



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Expte. N° 13141/16 "Asesoría General Tutelar N° 3 CAyT (Res N° 5206/08) c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido".

TRIBUNAL SUPERIOR:

I.- Objeto


Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a fin de dictaminar sobre los recursos de inconstitucionalidad concedidos a la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (en adelante, ACIJ) y el Ministerio Público Tutelar (en adelante, MPT), de conformidad con lo dispuesto a fs. 1063 vta.

II.- Antecedentes y síntesis de la cuestión debatida

En lo que aquí importa, la Sala II de la Cámara de Apelaciones dispuso hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) y el Ministerio Público Fiscal (en adelante, MPF) y en consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia, en tanto había hecho lugar parcialmente a la acción de amparo colectivo promovida por el MPT (cfr. fs. 977/988).

Resulta de interés destacar que la acción de amparo tiene por objeto que se ordene al GCBA a cumplir con su obligación constitucional de garantizar el derecho a la salud integral, la alimentación, la igualdad y la autonomía personal de todos los niños, niñas y adolescentes y personas con padecimiento mental, que soliciten las prestaciones previstas en los programas "Ticket Social" y "Ciudadanía Porteña" (cfr. fs. 1).

En concreto, el actor requirió en su escrito de demanda que el GCBA adecue la política pública en materia de alimentación en dos aspectos:


Juan G. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Contencioso Administrativo y Tributario

a) Se ordene la inclusión en un “plazo razonable” al Programa Ciudadanía Porteña de todas las personas que así lo soliciten.

b) Que mientras se sustancie su inclusión en el referido programa, respecto a las personas que perciben el Programa Ticket Social, se adecúe su monto, como mínimo, a las pautas previstas en el programa Ciudadanía Porteña (cfr. fs. 1, 2, 23, 24 y vta., 30 bis vta.).

Por último, debe mencionarse que el juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la acción y en consecuencia: 1) ordenó al GCBA a que en el plazo de diez (10) días reglamente el programa Ciudadanía Porteña según lo establecido en el art. 9 de la Ley N° 1.878 (cfr., fs. 817/822) y; 2) declaró la inconstitucionalidad de los artículos 4, párrafos 2° y 6° del Decreto 800-GCBA-2008 a fin de establecer; i) criterios de distinción de hogares beneficiarios que permitan que la prestación otorgada guarde proporción con la integración de cada hogar y ii) establecer una pauta de actualización periódica obligatoria del monto de los beneficios en base a índices de la Canasta Alimentaria elaborada por la Dirección General de Estadísticas y Censos del Gobierno de la Ciudad (cfr., fs. 822 vta.).

La Sala interviniente -para revocar la decisión del juez de primera instancia- entendió:

a) que el MPT carecía de legitimación para instar una acción como la presente (cfr. fs. 980 vta./981 vta., considerandos 4, 5 y 6) pues no se identificaba un representado en concreto, es decir, no ostentaba la representación de un menor de edad o una persona con padecimientos mentales que no hubiera recibido la prestación alimentaria o lo hubiera hecho de manera deficiente (cfr. fs. 981 vta./ 983, considerandos 7 y 8).

b) que no se verificaba un “caso” en los términos de los arts. 116 de la Constitución Nacional (en adelante, CN) y 106 de la Constitución de



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, CCABA), porque la generalidad de la pretensión impedía constituirlo en objeto de una acción (cfr. fs. 282 vta.). En este sentido, destacó que la petición involucraba el diseño de la política pública sin esbozar un perjuicio actual -o inminente- concreto sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que por ello, involucraba debatir de modo amplio, los programas y planes para paliar una situación de déficit alimentario en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cfr. fs. 282 y 282 vta.).

Frente a esa decisión, el MPT y ACIJ –este último admitido como tercero a fs. 543- interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad (cfr. fs. 994/1006 vta. y 1018/1035 vta. respectivamente).

