



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

"P", C s/ Amparo

Recurso Extraordinario Inaplicabilidad de ley

A 70.717

Suprema Corte de Justicia:

Vienen las presentes actuaciones a esta Procuración General a fin de emitir dictamen respecto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, planteado por la Sra. Asesora de Incapaces en su carácter de representante promiscua de la actora, incapaz, y de su hijo menor de edad con serias patologías contra la sentencia de la Excma. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial La Plata, de fecha Veintisiete de Octubre de Dos Mil Nueve (Arts. 278 y 283 del Código Procesal Civil y Comercial; fs 225/236 ; 242/256; 258 y 265).

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata por mayoría, confirma la sentencia de primera Instancia y extiende la condena a la Municipalidad de La Plata respecto de las acciones positivas que le corresponde asumir, en el marco de sus atribuciones, disponibilidades y competencias. Asimismo ordena al Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, procurar la implementación del programa relativo al acceso a una vivienda, dentro de las disponibilidades operativas y presupuestarias vigentes, a favor de la amparista y de su hijo menor, a quien deberá proveerse además la cobertura asistencial que requiere en cuanto al acompañamiento terapéutico, específicamente solicitado, todo lo cual deberá ser tramitado dentro de los diez días de dictada la sentencia y acreditado en la causa.

Conforme lo explicita la Sra. Asesora en su demanda la actora posee una discapacidad mental, y su hijo menor de edad es discapacitado visual y mental. Convive con el padre del menor, también discapacitado mental y su familia de origen que exhiben conductas de maltrato psicológico y físico hacia la actora y su núcleo familiar. Atento la situación de

extrema gravedad descripta , avalada por informes de los profesionales intervinientes, se demandó a la Provincia de Buenos Aires, a través de sus Ministerios de Desarrollo Social, Salud, e Infraestructura Vivienda y Servicios Públicos y a la Municipalidad de La Plata, para que se le brinde vivienda adecuada a sus tutelados y su grupo familiar o en su defecto un subsidio equivalente para sufragar un alquiler mensual para una vivienda. Asimismo acompañante terapéutico y un subsidio asistencial equivalente al salario mínimo vital móvil mensual hasta que se consiga una inserción laboral acorde para posibilitar la vida de su tutelada junto a su hijo y a su concubino libre de violencia familiar .

Cuadra señalar que en autos se dictó una medida cautelar por la cual se ordenó al Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires, realice de manera inmediata un relevamiento de la situación integral en que se encuentran las personas representadas por la Asesoría de Incapaces y, en caso de constatar la necesidad de instrumentar acciones positivas, arbitre las medidas de protección que garanticen la satisfacción de las necesidades básicas y de rehabilitación que el caso impone, de lo que debía informarse al tribunal competente en el plazo de 5 días. Como resultado de esta resolución judicial el Ministerio de Desarrollo Social ha otorgado solamente un subsidio de Pesos Seis Mil (\$ 6.000), por única vez, destinados a manutención y mejora del hogar de los amparistas en el mismo ámbito familiar reseñado, que fue pagado a la madre del concubino de la actora. (Fs. 67/68 y 214/216)

El recurso contiene una crítica de la sentencia de la Excma Cámara por cuanto el condicionamiento de la condena a las disponibilidades operativas o presupuestarias del Estado y la realización de gestiones administrativas por parte de la actora, entiende la recurrente, agrava la situación de vulnerabilidad denunciada y transforma al decisorio en meramente dogmático.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

,I.- De la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo

La Magistrada que lleva adelante el voto que conformará la mayoría, analiza los antecedentes del caso, referenciando los agravios expuestos por ambas partes contra el decisorio de primera Instancia.

Adelanta que considera justo el pronunciamiento impugnado con el alcance que luego le dará, presentando semejanza sustancial con precedentes de la Cámara, causas "Serrano" (Nº 2053 del 18/3/06) entre otras.

Posteriormente analiza la cuestión a resolver caracterizándola como de índole social asistencial, por ende de compromiso a los derechos humanos, en relación a un caso concreto de desamparo de un madre y su hijo menor de edad, ambos discapacitados.

