que “utilicen o no la red de alojamiento nocturno”, y en riesgo de situación de calle quienes “se encuentren en instituciones de las cuales egresarán en un tiempo determinado y estén en situación de vulnerabilidad habitacional. De este modo, ha reconocido que el acceso a un parador nocturno es equivalente a encontrarse en situación de calle, y en este sentido no satisface el contenido mínimo del derecho a la vivienda digna. Esta línea es consistente con la interpretación del mínimo exigible en materia del derecho a la vivienda efectuada por el Comité DESC. No caben dudas, pues, de que la Ley 3706 revierte la interpretación efectuada por el TSJ en “Alba Quintana” (contraria al bloque de constitucionalidad federal), en tanto considera el acceso a un parador como encontrarse en situación de calle, por lo que de ningún modo podría ser reputado como un “resguardo básico” al universo de individuos cuyos derechos la Ciudad tiene el deber de garantizar. Por otra parte, la propia Ley 3706 afirma apoyarse en el reconocimiento integral de los derechos consagrados en el bloque de constitucionalidad federal (art. 3). Ello no puede tener otro significado que el de que la voluntad del legislador ha sido la de proteger el derecho a la vivienda a la luz del DIDH y de manera integral en relación con otros derechos humanos.

La Ley 3706 no sólo establece que el acceso a un parador no satisface el estándar mínimo del derecho a la vivienda, sino que también define cuál debe ser este contenido mínimo. En efecto, establece que las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle “tienen derecho al acceso pleno a los servicios asistenciales” y a “la asistencia económica” (arts. 6 y 8, el resaltado es propio). En esta línea de asistencia económica debe inscribirse el subsidio creado por el Decreto N° 690/06, único programa de transferencia de ingresos creado por el GCBA para brindar un mínimo grado de satisfacción del derecho a la vivienda adecuada y digna. Conforme surge de la Ley 3706, este derecho a la asistencia económica subsiste hasta tanto se supere la situación de calle o de riesgo a la situación de calle (art. 8), en cuanto el objetivo es que los beneficiarios puedan superar la



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

situación de calle. Ello implica que el subsidio habitacional no puede estar limitado en el tiempo, quienes se encuentran en situación de calle y han recibido subsidios tienen el derecho a continuar con la prestación hasta tanto se dispongan las medidas tendientes a la solución definitiva para la crisis habitacional que padecen. Ello, si pretendemos hacer una interpretación armónica de esta Ley, la normativa prevista en el Decreto N° 690/06 y la normativa constitucional, todo ello a luz de lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos.

En conclusión, debemos mencionar que **el piso mínimo de protección de derechos no puede garantizarse a través de los paradores**, por diversas razones que se analizarán a continuación. Especialmente, la política de paradores mucho menos puede considerarse una política de vivienda tendiente a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ello, en razón de que vulneran el derecho a la convivencia familiar en la mayoría de los casos, y, aún cuando ello no ocurra, lo cierto es que implica un retroceso en el avance histórico de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

En efecto, mucho se ha escrito sobre la **institucionalización de los niños** y sus implicancias. El patronato de menores, cuya máxima expresión fue la denominada Ley Agote - Ley 10.903-, dejó ver las consecuencias iatrogénicas de la vida intramuros, así como siempre estuvo lejos de brindar un escenario adecuado para el crecimiento integral de los niños que declaraba proteger. En este sentido, los niños bajo el paradigma de la institucionalización, se encuentran sometidos al control social, regidos por normas estrictas de seguridad, y con su derecho a la intimidad vulnerado. Todos estos aspectos no se condicen con el concepto de vivienda adecuada que hoy exige el universo de protección de los derechos de los niños.