ACIJ, en esencia, sostuvo que:

a) la decisión efectuó una errónea interpretación de la doctrina aplicable en punto a la existencia de "caso", toda vez que no se trataba de un supuesto de derechos colectivos, sino de derechos individuales homogéneos, atento a que se verificaba la existencia de un mismo hecho generador del daño, a saber, las demoras en el trámite para el acceso al Programa Ciudadanía Porteña y la insuficiencia de los montos establecidos en el Programa Ticket Social, y el "grupo" se encontraba claramente identificado, al estar constituido por quienes reciben Ticket Social y aquellos que solicitan el acceso a Ciudadanía Porteña (cfr. fs. 1000 vta. y 1001).

b) se efectuó una errónea interpretación del art. 14 de la CN y se rechazó la legitimación de la ACIJ sin ningún fundamento (cfr. fs. 1002/1003, punto IV. b).

c) la sentencia interpretó erróneamente el principio de división de poderes, toda vez que el Poder Judicial estaría actuando para asegurar

derechos fundamentales vulnerados (cfr. fs. 1003/1004, punto IV. c).

d) la Cámara incurrió en exceso de jurisdicción, toda vez que la cuestión relativa a la legitimación de las actoras se hallaba firme, al no haber contestado la demanda el GCBA (cfr. fs. 1004/1005, punto IV. d).

Por su parte, el MPT, en síntesis, expresó que:

a) la sentencia era arbitraria porque la legitimación del MPT estaba consentida (cfr. fs. 1019 vta./1020 vta., punto 3.2).

b) se afectó la tutela judicial efectiva porque si la sentencia queda firme, los niños, niñas y adolescentes que pretendan ser beneficiarios del Programa Ciudadanía Porteña no podrán obtener su inclusión en un plazo razonable y mientras esperan la inclusión en dicho programa, no reciben el monto necesario para hacer efectivo su derecho a la alimentación (cfr. fs. 1021/1022 vta.).

c) se limitó de modo irrazonable la intervención del Ministerio Público Tutelar al negarle legitimación para actuar, afectando el mandato establecido en el art. 125 de la CCABA (cfr. fs. 1023 y vta.).

d) la reglamentación de la Ley N° 1878 efectuada por Decreto N° 249/14 no explica las etapas por las que los beneficiarios del Programa Ticket Social deben transitar para acceder a Ciudadanía Porteña (cfr. fs. 1027).

La Sala II concedió ambos recursos (cfr. fs. 1053) toda vez que sostuvo que se hallaban en debate la interpretación y alcance de los arts. 14, 18, 43 y 116 de la CN y 13.3, 14, 20, 39, 42, 48 y 106 de la CCABA.

III.- Análisis de admisibilidad

Previo a todo, debe aclararse que los recursos resultan formalmente admisibles, pues han sido interpuestos por escrito y en legal tiempo y forma.



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Asimismo, se han interpuesto contra una sentencia definitiva que emana del tribunal superior de la causa (cfr. art. 27 Ley N° 402)

IV. Las cuestiones debatidas


Las cuestiones a analizar en el presente dictamen, se circunscriben a determinar: a) si en el caso el MPT y ACIJ se encuentran legitimadas; b) si su pretensión configura un caso susceptible de ser analizado aún de oficio y, además, de ser sometido a decisión del TSJ y c) si existe una vulneración del GCBA del derecho a la salud y como un derivado de este del derecho a la alimentación. Una respuesta negativa a las dos primeras cuestiones torna innecesario expedirse acerca de la alegada vulneración a los derechos constitucionales de los menores.

a) Legitimación del MPT y ACIJ y la existencia de caso

En primer lugar debe analizarse si el MPT y ACIJ tienen legitimación para actuar en los presentes obrados. En mi criterio, ambas carecen de legitimación activa.

a.1. Con relación al MPT no puede pasarse por alto que el TSJ sostiene que para que el asesor tutelar pueda iniciar una acción judicial en representación de menores de edad y de personas incapaces debe demostrar que aquellos no tienen representación legal o que carecen de asistencia o bien un interés público que predomine sobre el derecho que tuviere el representante del menor o incapaz y cuya promoción le esté atribuida al asesor tutelar (cfr. TSJ, Expte. N° 9264/12 "Asesoría Tutelar CAYT N° 2", 04/12/13, considerando 6, del voto del Dr. Lozano).

Asimismo, el Alto Tribunal también, aclaró la extensión que debe otorgársele al término "representación promiscua" especificando que "no significa que se desatienda la representación legal, sino que tiene por finalidad completar o compensa las potenciales deficiencias que tiene el


Juan G. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Contencioso Administrativo y Tributario

representante de la persona menor o incapaz (cfr. TSJ, Expte. N° 9264/12 “Asesoría Tutelar CAYT N° 2”, 04/12/13, considerando 6, del voto del Dr. Lozano).