Detalla las constancias de autos y pasa a resolver en primer lugar el recurso interpuesto por la Fiscalía de Estado, considerando que las críticas planteadas no permiten considerar a esa impugnación como un eficaz embate contra la motivación de la sentencia, no desvirtuándose la pericia de fs.96/97 y los informes de fs.74, 76/77, 82/83, 89/90, 91/92, 99, 193, 78/79 y 80/81, estos últimos, sólo en relación el menor amparista (Fs. 228)

Agrega que la premura en suministrar alguna solución al problema de autos y al mandato que imponen las normas constitucionales y legales alegadas, despeja sobre la innecesariedad de recaudos formales, como también, en lo sustancial, que el pronunciamiento no ha importado avanzar sobre tópicos de incumbencias de los otros poderes estatales.

Destaca que habiéndose acreditado una situación de extrema vulnerabilidad, no cabe esgrimir la ausencia de controversia si se persigue el cumplimiento de lo dispuesto por varias normas constitucionales y supranacionales, alegándose a tal fin la existencia de omisión de las

autoridades públicas provinciales en la realización de las acciones positivas impuestas por esas previsiones normativas y la urgente necesidad de la satisfacción de lo pedido, por la grave situación de afectación actual de la vida y de la salud en la que los amparistas se encuentran. (Fs.228 vta)

Puntualiza que a la hora de juzgar acerca del alcance o el acierto de las medidas judiciales en materias como la que se ventila en autos, ha de evitarse que el rigor de las formas conduzcan a la frustración de los derechos que cuentan con tutela constitucional. Funda lo expuesto en jurisprudencia de la Excma Corte Suprema de Justicia de la Nación, trayendo del mismo Tribunal precedentes en punto a lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (artículo 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional; 11 y 36 de la Constitución Provincial) donde se reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida-, con rango constitucional y de allí deriva la obligación impostergable de realizar prestaciones positivas del Estado de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio . (Fs. 229)

En suma dice, rechazando así el recurso de la co-demandada, que lo resuelto en la causa no es otra cosa que someter a supervisión judicial la vigencia y la observancia de las normas operativas y de los programas existentes para encauzar la solución del problema de falta de medios de subsistencia de los amparista y sus particulares necesidades en materia de salud respetando la potestad de selección que al poder administrador le incumbe entre las alternativas prevista, del modo que posibilite la mayor efectividad de la tutela de los derechos en ciernes. (Fs. 229 vta)

Respecto de lo alegado por la Fiscalía otorgándole carácter programático a las normas referidas a los derechos involucrados, la magistrada señala que no le asiste razón por cuanto si bien la efectiva concreción de los contenidos de los denominados derechos sociales requiere de medios idóneos -



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

bienes materiales entre otros- , por ello es que se van alcanzando progresivamente, su efectividad está relacionada con la disposición de los recursos para satisfacerlos, empero esta concepción no priva de operatividad directa a sus contenidos. Agrega que tratándose de los derechos de los niños no puede interpretarse que existe el derecho del Estado a decisiones discrecionales sino que progresivamente debe lograrse la plena efectividad de los derechos reconocidos (Fs.230)

Funda el voto en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ; en la Convención sobre Derechos del Niño aprobada por ley 23.849 , especialmente su artículo 27 y en la Provincia de Buenos Aires destaca el reconocimiento de los derechos sociales que plasma el artículo 36 de la Constitución provincial y la ley 13.298 de protección de los derechos del niño con el Decreto N° 300/05 reglamentario de la ley. En similar contexto normativo agrega las previsiones del Decreto N° 467/07 que contempla distintos mecanismos de ayuda, como el de subsidios, y ante el cuadro de discapacidad que presenta el caso, la ley 10.592 y sus modificatorias (en particular lo dispuesto en sus artículos 1°, 4 °incisos a, c, d,f y 7°)

Finalmente precisa que tanto el orden jurídico implicado en la materia, como la ley 13.163, impiden estimar exenta de responsabilidad a la comuna demandada, en las acciones positivas que en el marco de sus atribuciones, disponibilidades y competencias le corresponde asumir. Así entiende que le asiste la razón a ambos apelantes, justificando que la Municipalidad de La Plata se vea alcanzada por la condena impuesta por el Tribunal de Primera Instancia.

