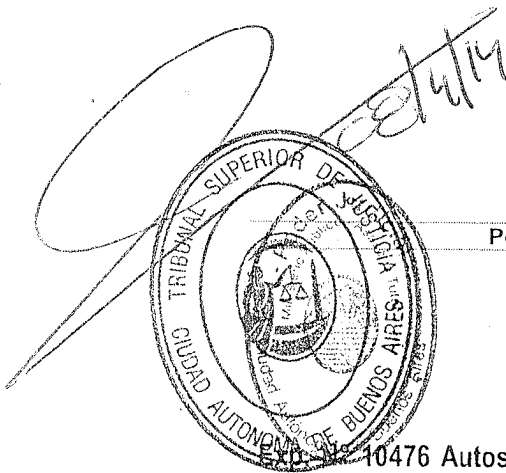




Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar
Asesoría General Tutelar
"2014. Año de las letras Argentinas"



EXD-10476 Autos: "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alomo, René Ricardo 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. 69 (punto V), a los efectos de que me expida con relación al recurso de queja y, en su caso, del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la demandada.

I.- ANTECEDENTES

A fs. 59/67 se presenta el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) e interpone queja por denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, que fuera rechazado por la Alzada conforme la copia obrante a fs. 56/58 vta., notificada con fecha 9 de diciembre de 2013.

Del escrito de interposición de la presente queja, se desprende que el GCBA se agravia de lo resuelto por el tribunal de alzada y peticona que se haga lugar a su queja y se resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia de la Sala I que rechazó la apelación interpuesta y confirmó la sentencia de primera instancia.

Que en lo que aquí interesa, el juez de grado resolvió "...haciendo lugar a la acción de amparo y condenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a que cubra la necesidad mínima de vivienda del actor y su grupo familiar por medio del subsidio que venía otorgando hasta ahora u otro medio razonable que disponga , adecuando a la situación particular del actor y en el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional mínima existente...".

Asimismo, a fs. 76/94 consta la copia de la presentación efectuada por la Sra. Defensora Subrogante ante la Cámara de Apelaciones, por medio de la cual, invocando su

calidad de gestora por el grupo familiar actor conformado por René RICARDO Alomo y Stella Maris Ruiz, ambos en representación de sus cuatro hijos menores de edad y, contesta el traslado del recurso de inconstitucionalidad opuesto por la demandada, rebatiendo cada uno de los argumentos allí dispuestos.

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 ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/as incapaces, emitiendo el 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 carecieran de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus



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

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. 1º y 2º).

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 cuatro niños:

(de 10 años), (de 12 años),
(de 13 años).

Desde esta perspectiva cabe advertir que de las copias obrantes en estos actuados se desprende que si bien la acción habría sido iniciada por René Ricardo Alomo y Stella Maris Ruíz, ambos por derecho propio, en el caso se encuentra involucrado el grupo

familiar de los actores, compuesto por los niños mencionados, cuya representación fue asumida por el Sr. Asesor Tutelar de primera instancia (v. fs. 95/96) sin que pueda advertirse la asunción de la representación por parte de los obligados legales.

En efecto únicamente de la presentación de la Sra. Defensora Oficial en calidad de gestora, se desprende la actuación por el grupo familiar, sin que pueda advertirse de las presentaciones cuyas copias obran en estos actuados, que los padres hayan asumido la representación legal de los niños (v. fs. 2/17, 76/94 y 103/110).

No obstante ello, tanto la medida cautelar recaída, como la sentencia de primera instancia y la confirmatoria de cámara, refieren al grupo familiar (v. fs.19/24 y 31 y vta.).

Ahora bien, toda vez que los derechos e intereses de los niños han sido cabalmente defendidos a través de las intervenciones efectuadas por el Sr. Asesor Tutelar en sus diferentes instancias, corresponde en esta instancia mantener la representación autónoma de los niños en los términos del art. 17 inc. 9 de la ley 1903.

Asimismo, en tanto el traslado del recurso de inconstitucionalidad ha sido contestado por la Defensora de Cámara en su calidad de gestora del grupo familiar, sin que surja la ratificación de los actores, corresponde a todo evento tener por reproducidas sus defensas respecto de los niños involucrados, a los efectos de salvaguardar las eventuales omisiones en las que hayan incurrido sus representantes legales.