Así, en el marco de las actuaciones que se analizan el MPT no invocó la representación de los niños, niñas y jóvenes en los términos del art. 49, inc. 2° de la Ley N° 1903 (actual art. 53, inc. 2° de la Ley N° 4891) y tampoco demostró que aquellos niños carecieran de representantes legales (cfr. apartado iii del inciso “b” del art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación –CCyCN–) o que éstos (sean sus progenitores, tutores o curadores) hayan incurrido en inacción (cfr. apartado i del inciso “b” de la norma citada *ut supra*). Por último, tampoco probó la existencia de un interés público que predomine sobre el derecho que tuviere el representante del menor o incapaz y cuya promoción haya sido atribuida al Ministerio Público Tutelar, y menos aún, la afectación del orden público, circunstancias todas que se erigen en el requisito necesario para habilitar la intervención autónoma del mismo (cfr. TSJ, Expte. N° 9089/12, “Asesoría Tutelar CAyT N° 2”, 04/12/13, considerando 5, párrafo 4 del voto del Dr. Lozano; y Expte. N° 9264/12 “Asesoría Tutelar N° 2”, 19/12/13, considerando 6, párrafo 4°, del voto del Dr. Lozano).

En este contexto, no encontrándose en el presente ningún menor involucrado en concreto que representar -ni siquiera en forma promiscua-, considero que el MPT no cuenta con legitimación para actuar -en los términos en que el TSJ ha delimitado su actuación- en el marco de los presentes obrados.

a.2. Con respecto a la legitimación de ACIJ, debe señalarse que si bien su legitimación debe analizarse a la luz de lo dispuesto en el art. 14 de la CCABA cualquiera sea el supuesto por el que se pretenda accionar, el Máximo Tribunal Federal ha sostenido que la ampliación de la legitimación no ha modificado la exigencia de que se verifique un “caso” pues los nuevos sujetos legitimados también deben acreditar que su reclamo tiene “suficiente concreción e inmediatez” y no se trata de un mero pedido en el que se



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes (cfr. CSJN "Asociación por los Derechos Civiles" de fecha 03/08/2010, considerando 2 y TSJ, voto del Juez Lozano en Expte. N°10700/14 "Pisoni, Carlos c/ GCBA s/ amparo", de fecha 6/3/2015 considerando 7,).

Así las cosas, debe recordarse que el art. 106 de la CCABA impone a los jueces operar sobre causas, esto es, controversias acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos, colectivos y/o de incidencia colectiva y no sobre toda clase de conflicto o disputa, por significativos que fueren; extremo cuya concurrencia incumbe a los jueces verificar, *aun de oficio* (cfr. Fallos: 331:2257, 308:1489 y doctrina receptada en el voto del Juez Lozano en el Expte. N° 8133/11 "Yell Argentina SA", 23/5/12).

En este sentido, he de indicar que la propia Asesora Tutelar explicó que existían una gran cantidad de casos atendidos en las Oficinas Descentralizadas de esa dependencia en los cuales los hogares receptores del Programa Ticket Social veían demorado su pase al Programa Ciudadanía Porteña pese a cumplir con los requisitos, acompañando copia de las actuaciones que darían cuenta de la demora (cfr. fs. 3 vta.).

Sin embargo, la circunstancia señalada precedentemente no demuestra que se haya vulnerado el derecho a la alimentación del grupo que se dice afectado, sea por el monto que otorga el Programa Ticket Social, sea por el plazo de duración del pase de un programa a otro (cfr. fs. 981 vta. /983, considerandos 7 y 8 de la sentencia de la Sala II), lo que determina, a su vez, que el reclamo carezca de "suficiente concreción e inmediatez".

Así las cosas, las consideraciones precedentes sellan la suerte de la legitimación activa de ACIJ puesto que este, se limita adherir a la demanda del MPT sin agregar mayores fundamentos en lo que se refiere a la concreción de los agravios esgrimidos por su consorte, tal y como fuera señalado en la sentencia de Cámara (cfr. fs. 982 vta.).