Posteriormente aborda los agravios formulados por la Asesora de Incapaces, entendiendo que en mérito de los hechos y circunstancias expuestas de acuerdo a las normas constitucionales que imponen la adopción de conductas positivas por parte de las autoridades públicas, tanto

provinciales como municipales, cabe formular un pronunciamiento estimatorio ordenando al Ministerio de Infraestructura Vivienda y Servicios Públicos procure la implementación del programa relativo al acceso a una vivienda, dentro de las disponibilidades operativas y presupuestarias vigentes, a favor de la amparista y su hijo menor, a quien deberá proveerse además la cobertura asistencial que requiera en cuanto al acompañamiento terapéutico específicamente solicitado, todo lo que deberá ser tramitado dentro de los diez días de dictada la sentencia y acreditada en la causa. (Fs.231 vta)

Por mayoría, se dicta sentencia en tal sentido rechazando el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía de Estado y se confirma la sentencia, con la salvedad que se extiende la condena a la Municipalidad de La Plata, respecto de las acciones positivas que en el marco de sus atribuciones, disponibilidades y competencia le corresponde asumir. Se hace lugar al recurso de apelación interpuesta por la Asesora de Incapaces, en los términos que se explicitara en el punto anterior, con base en los artículos 14 bis, 31, 33 y 75 inciso 22 y conc. de la Constitución Nacional; 11, 20 inciso 2, 36, 37 y concordantes de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 3 a 6, 9,17, 19,23,25,26,28 y y concordantes de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad; artículos 1, 2,3,4, 6,23 a 28 dela Convención sobre los Derechos del Niño, 1,2,6,7,11,12,13 y concordantes de la ley 13.298 y 1°, 4° incisos a,c,d,f, 7 y concordantes de la ley 10.592. (Fs.235 vta)

II.- Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

La Sra. Asesora de Menores interpone recurso explicando que la situación fáctica del caso exhibe grave violación al derecho a vivir sin violencia y requiere la toma de medidas de tutela efectiva urgente que no contempla la sentencia recurrida, resultando violatoria de los derechos fundamentales de carácter prestacional. Expresa que los jueces no deben



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

incluirlos en una zona complementaria definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad eventual de los recursos. Este es un caso diferente que requiere, por parte del Poder Judicial una resolución que brinde eficacia concreta e inmediata en razón de la plataforma fáctica que se exhibe. (Fs. 245 vta).

Posteriormente desarrolla la fundamentación jurisprudencial de la operatividad de los derechos consagrados en los Tratados de Derechos Humanos incorporados a través del artículo 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional, explicando que la consagración constitucional de las acciones positivas en favor de las personas que integran los grupos vulnerables, amplió el reconocimiento de derechos fundamentales en igualdad en el sistema legal. De esta manera la Corte asignó a los tratados carácter operativo, permitiendo que los derechos que consagran fueran directamente exigibles ante los tribunales, aun en ausencia de leyes que los reglamentaran. (Fs. 245 vta/ 246)

Analiza luego el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en especial el artículo 2.1 que determina el compromiso de los Estados a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles para la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto. Explica que el Comité ha sostenido que si bien el logro de la plena efectividad de los derechos puede ser realizada progresivamente, existen obligaciones, con "efecto inmediato" entre las cuales puede señalarse como principales: 1) la de garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación (art.2.2) y 2) la de adoptar medidas, (art.2.1) compromiso que no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración (Observación General N° 3 punto 1)

Dice la recurrente que se ha establecido la obligación de adoptar medidas inmediatas al tratar el contenido de algunos derechos del

Pacto, por ejemplo el derecho a la salud que deberá ser ejercido sin discriminación, debiendo el Estado adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización del art. 12 del Pacto. Con respecto al derecho a la vivienda adecuada se reconoce expresamente la obligación del Estado de implementar en forma inmediata una vigilancia eficaz en su jurisdicción debiendo realizar un relevamiento del problema y de los grupos en situación vulnerable o desventajosas. (Fs.247 vta/248)

Trae también el análisis de la obligación de los Estados de garantizar niveles esenciales de los derechos, como el nivel de vida adecuado. Así se dijo que "Un Estado en el que un número importante de individuos esté privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie, no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería de gran medida de su razón de ser (O.G. N° 3 Punto 10; en sentido similar Principios de Maastrich Principio 9)