Por lo demás deberá señalarse que la actuación complementaria del Asesor Tutelar 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 compraba deficiencia de esa representación por parte de los representantes que, a priori, la ley designa para las personas menores de edad.

En lo aquí refiere, corresponderá por tanto determinar si los derechos e intereses de mis representados, han sido adecuadamente resguardados y defendidos por sus representantes legales ante la interposición del recurso de inconstitucionalidad y el de queja opuestos por la demandada.

III.- Los niños/as involucrados

Tal como se expuso, en autos se encuentran afectados los derechos de cuatro personas menores de edad.

Respecto de su situación socio-ambiental, cabe señalar que tal como se desprende de fs. 19 vta. de la sentencia de grado, los mismos han sido beneficiarios de una



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

medida cautelar que ordenó al Ministerio de Desarrollo Social del GCBA que incluya al grupo familiar en los programas de emergencia habitacional, hasta tanto se dictara sentencia definitiva en los presentes.

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 niños aquí involucrados haya cesado.

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 representados, respecto de los recursos arbitrados por la demandada.

En este sentido, si bien de las copias obrantes en estos actuados se desprende que la Defensora Oficial ante la Cámara de Apelaciones, invocando la calidad de gestora por el grupo familiar, ha contestado en término el traslado del recurso de inconstitucionalidad opuesto por la demandada, rebatiendo cada uno de los argumentos y cuestionando la admisibilidad del mismo, no surge tal como se indicó, la ratificación posterior de los actores por su propio derecho ni por los niños involucrados.

Desde esta perspectiva y a fin de resguardar los derechos e intereses de los niños involucrados, beneficiarios de una medida cautelar y de una sentencia de amparo que aún no se encuentra firme, corresponde asumir la representación autónoma de los niños

_____ (de 10 años), _____ (de 12 años), _____ (de 13 años) en los términos del art. 17, inc. 9 de la ley 1.903, de forma tal de suplir la eventual omisión de sus representantes legales y adherir a las defensas arrimadas por el Defensor Oficial en su escrito cuya copia obra a fs. 76/94.

En este sentido, se solicita que en defensa de los niños (de 10 años), (de 12 años), (de 13 años), se tenga por reproducidas las mismas respecto de lo que hace a la viabilidad del recurso de inconstitucionalidad presentado.

Tal como surge del plexo normativo referido en el punto III, ésta presentación deberá interpretarse como complementaria y subsidiaria a la realizada por los padres de los niños, 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" (LLAMBIÁS 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 las personas menores de edad 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



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

niño su condición jurídica de sujeto de derechos humanos, sino que obliga a los adultos a prestarles un apoyo adecuado, en el sentido de que variará de forma e intensidad en la medida en que vayan adquiriendo y fortaleciendo las capacidades necesarias para ejercerlos por sí (recuérdese el art. 5, CDN.) (...) todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos, y es obligación de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Precisamente, con sustento en el principio de igualdad se reconoce la existencia de protección específica y derechos específicos a determinados grupos de personas, entre los cuales se hallan los niños. (conf. Villaverde, María S., en "Actualidad en derecho de familia APBA 2009-9", Ed. Abeledo Perrot, 2009, ABELEDO PERROT N°: 0003/800752).

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

La Ley 26.061 regula las medidas de protección integral de derechos que consisten en aquellas que emanadas del órgano administrativo competente local se dictan ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar las consecuencias que emanan de su violación. La Ley aclara que la amenaza o violación puede

provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

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

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



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

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"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

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", 35º 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.

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 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)".

V.- La queja

Conforme todo lo expuesto, corresponde ahora determinar si la procedencia de la queja interpuesta por la demandada, y eventualmente el conocimiento del recurso de inconstitucionalidad, afecta los intereses y derechos de los niños/as aquí involucrados, o si por el contrario, los mismos han sido resguardados con la adhesión y reproducción de las defensas arrojadas en la contestación del traslado cuya copia obra a fs.76/94.

En este sentido 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 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 en qué medida se 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 mi representado.

Por lo tanto, no logra dilucidarse de qué manera una resolución que tiende a poner fin a un estado de vulnerabilidad de los niños/as aquí involucrados y su grupo familiar, 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.


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"

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.

Asesoría General Tutelar. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 8 de abril de 2014.



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

Diccionario AGTN: 41/2014