Juan S. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Contencioso Administrativo y Tributario

En efecto, ACIJ no acredita cuál es en concreto el perjuicio o daño actual o inminente que se pretende resguardar y que motiva el conocimiento del tribunal.

b) Los límites de la intervención judicial

Si bien las consideraciones anteriores sellan la suerte de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el MPT y ACIJ, resulta pertinente destacar el estándar de control que ha consagrado nuestro Máximo Tribunal Federal, en cuanto al diseño y ejecución de las políticas públicas vinculadas a los derechos económicos, sociales y culturales.

Así, tal como fuera expuesto en el precedente de la CSJN “Q. 64. XLVI, Recurso de hecho Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” (de fecha 24/04/12), el límite del control judicial se vincula con la violación a las garantías mínimas indispensables de los ciudadanos. Ello, a fin de “...*hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces*” (considerando 12, 5° párrafo).

Entre todas las implicancias que se derivan de este postulado de revisión judicial, me interesa destacar brevemente dos consecuencias que pueden inferirse y que, además, resultan aplicables al modo en que puede razonarse el presente caso (ello, más allá de las diferencias ostensibles en cuanto a la naturaleza, objeto y forma en que han sido planteadas las pretensiones en el presente).

Primero, la afectación del *mínimo existencial* de un derecho fundamental -o de los mínimos existenciales de un colectivo o grupo afectado- debe analizarse en concreto, a partir de un control de razonabilidad y de ponderación. En este último supuesto, la intervención judicial se orienta a demostrar errores de ponderación por parte de los órganos competentes para ejercerla -el legislador o la Administración- (Sieckmann, Jan, *La teoría principalista de los derechos fundamentales*, p. 45, Marcial Pons, Barcelona,



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Segundo, puede afirmarse que en principio no resulta plausible, que el control de razonabilidad y de ponderación se ejerzan de modo *genérico* – y menos aún en abstracto- a los fines de evaluar la idoneidad del diseño y/o ejecución de las políticas públicas implementadas (distinto sería el supuesto de inexistencia absoluta de políticas públicas), en función de optimizar, a criterio de los jueces, los derechos en juego.

En suma, a partir del fallo “Q” puede afirmarse –sin perjuicio de múltiples derivaciones en torno a otros aspectos que excede el presente tratar- que la CSJN no habilita un análisis abstracto y general respecto a la idoneidad o a las bondades relativas al diseño y ejecución de las políticas públicas. Por el contrario, esencialmente acota la intervención judicial a fin de resguardar –además de los mínimos existenciales en el marco de un caso- las legítimas facultades y opciones que deben ejercer los dos principales órganos del Estado en la configuración e implementación de dichas políticas públicas.

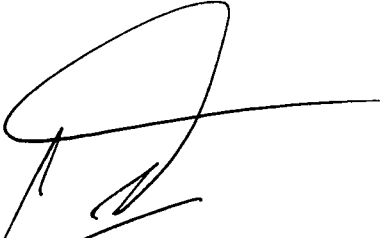
De otro modo, deberíamos admitir que el poder judicial está legitimado y tiene la posibilidad fáctica –lo que implica también la idoneidad técnica para equilibrar los bienes concurrentes- de decidir cómo optimizar la triada derechos–recursos–prioridades, a partir de juzgar cuál política pública es o no más idónea, ponderando cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia (un razonamiento análogo puede verse en el precitado caso “Q” de la CSJN, considerando 11°, segundo párrafo).

Y más allá de que esta solución no parece razonable en el marco de nuestro esquema constitucional y legal, tampoco sería compatible con la constante doctrina de la CSJN que desde antaño ha establecido que el poder judicial *no puede sustituir o reemplazar* las competencias para determinar el mayor o menor acierto, el mérito, la conveniencia acerca de las políticas y la apreciación de los criterios de oportunidad (entre muchos otros, Fallos 308:2246, considerando 4°; 311:2128, 316:2044; 316:3077; 321:1252 y 323:1825).

En virtud de lo expuesto, considero que correspondería rechazar los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, y confirmar la decisión obrante a fs. 977/988.

Fiscalía General, 30 de mayo de 2016.

DICTAMEN FG Nº 387-CAyT/16



Juan G. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Contencioso Administrativo y Tributario

Seguidamente se remitió al TSJ. Conste.