

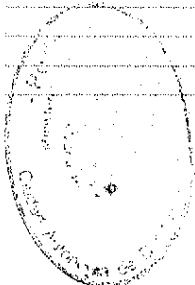


Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las Letras Argentinas"



Exp. N° 10309 y acumulado 10310, Autos: "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Cauna Flores, Ruth c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)" y "Cauna Flores, Ruth s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Cauna Flores, Ruth c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)"

Excelentísimo Tribunal Superior:

Llegan las presentes actuaciones a esta Asesoría General Tutelar, en virtud de la vista conferida a fs. 253 (punto IV), a los efectos de que me expida con relación a los recursos de queja y, en su caso, de los recursos de inconstitucionalidad, interpuestos por las partes.

I.- ANTECEDENTES

A fs. 1/46 se presenta el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) e interpone queja por denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, que le fuera rechazado con fecha 10 de octubre de 2013.

Asimismo, a fs. 54/65, en el expediente acumulado n°10310, se presenta la actora Ruth Cauna Flores, por derecho propio y en representación de sus hijos menores .

... e interpone también, queja por denegatoria del recurso de inconstitucionalidad rechazado en igual fecha

Ambas partes se agravian de lo resuelto y requieren a ese Excmo. Tribunal que haga lugar a su queja y resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cada una, contra la sentencia de la Sala II que confirmó la resolución de grado, con excepción de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2° del decreto n° 167/2011.

En consecuencia, la sentencia confirmó la resolución de primera instancia que hizo lugar al amparo y ordenó a la Administración que "...continúe adoptando las medidas

necesarias a fin de que a la Sra. Ruth Cauna Flores y a su grupo familiar, se les otorgue alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad o los fondos suficientes para acceder al mismo, lo cual deberá ser mantenido mientras el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no demuestre que la situación de vulnerabilidad ha cesado" (v. fs. 130/132).

Que en lo que aquí interesa ambas partes sostienen que existe cuestión constitucional suficiente, agravándose la actora de la sentencia de Cámara que revocó la declaración de inconstitucionalidad del art. 2° del Decreto n° 167/2011 y, la parte demanda, de la confirmación de los demás términos de la sentencia de grado.

Asimismo, de fs. 201/227 y 228/241 se desprende que la parte actora ha contestado los correspondientes traslados que le fueran conferidos.

II. La intervención de la Asesoría General Tutelar

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

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

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

Por otra parte, la ley orgánica del Ministerio Público, 1.903, previó en el art.17, entre las competencias del mismo "9. Promover o intervenir en causas concernientes a la protección de las personas menores de edad, incapaces e inhabilitados y sus bienes y requerir todas las medidas conducentes a tales propósitos, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieran de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieran a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de éstos últimos".

En idéntico sentido, y en lo que refiere a las específicas funciones del Ministerio Público Tutelar, dispuso en el art. 53 las funciones que les corresponden a los Asesores/as Tutelares en las instancias y fueros en que actúen, estableciendo entre ellas: "...1) asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ente



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

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

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

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

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

Así las cosas, conforme el relato expuesto en el punto I, de las constancias de la causa se desprende que esta Asesoría General Tutelar toma intervención necesaria en estos

actuados, en virtud de hallarse involucrados tres menores de edad:

En este sentido, cabe señalar que tal como se desprende de fs. 54/66 y 69/89, la Sra. Ruth Cauna Flores, madre de los menores, asumió la representación de ellos en su carácter de representante legal (conf. art 57, inc. 2° CC), junto con el patrocinio letrado del Sr. Defensor Oficial ante los Juzgados de Primera Instancia.

En virtud de ello y de conformidad con el plexo normativo precitado, cabe indicar que a esta Asesoría General Tutelar le compete mantener en estos autos, la actuación necesaria, promiscua y complementaria prevista en los arts. 59 Código Civil y 17 inc. 9 y 53 inc. 1° y 2° de la ley 1.903, siempre que no se advierta que los intereses o derechos de los menores involucrados puedan verse desprotegidos a causa de la actuación de su representante legal.