Concluye afirmando que sus representados, madre e hijo,. Además de la protección que se deriva de esos instrumentos internacionales de derechos humanos , gozan de un plus de derechos dada por su condición de discapacitados y por tanto beneficiarios de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26378) y por la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849); Ley de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes (Ley 26061) y Ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños (en el ámbito provincial ley 13.298). Así también resultan aplicables la Convención de Belém do Pará y la Convención contra toda forma de discriminación contra la Mujer, en razón de resultar ambos víctimas de violencia familiar. (Fs.249)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Solicita que se dicte nuevo pronunciamiento por cuanto entiende que la Excma Cámara ha incurrido en absurdo al dictar el pronunciamiento en crisis en los siguientes términos: a) En absurdo material en la aprehensión intelectual e interpretación del contenido de la apelación deducido por la actora, mediando una violación del deber de congruencia, por cuanto omite en la parte dispositiva del fallo hacer referencia a la prestación subsidio requerida; b) Al apreciar erróneamente la prueba producida y agregada. Dice haber mediado un error palmario, grave y manifiesto que importó el dictado de una sentencia dogmática, que prescinde de pruebas esenciales y decisivas obrantes en autos. Explica que se omitió considerar el tinte distintivo que tiene este proceso, el cual está impregnado por la situación de violencia familiar en la que se encuentra sometida su representada y el hijo. La satisfacción de sus derechos y de las prestaciones requeridas imponen que las mismas sean garantizadas en forma inmediata y urgente, no pudiendo supeditarlas a la existencia o no de programas, trámites, tiempos o plazos que puedan redundar en perjuicio de la integridad psicofísica de sus tutelados. (Fs.249 vta/251 vta)

Por otro lado entiende que la Excma Cámara al resolver en el sentido que lo hace, viola las mismas normas invocadas en el fallo que emite. Trae para fundar esta crítica las Reglas de Basilea sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, lo expuesto por esa Suprema Corte y citas doctrinarias en la materia. Por último formula reserva del caso federal. (Fs.252/255)

III.-El recurso interpuesto fue concedido por la Excma. Cámara a fs. 258/ 259. Habiéndose corrido vista a este Ministerio Público, paso a dictaminar en los términos de los artículos 278 y 283 del Código Procesal Civil y Comercial.

1.- En cuanto a la admisibilidad del recurso extraordinario cuadra aplicar el criterio de ese Tribunal en cuanto determinó que las sentencias dictadas por los Tribunales ordinarios en materia de amparo no son susceptibles de recursos extraordinarios por no revestir el carácter de definitivas en los términos de los artículos 278 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial, pero tal juicio no puede formularse *a priori*, sino que por el contrario, cada caso dirá del carácter definitivo o no del pertinente pronunciamiento (SCJBA, Ac. 73.411, "Unión Tranviarios Automotor", Res. del 29-11-2000; Ac. 79.272, "Palavecino", Resol. del 27-XII-2000; Ac. 75.066, "Severini", sentencia del 30-VIII-2000; Ac. 79.766, "Combustibles Vázquez Hermanos S.R.L., sentencia del 17-X-2001; AC 78529 "Spolita", S 19-II-2002; AC 83068, "Sociedad de Fomento Barrio Residencial "Las Dunas" y otros". Sentencia del 23-IV-2003; AC 82123, "Institutos Médicos SA", Sentencia del 14-IV-2004) o atendiendo a las circunstancias (Ac. 73.411, "Unión Tranviario Automotor", resol. del 29-II-2000, cit.; Ac. 75.817, "Spolita", sent. del 11-IX-2002, cit.; Ac 91.242, "M.,E. s/ Denuncia sent. del 31-V-2006", entre otras).