Es así que, los paradores, política de suma utilidad en casos de urgencia, no pueden ser entendidos como una propuesta de vivienda adecuada. En el mejor de los casos, siempre que se utilicen en casos de urgencia, solo alcanzan a ofrecer un cobijo. Ahora bien, **cuando son utilizados como un intento de dar una respuesta a la debida asistencia**



habitacional de los niños y sus familias, entonces los paradores se tornan cuestionables, en tanto reproducen la vieja herramienta institucionalizadora de la pobreza, que el modelo de protección integral de derechos, quiso derogar. Herramienta, la del patronato, propia de un sistema de política social de corte asistencial, focalizado donde los asistidos lejos están de ser considerados sujetos de derechos con capacidad para exigir su debida protección. Por otra parte, no es lo mismo que el Estado brinde el dinero para que la familia decida cómo y dónde vivir, y pueda establecer las reglas de convivencia que considere adecuadas, que la situación de convivencia en los paradores, donde el Estado decide todas estas cuestiones, en un espacio regulado y coordinados por sus efectores, en horarios particulares –pues los paradores ni siquiera brindan abrigo las 24 hs del día los 365 días del año- y en espacios que distan a las claras de cumplir con exigencias mínimas de habitabilidad.

3.2. Principio de prioridad

El principio de prioridad también fue tomado como relevante por este Tribunal en el caso “Alba Quintana”, cuyo análisis se limitó al artículo 31 de la Constitución, sin incluir un estudio particular de los estándares de prioridad que nuestro sistema jurídico concede a niños, niñas y adolescentes en virtud de que, como ya se mencionó, en el caso no se encontraban involucrados estos derechos.

En consecuencia, **para este caso la demandada debió haber analizado la prioridad prevista en el artículo 31, junto a la protección especial de derechos de los niños, niñas y adolescentes.**

Corresponde advertir que la reciente práctica jurídica del derecho internacional de los derechos humanos ha manifestado, contundentemente, la necesidad de entender a los niños, niñas y adolescentes como un grupo que merece, por parte de todos los poderes públicos, una especial protección normativa como sujetos plenos de derechos. Esto es lo que parte de la doctrina ha nombrado como “la protección integral de los derechos de la infancia” que hace referencia a “un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”.⁴¹

Tal como se puede observar, existen numerosos instrumentos internacionales que, específicamente, expresan la obligación que recae sobre el Estado de proteger **especialmente** los derechos los niños, niñas y adolescentes.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 24^o establece la protección de derechos del los niños; y el Pacto Internacional de Derechos

⁴¹ Emilio García Méndez.; “Infancia. De los derechos y de la justicia”, Editores del Puerto, 2da edición, 2004, p. 65



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

Económicos, Sociales y Culturales que formula que "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición".⁴²

En lo que respecta al Sistema Interamericano, el artículo 19º de la Convención Americana de Derechos Humanos sostiene que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

Sustenta aún más la especial protección la existencia de la Convención internacional específicamente orientada a proporcionar a todo niño, niña y adolescente una protección especial de sus derechos. En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, fue receptada por nuestro ordenamiento constitucional a través del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y se le otorgó, en el mismo, jerarquía constitucional.

Pero esto no se limitó al derecho internacional de los derechos humanos, por el contrario, desde el año 1994, con la incorporación de diversos instrumentos internacionales a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, quedó establecido en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de protección de derechos básicos robusto y sustantivo.

A este artículo debe agregársele, además, el 75 inciso 23 que expresa que entre las obligaciones del Poder Legislativo Nacional se encuentra la de "legislar y promover **medidas de acción positiva** que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, **en particular respecto de los niños**, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"⁴³.

⁴² Artículo 10º inciso 3.

⁴³ El resaltado me pertenece.

Como surge del articulado recién transcrito, el grupo “niños, niñas y adolescentes” son, para nuestro constituyente del año 1994, un grupo cuyos derechos se encuentran especialmente protegidos.