Que lo expuesto ha sido abordado por éste Excmo. Tribunal, al afirmar: "El carácter promiscuo de la representación ejercida por el Asesor Tutelar (art. 59 del Código Civil) determina que su legitimación para efectuar planteos como los que introdujera en autos **se encuentra supeditada a la ausencia o defecto de una adecuada tutela por parte de los representantes necesarios de los menores**. Si el ministerio pupilar presupone falencias, necesidades o requerimientos, no evidenciados en el caso concreto por los sujetos que es su misión tutelar, **pasa a ejercer algo distinto de la representación que le atribuye la norma sustantiva, como es una suerte de paternalismo estatal sobre la vida de los menores, con prescindencia de la verificación de efectiva inactividad o diligencia de sus responsables inmediatos**. Tal paternalismo no puede ser cobijado por el principio de tutela del interés superior del niño..." (conf. "Comisión Municipal de la Vivienda c/Gómez Mónica Elena s/Desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad concedido", sentencia del 15 de mayo de 2002, del voto de la jueza Conde, el destacado no se encuentra en el original. Doctrina que ha sido recientemente reproducida por la Cámara de Apelaciones; Sala II, en "B. B. B. y otros c / GCBA y otros", del voto del Dr. Centanaro, sentencia del 05-04-2013).

Que, por otra parte la CSJN ha reafirmado este criterio, al señalar que la representación promiscua que ejercita el Ministerio Público no puede sustituir a la voluntad de los padres: "Los menores están sujetos a una representación necesaria y conjunta. La representación necesaria la ejercen los padres o tutores (art. 57 inc. 2° del Código Civil). La representación promiscua el Ministerio de Menores (art. 59 del C.C), que es conjunta con la del padre, y complementaria, es decir que no sustituye ni reemplaza a la que prevé el art. 57 del Código Civil" (Castro Mitarotonda, Fernando H., "El menor en juicio y el artículo 59 del Código Civil" Publicado en: UNLP 2008-38, 90).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

Por lo expuesto, cabe señalar que la competencia del Ministerio Público Tutelar debe entenderse como una actuación complementaria tendiente a resguardar los derechos de los menores involucrados, en forma subsidiaria a la actuación de su representante legal, siempre que se advierta que los intereses de los menores no están siendo adecuadamente resguardados.

En efecto, la actuación complementaria dispuesta por la normativa de ninguna manera puede interpretarse como una suerte de representación o patrocinio jurídico paralelo. Por el contrario, la actuación del ministerio público tutelar estará sujeta a la comprobación de la deficiencia de esa representación por parte de los representantes que, a priori, la ley designa para los menores.

En lo aquí refiere, corresponderá por tanto determinar si los derechos e intereses de mis promiscuamente representados, han sido adecuadamente resguardados y defendidos por su representante legal -tanto ante la interposición del recurso de inconstitucionalidad y el de queja opuesto por la demandada, como así también, ante los recursos por ella planteada- o si por el contrario, corresponde realizar alguna manifestación acerca de los derechos de los mismos.

III.- Los menores involucrados

Tal como se expuso, en autos se encuentran involucrados los menores

Al respecto, cabe destacar que el menor [redacted] padece síndrome de down, siendo atendido en el Hospital Gutiérrez y en las Salitas 20 y 40, mientras que el niño [redacted] padece de un angioma en el cuero cabelludo, recibiendo atención sanitaria en el Hospital Piñero.

Por otra parte, todos los niños se encuentran escolarizados, conforme surge de las manifestaciones vertidas en fs. 134/147.

Respecto de la situación socio-ambiental de los tres menores involucrados, cabe señalar que tal como se desprende de fs. 100/105, los mismos han sido beneficiarios de una medida cautelar que ordenó al Ministerio de Desarrollo Social del GCBA, que le otorgue alojamiento a la actora y a su grupo familiar, o los fondos suficientes para acceder al mismo hasta tanto recaiga decisión definitiva y firme en la presente acción.