La acción la promueve la Sra. Asesora de Incapaces N° 1 de La Plata, en representación de C. P., y su hijo menor de edad. Conforme las copias de las actuaciones judiciales caratuladas "P., C. I. s/ Curatela" en trámite por ante el Tribunal de Familia N° 2 de La Plata, que se encuentran acollaradas a los autos, C. P. padece Retraso Mental Moderado, trastorno mental que se encuentra comprendido en los alcances del artículo 141 del Código Civil, habiéndose nombrado curador provisorio a la Sra. Defensora Oficial quien toma intervención y se notifica en autos (Fs. 96/97 ; 100 y 157)

Por su parte el hijo de la causante es discapacitado visual por haber nacido sin los globos oculares y mental ya que padece también un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

importante retraso del desarrollo psicológico y síntomas psicóticos que la carencia de una adecuada vinculación materna pueden agravar.(Fs.55 y .97)

Completando el caso de autos , y conforme surge de la pericia realizada por tres médicos de la Asesoría Pericial de La Plata, el núcleo familiar primario de la causante que convive con ésta, presenta severas dificultades ya que la madre de C también padece discapacidad visual severa y su padre y hermano exhiben conductas de maltrato psicológico y físico hacia C y su familia (Fs.97)

La sentencia de la Excma Cámara que confirma la de primera instancia, ha resuelto respecto de las prestaciones solicitadas en la demanda contra el Estado provincial y comunal, determinando las mismas en el marco de las atribuciones, responsabilidades y competencia .

Las circunstancias apuntadas ameritan el tratamiento del caso debiendo considerarse a la sentencia dictada como "definitiva" en los términos del artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y en consecuencia habilitarse el tratamiento del recurso extraordinario impetrado

En otro aspecto, en lo que hace al cumplimiento de la carga impuesta por el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial , el mismo no corresponde conforme lo determina el tercer párrafo de la mencionada normativa atento la representación oficial que ostenta la actora.

2.Entiendo V.E. que podría proceder a hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y ello en razón de los siguientes fundamentos que paso a señalar.

La crítica a la sentencia se centra en considerar que se ha violado la ley aplicable en la materia, al condicionar la ejecución de las prestaciones solicitadas a la implementación de programas por parte del Estado, provincial y comunal, dentro de las disponibilidades operativas y presupuestarias, omitiendo a su vez lo referente a un subsidio mensual peticionado para asegurar la subsistencia de los tutelados. De tal manera, entiende la recurrente, la sentencia resulta meramente dogmática.

Le asiste la razón a la Sra. Asesora a la luz de las constancias de autos, que marca a las claras la situación excepcional y de extrema gravedad que vulneran los derechos humanos tanto de C. P. como de su hijo.

La demanda se promovió con el objeto que la Provincia de Buenos Aires, a través de los ministerios pertinentes (Desarrollo Social, Salud, Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos) , y la Municipalidad de La Plata arbitren las medidas positivas para acceder C. y su hijo a los derechos fundamentales vulnerados. En ese orden de ideas, peticionó se le brinden los servicios de asistencia domiciliaria, para evitar agravar la situación de extrema vulnerabilidad de madre e hijo. Se solicitó se garantice el derecho a la salud, a la vivienda digna, a la alimentación, al derecho a vivir sin violencia de ambos remarcando la condición de discapacidad mental que padecían , con mas la incapacidad visual del niño. (Fs.1)

Lo explicitado se encuentra avalado por informes profesionales que dan cuenta de la precariedad de la vivienda, de la patología que afecta a la actora y a su concubino, quienes concurren al Centro de Día del Instituto Platense de Asistencia para Ciegos, Disminuidos Visuales y Otras Discapacidades (IPAC), al igual que el hijo de ambos, menor de edad y con discapacidad visual y mental, quienes a su vez padecen de maltrato físico y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

psicológico por parte del padre y hermano de C..., tal como lo refieren los médicos psiquiatras de la Asesoría Pericial.

De este informe del 10 de febrero de 2009 surge “ *Que tanto la Sra. C... P... como su pareja son discapacitados mentales, de su unión tienen un niño de aproximadamente seis años de edad, que padece ceguera y retraso del desarrollo asociado a síntomas psicóticos. Que dada su discapacidad, su posibilidad de hacerse cargo de la crianza del niño sin ayuda es imposible, que los síntomas psicóticos de su hijo podrían agravarse en tanto no se afiance el vínculo materno filial, para lo cual es necesario la supervisión y contención de terceras personas. Que además de su retraso mental, C... padece trastornos conductuales donde prevalecen conductas impulsivas y agresivas alimentadas por un circuito de violencia históricamente consolidado en su familia de origen. Que la institución a la que concurren C..., su pareja y su hijo los contiene durante el día, pero que una vez que salen de allí, la contención familiar es precaria e inconstante.*” (Fs.96)