Además, esta especial protección de derechos se vio reflejada en la ley 26.061⁴⁴ titulada “Ley de Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. Ésta tiene por objeto “la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos **están asegurados por su máxima exigibilidad** y sustentados en el principio del interés superior del niño”⁴⁵. Y respecto a la CDN sostiene que su aplicación es “obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.”⁴⁶

Esta especial protección de derechos se ve fortalecida enormemente con la **prioridad absoluta** que disponen tanto las normas nacionales como las locales.

Así, el artículo 5º de la Ley 26.061 expresa que “Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”. De esta manera, la Ley avanza al definir qué es lo que significa esa “especial protección” tornándola una **obligación primaria y prioritaria a todos** los Organismos del Estado.

Como podemos observar la Ley 26.061 se encuentra en la misma línea, no sólo con nuestra Constitución Nacional sino también con el derecho internacional de los derechos humanos al reconocer esta necesidad de proteger especialmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Según esta normativa, las políticas públicas tendientes a efectivizar derechos deben dar absoluta prioridad a la protección de los derechos que les corresponden a los niños, niñas y adolescentes. La prioridad mencionada incluye la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas; **la preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas**

⁴⁴ Ley 26.061, sancionada el 28 de Septiembre de 2005 y publicada en el Boletín Oficial: 30.767 del 26-10-2005.

⁴⁵ Cfme. artículo 1º. El resaltado es propio.

⁴⁶ Cfme. artículo 2º.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

públicas; la asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice; y la preferencia de atención en los servicios esenciales, entre otras cuestiones.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de manera consecuente con el ordenamiento plasmado en la Constitución Nacional y en los Instrumentos Internacionales, también ha expresado un importante reconocimiento en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Así, el artículo 39 de la Constitución local reza que "[l]a Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes. **Se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes,** las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar: 1. La responsabilidad de la Ciudad respecto de los privados de su medio familiar, con cuidados alternativos a la institucionalización; 2. El amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual; 3. Las medidas para prevenir y eliminar su tráfico. Una ley prevé la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados. Interviene necesariamente en las causas asistenciales".⁴⁷

Ahora bien, el Estado se encuentra obligado entonces a garantizar los derechos económicos y sociales de sus habitantes, sean personas mayores o menores de edad. Sin perjuicio de ello, tratándose de niños, niñas y adolescentes, tiene **absoluta prioridad en el diseño las políticas públicas** que tiendan a garantizar sus derechos. Esta prioridad no se limita, claro está, a los derechos económicos y sociales, sino que debe incluir también los derechos civiles y políticos.

⁴⁷El resaltado es propio.

Respecto de los niños, niñas y adolescentes que habitan la Ciudad, ha sido la **Ley local N° 114 de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes** que a través de su **artículo 6°** establece en cabeza del GCBA el deber de asegurar al mentado universo de personas, **con absoluta prioridad**, la efectivización del derecho a la vivienda, entre otros derechos fundamentales.

El artículo 8° de esta ley dispone **la garantía de Prioridad**. Al respecto señala que “[l]os/las niños, niñas y adolescentes tienen prioridad en la: a) protección y auxilio cualquiera sea la circunstancia; b) atención en los servicios públicos; c) asignación de recursos públicos en la formulación y ejecución de políticas en las áreas relacionadas con la efectivización y la protección de los derechos de la niñez, la adolescencia y la familia; d) consideración y ponderación de las necesidades y problemáticas de la comunidad local a la que pertenecen.”

Por su parte, la ley local N° 4042 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 dictado en autos “RECURSO DE HECHO Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”.

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 nueva ley 4042 que se refiere específicamente a los programas habitacionales como el previsto en el Decreto 690. Sin duda, a partir de la sanción de esta ley el antecedente “Alba Quintana” no puede ser aplicado a este tipo de casos en que se encuentra vulnerados los derechos de los niños, niñas y adolescentes

El Comité de Derechos Humanos, en observación general 17°, determinó los estándares que integran la noción de “vivienda adecuada”; y entre éstos, entendió que, en términos de “asequibilidad”, “debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, **los niños**, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas"⁴⁸.