Desde esta perspectiva, se desprende que si bien la situación de emergencia habitacional que dio origen a los presentes actuados se encontraría, en principio, superada, en virtud de la medida cautelar recaída en estos actuados, ello no indica que la situación de vulnerabilidad de los menores aquí involucrados haya cesado. Empero, en tanto la representación de esta Asesoría resulta ser, como se anticipara, de carácter promiscua o complementaria de la ejercida por su madre, he de referirme a continuación sobre tal cuestión.

IV.- La actuación del representante legal

Tal como se indicara, corresponderá por tanto determinar si en estos actuados se han resguardado en forma debida los derechos e intereses de mis promiscuamente representados, tanto respecto de los recursos arbitrados por la demandada, como así también respecto de los opuestos por la parte actora.

Me referiré a continuación sobre cada uno de ellos.

a) La queja opuesta por la parte actora y el recurso de inconstitucionalidad

Del relato hasta aquí expuesto, se desprende que a lo largo de estos actuados, los derechos de los menores

han sido, a criterio de esta Asesoría General, adecuadamente representados por su madre.

De esta forma la representación y defensas articuladas a lo largo de la causa y las pruebas colectadas conllevaron al dictado de una sentencia favorable, que fuera confirmada por la Cámara del fuero, en un todo excepto a lo que refiere a la inconstitucionalidad del art. 2° del Decreto 167/2011, declarada de oficio por la juez de grado.

Ahora bien, sin perjuicio de que dicho resolutorio significa, tal como lo ha advertido el Sr. Asesor Tutelar ante la Cámara a fs. 242/249, una solución habitacional para mis representados, el letrado patrocinante de la madre de los menores, en su carácter de gestor, ha



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

impugnado la misma, y ante su rechazo, la actora -por su derecho y el de los menores-, ha interpuesto el recurso de queja obrante a fs. 40/47.

Desde esta perspectiva, conviene señalar que si bien la suscripta comparte las defensas arbitradas a lo largo de la causa por la representante legal de los menores, como así también las contestaciones de los traslados conferidos, cabe indicar que en esta oportunidad no advierte de qué manera la revocación de la declaración de inconstitucionalidad respecto del límite temporal de los subsidios habitacionales, puede afectar los derechos de los menores, cuando ellos han obtenido una sentencia de amparo que ordena cubrir su déficit habitacional hasta tanto cese su estado de vulneración social.

En este sentido, éste órgano entiende que la persistencia del debate acerca de cuestiones que son ajenas a la realidad de los menores aquí involucrados, significa una dilación en el tiempo que retarda y obstaculiza la obtención de una sentencia firme.

En virtud de ello, entiendo que las manifestaciones de la actora obrantes tanto en el recurso de queja, como en el recurso de inconstitucionalidad, no logran resguardar de manera íntegra los derechos de los menores, por cuanto exceden las circunstancias fácticas en las que ellos se encuentran involucrados, significando su interposición un dispendio judicial para su defensa.

Por el contrario, ha quedado acreditado que los derechos e intereses de los menores involucrados se encuentran resguardados en estos actuados a través de la contestación en término del traslado del recurso de inconstitucionalidad opuesto, en el que la representante legal rebatió cada uno de los argumentos expuestos por el demandado y cuestionando la admisibilidad del mismo.

En virtud de ello es que entiendo pertinente expedirme y peticionar a ese Excmo. Tribunal que considere los argumentos expuestos, en forma complementaria y subsidiaria a lo indicado por la parte actora.

Tal como surge del plexo normativo referido en el punto III, ésta presentación deberá interpretarse como complementaria y subsidiaria a la realizada por la madre de los menores, en tanto pretende únicamente asistir y procurar la debida protección de sus derechos y de ninguna manera tiende a sustituir o reemplazar la voluntad del representante legal.

Ello, en virtud de las específicas funciones que ha asignado el legislador a este órgano constitucional, tal como lo entiende la doctrina, "se advierte que aquellas funciones más que representativas son de asistencia y contralor, sin perjuicio de asumir también carácter representativo para suplir-por tanto subsidiariamente- la omisa actuación de los representantes legales individuales... No hay pues, se ha dicho, procuración o delegación, sino asistencia y control" (LLAMBIAS Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Parte General, Lexis Nexis, 2007, p. 397/398).

Por lo demás, opino que la resolución a la que se arribe en estos actuados deberá guiarse por el debido respeto de los derechos constitucionales de los niños actuantes, debiendo garantizar la protección de los intereses superiores de los menores aquí involucrados, tal como lo sostiene los tratados de derechos humanos.

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

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



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las Letras Argentinas"

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

Por otra parte, el art. 7° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad expresa "1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño".

Asimismo, y en relación con la situación de autos, el art. 19° de la referida Convención dispone "Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;(…)". E igualmente el art. 23° prescribe que: "Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos (...) 4. Los Estados Partes

asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. 5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar".

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

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

En materia de vivienda, la normativa dispone que la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización. Por el contrario, el artículo 35 establece que se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. Esta norma dispone que cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

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

En primer término, dicho organismo interpretativo, reconoció a los niños, niñas y adolescentes como sujetos poseedores del derecho a una vivienda adecuada al aclarar que "[e]

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"¹.

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.”²

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.³ Ha señalado, además, que cuando un Estado ratifica la Convención de Derechos del Niño adquiere la obligación de aplicarla⁴, debiendo traducir en realidad los derechos humanos de los niños.

Así, el Comité de los Derechos del Niño, órgano cuya principal misión es interpretar y dotar de contenido la Convención sobre Derechos del Niño, solicitó a los Estados Partes que “elaboren y apliquen de forma compatible con la evolución de las facultades de los adolescentes, normas legislativas, políticas y programas para promover la salud y el desarrollo de los adolescentes: a) facilitando a los padres (o tutores legales) asistencia adecuada a través de la creación de instituciones, establecimientos y servicios que presten el debido apoyo al bienestar de los adolescentes e incluso cuando sea necesario proporcionen asistencia material y programas de apoyo con respecto a la nutrición, el desarrollo y la vivienda (art. 27 3).”⁵

Por último, y de conformidad con lo que ha sostenido la CSJN “La consideración rectora del interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias

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

² Comité de Derechos Humanos, Obs. Gral. n° 17: “Artículo 24 – Derechos del niño”, 35° período de sesiones (1989), p. 3.

³ 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;

⁴Op. Cit., p. 2.

⁵Comité 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.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

llamados al juzgamiento de los casos,(S. 622. XXXIII.; S., V. c/ M. , D. A. s/ medidas precautorias.03/04/2001, T. 324, P. 975)".

En similar inteligencia ha sostenido que "La necesidad de una protección especial de la infancia enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3º, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio (S., V. c/ M. , D. A. s/ medidas precautorias.03/04/2001, T. 324, P. 975)".

Por otra parte, el acceso a una vivienda digna, es parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado de las personas con discapacidad, conforme lo dispuesto en el art. 28º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad".

Con idéntico sentido, la Convención de los Derechos del Niño en sus arts. 2 y 23, al considerar necesario mencionar la discapacidad explícitamente en el artículo sobre la no discriminación, resalta como medios de igualación la necesidad de que el Estado adopte todas las medidas que sean oportunas para garantizar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación, para que el objetivo diseñado en el preámbulo, que los "derechos iguales e inalienables", esté reconocido para todos.

De conformidad con lo expresado precedentemente, y en el marco de lo dispuesto en el art. 49 inc. 1º de la ley 1.903, opino que los intereses de los menores involucrados se encontrarán adecuadamente resguardados, siempre que se considere esta presentación como complementaria a la efectuada por la actora.

b) La queja opuesta por el GCBA y su recurso de inconstitucionalidad

Ahora bien, sentado ello, corresponde expedirme acerca de las defensas esgrimidas por la demandada respecto de la sentencia de Cámara recaída en autos y, el desistimiento del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, respecto de la protección de los menores aquí involucrados.