Y con respecto al requisito de "lugar" expresó que "[l]a vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, **centros de atención para niños**, escuelas y otros servicios sociales"⁴⁹. Como se puede observar, para el máximo organismo interpretativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la noción de "vivienda adecuada" no puede desentenderse, en ciertos supuestos, de las particularidades que requiere la "especial protección de derechos" reconocida a los niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, el Comité Desc, en la Observación General n° 7, dispuso que "[l]as mujeres, **los niños**, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos."⁵⁰ Asimismo, la Organización Mundial de la Salud realizó una serie de afirmaciones en relación a este efecto diferenciado de la pobreza y la violación estructural de los derechos sociales sobre los niños, niñas y adolescentes. En este orden, sostuvo que "las casas de mala calidad y la superpoblación inducen a la transmisión de infecciones respiratorias agudas, que son la mayor causa de mortalidad de los bebés y niños en la mayor parte de países con renta baja y media."⁵¹

En igual sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha pronunciado con relación a estas cuestiones. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe Anual del año 1993 destacó el efecto diferenciado que tiene la pobreza y la desigualdad en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños,

⁴⁸Comité de Derechos Humanos, Obs. Gral. n° 17: "Artículo 24 – Derechos del niño", 35° período de sesiones (1989), pto E. el resaltado me pertenece.

⁴⁹Op. Cit., pto F. el resaltado me pertenece.

⁵⁰Comité DESC, Obs. Gral. n° 17, "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos", 16° período de sesiones (1997), p. 10.

⁵¹OMS (1992), Our Planet, Our Health, Informe del Comité de Salud y Medioambiente de la OMS, OMS, Ginebra.



niñas y adolescentes. Así, destacó que "[l]a Comisión toma nota de que la pobreza tiene sus mayores efectos en los niños. De acuerdo con el Instituto Interamericano del Niño, el 45% de la población de América Latina está compuesta por niños, y alrededor del 50% de ellos viven en condiciones de pobreza extrema. Esta se describe como una condición de vida tan limitada por la desnutrición, la enfermedad, el analfabetismo, la escasa expectativa de vida y la elevada mortalidad infantil que está por debajo de la definición racional de decencia y dignidad humanas. Sin alimentos ni acceso a servicios básicos de salud, y con escasa o ninguna educación, o sin tiempo para recibir instrucción, ya que deben ganarse la vida o ayudar a sus familias, estos niños quedan atrapados en la lucha diaria por la supervivencia."⁵²

Por su parte, el máximo órgano interpretativo con carácter judicial del Sistema Interamericano, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, sentó una serie de **estándares** que resultan liminares para otorgar una solución al presente caso.

En el año 1999, al resolver el caso conocido como "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)"⁵³, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró por primera vez la violación del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Los hechos del caso se referían al secuestro, torturas y ejecución sumaria de varios jóvenes, entre los cuales se encontraban tres menores de edad. Todo ello fue atribuido a fuerzas de seguridad del Estado de Guatemala en el marco de una práctica sistemática de crímenes cometidos contra los "niños de la calle". El tribunal estableció que los alcances de las medidas de protección a que alude ese artículo deben determinarse por los estados en distintas direcciones, destacando aquellas medidas referentes a la **no discriminación**, la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, y las que garanticen el desarrollo adecuado del niño y promuevan su reinserción social en caso de haber sido víctima de abandono familiar.

Sostuvo allí que "[c]uando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los 'niños de la calle', los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el 'pleno y armonioso desarrollo de su personalidad', a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida"⁵⁴. Y expresó además que entre las "medidas de

⁵² CIDH, Informe anual 2003, Cap. V. Ver también Banco Mundial, "Poverty and Basic Needs", septiembre de 1980, extracto reimpresso en el Informe sobre la situación de los derechos humanos de la República de Nicaragua (aprobado por la Comisión en la 713a. reunión, celebrada el 30 de junio de 1981), OEA/Ser.L/V/II.53, Doc.25, pág. 253, (30 de junio de 1981).

⁵³Corte IDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

⁵⁴ Op. Cit., par. 191.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

protección" mencionadas en el artículo 19 de la CADH "merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación".⁵⁵

Más tarde, en 2002, a pedido de la CIDH, la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva N° 17 relativa a la Condición Jurídica y Derechos del Niño.⁵⁶ Esta opinión consultiva estableció diversas pautas esenciales sobre la protección de los derechos de los niños en el marco del sistema interamericano. En esa oportunidad, la Corte IDH desarrolló su interpretación acerca del alcance de las "medidas de protección" establecidas en el artículo 19 de la CADH.

Reiteró lo que ya había sostenido en anteriores pronunciamientos respecto de la obligación general contenida en el artículo 1.1 de dicho instrumento, que afirma que **el Estado está obligado a garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de sus derechos**. De acuerdo con este principio, la acción u omisión de cualquier autoridad pública dependiente de cualquiera de los poderes del Estado constituye un hecho atribuible al Estado. Este deber general impone a los estados partes la obligación de garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos humanos en relación con el poder estatal y también respecto del accionar de terceros particulares. En tal sentido, los estados partes de la CADH tienen la obligación de **promover medidas positivas** para proteger a los niños contra los malos tratos, ya sea en relación con las autoridades públicas como en sus relaciones interindividuales o con entes no estatales.

De la misma manera, la Corte IDH sostuvo que de la normativa emanada de la Convención sobre los Derechos del Niño se desprende la obligación positiva del Estado de realizar acciones positivas que aseguren el goce pleno de los derechos por parte de los niños, y consideró que estas acciones deben ser, fundamentalmente, de contenido económico, social y

⁵⁵ Op. cit., par. 196.

⁵⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

cultural. En este sentido, afirmó que “[e]l pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles.”⁵⁷

Cada uno de los estándares anteriormente mencionados son esenciales para que los niños accedan y disfruten de su derecho a la vivienda digna y adecuada, y tal como ha sido desarrollado oportunamente, resultan vinculantes para las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires.

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 nueva 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 una niña.

4. Rechazo del Cuarto Agravio. La imposición de costas por la Alzada.

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

⁵⁷ Op. Cit., par. 81.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las Letras Argentinas"

inconstitucionalidad ni de la competencia del mismo, salvo excepción aquí nunca planteada ni mucho menos fundada.⁵⁸

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 restrictivo⁵⁹; 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 precedentes⁶⁰, 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 de la Sra. Jueza 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 el derecho a la vivienda de la actora y su grupo familiar. Como consecuencia de ello surge razonable la imposición de las costas en todas las instancias a la vencida.

⁵⁸ Cf. expte. n° 5221/07 "Conde, Dario Miguel s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Conde, Dario 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.

⁵⁹ Fenochietto, C. y Arazi, R., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. I, Astrea, Bs. As., 1993, p. 279.

⁶⁰ Voto conjunto de los jueces Casás, 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.



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 la actora 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.

III. 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, en la presente se encuentra afectado el **derecho a la vivienda** digna de la niña aquí representada contenido en diferentes instrumentos internacionales con jerarquía constitucional conforme lo dispuesto por el Artículo 75 inciso 22 de la Constitución de la Nación. Así, cabe nombrar el artículo 25, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 5 inciso "e" de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y el artículo 14, inciso 2, de la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres.

Asimismo, se encuentran involucrados diversos derechos de la niña aquí representada 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,



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

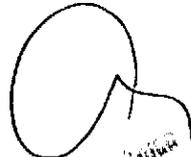
"2014. Año de las letras Argentinas"

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 VV.EE. rechace el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

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

Dictamen AGTN° 4 / 2014


Luz Cristina López
Asesoría General Tutelar
Ministerio Público
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