En lo que ello respecto, este órgano entiende que tal como se desprende de los argumentos expuestos a fs. 228/268 el patrocinio jurídico de la actora, en su calidad de gestor de la representante legal de los menores, ha contestado en término el traslado del recurso de inconstitucionalidad opuesto por el GCBA, rebatiendo cada uno de los argumentos expuestos por el demandado y cuestionando la admisibilidad del mismo.

En dicha oportunidad, se expuso que "...la exposición de la supuesta cuestión constitucional que el GCBA intenta someter al conocimiento del Tribunal Superior, la que consistiría en la violación del principio de poderes y arbitrariedad no guarda conexión con el desarrollo de los agravios vertidos".

Así también sostuvo que "En el caso particular de autos, la decisión que adoptó el Tribunal no hace otra cosa que asegurar el respeto del derecho a la vivienda como uno de los derechos sociales básicos consagrados por la Constitución Nacional, la CCABA y las normas de derecho internacional receptadas en nuestro ordenamiento jurídico nacional a través de la Constitución Nacional. En efecto, ante la acreditada de autos, omisión antijurídica del recurrente, es el Tribunal quien toma intervención a fin de garantizar un estándar mínimo de tutela al derecho vulnerado." (v. fs. 239 y vta.).

En virtud de lo expuesto y de las propias constancias de la causa, ha quedado acreditado que los derechos e intereses de los menores involucrados, en lo que respecta a la contestación de las defensas argüidas por la demandada, se encuentran resguardados en estos actuados a través de la actuación de su representante legal.

Por tanto, no se advierte que al respecto haya existido una inadecuada o deficiente representación de los intereses superiores de los menores involucrados que deba estimular la actuación autónoma del Ministerio Público Tutelar.

En virtud de ello, considero que ahondar sobre los agravios expuestos por el demandado importaría ejercer, como se dijo, en un patrocinio jurídico paralelo respecto de los menores, quienes como se expuso, se encuentran a criterio de la suscripta, debidamente representados por su madre quien actúa con el patrocinio jurídico del Defensor Oficial.

Sin perjuicio de ello, y respecto del recurso de queja interpuesto por la demandada, esta Asesoría General no puede dejar de señalar que de la lectura del mismo se advierte que el GCBA aduce que el rechazo del recurso de inconstitucionalidad opuesto agravia



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

"2014. Año de las letras Argentinas"

de modo irreparable el interés público comprometido con la vigencia de la legalidad, incurriendo en arbitrariedad y gravedad institucional.

No obstante ello, se advierte que la demandada no logra demostrar de qué manera se ha lesionado en autos sus derechos constitucionales, ni de qué manera el desistimiento del recurso de inconstitucionalidad opuesto vulnera el interés público, toda vez que tal como advertirá este Excmo. Tribunal, estos actuados se han desarrollado en un todo de conformidad con las normas procesales aplicables al caso, intentando resguardar en todo momento los derechos e intereses de mis representados en forma promiscua.

Por tanto, no logra dilucidarse de qué manera una resolución que tiende a poner fin a un estado de vulnerabilidad de los menores aquí involucrados pueda afectar los derechos o intereses del GCBA, sin que logre la demandada señalar de modo concreto cuál es el agravio o perjuicio irreparable que la sentencia le causa.

En virtud de todo ello, y sin perjuicio de la razón o falta de razón que le asista a la demandada cuya evaluación corresponde a ése Excmo. Tribunal, esta Asesoría opina que con los alcances expuestos a lo largo del presente, correspondería rechazar el recurso de queja opuesto y consecuentemente las defensas esgrimidas en su recurso de inconstitucionalidad.


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

Diomeles AGT 10^o. 16/2014