Observan finalmente los peritos que “..... la Sra. C... P... y su núcleo familiar inmediato (esposo e hijo) necesitan de supervisión permanente de terceros no sólo en sus necesidades mas primarias sino también en la atención que demanda un niño de esas características. Su núcleo familiar primario si bien contaría con ingresos económicos, presenta severas dificultades que la que madre de C... también padece discapacidad visual severa y su padre y hermano exhiben conductas de maltrato psicológico y físico hacia C... y su familia” (Fs.97)

Por su parte, del informe brindado el 2 de setiembre de 2009 por el equipo interdisciplinario del Centro de Día IPAC, donde concurre la actora se informa sobre sus crisis de angustia, estallidos de llanto, agresión tanto para si como para terceros, entendiendo las profesionales que “... luego

de un exhaustivo trabajo de campo transdisciplinario, consideramos que dichos quiebres son directamente dependientes de las situaciones de violencia vividos en su núcleo familiar: padre alcohólico, situaciones de violencia y robo, descalificación hacia su rol materno, etc..." "Se reitera la sugerencia desde esta institución de la necesidad de un espacio propio, con el acompañamiento de un asistente terapéutico en su domicilio" (Fs.193)

Pese a estos antecedentes y diagnósticos, a la medida cautelar que se dictara en autos, como se dijo al comienzo del presente dictámen, el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia solamente dispuso a través de la madre de la pareja de la actora, el otorgamiento de un único subsidio de \$ 6.000 (Pesos Seis Mil) destinado a manutención y mejora del hogar donde vive la amparista (Fs.214 /217)

Frente a esta situación de extrema gravedad, y ante la falta de respuesta oportuna y adecuada del Estado, la sentencia atacada al no determinar fehacientemente la inmediatez en las acciones positivas de condena, no se adecua a la normativa legal vigente.

Surge palmariamente documentada la vulneración de los derechos humanos de la parte actora, siendo oportuno traer lo sostenido por nuestro máximo Tribunal de la Nación en sentido concordante "...*Que el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional* (Fallos: 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

El derecho a la vida digna debe insertarse en la perspectiva que dimana de normas de la más alta jerarquía normativa. (conf. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 C.C; 3 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 incs. 1 y 2 ap. D, del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 4 inc1, 5 inc.1 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica; arts. 6, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 12 y 36 inc. 8 de la Const. De la Prov. De Bs. As.).

A su vez, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y causa A.186 XXXIV "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986" del 1º de junio de 2000, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten).

Por su parte se afirmó en este último fallo mencionado, que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, del art.24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar.

Las peticiones que contiene la demanda y que se incluyen para fundar el recurso interpuesto, requieren de una inmediata ejecución debiendo el Estado, tanto provincial como comunal, proveer "hasta el máximo de sus recursos" para cumplir de tal manera con lo determinado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2º, inc. 1) y lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño que incluye, además, la obligación de los Estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (arts. 23, 24 y 26). Así lo tiene sentenciado la Excma. Corte Suprema de Justicia en causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas " (C. 823. XXXV. Recurso de hecho 20/10/2000)

La excepcionalidad del presente caso está dada en la situación de incapacidad mental de madre e hijo menor, con mas la incapacidad visual del niño y el ambiente de violencia familiar que los rodea que requiere fundamentalmente de una vivienda adecuada fuera del actual entorno y la asistencia terapéutica y económica para su desarrollo.

Debe tenerse en cuenta, al decir de la jurisprudencia en la materia que *"la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales de por sí vulnerable a los abusos, crea verdaderos "grupos de riesgo" en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz... En esta realidad, el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional. Agrega "toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos" (CSJN Causa N° 1195. XLII. R., M. J. s/ insania 19/2/2008)

En tal sentido entiendo que cuadran acoger los agravios en que se funda el recurso, en lo referente a la forma de interpretación de la pretensión de la actora, ya que no consideró en la condena el subsidio peticionado el caso particular que se ventila y la debida interpretación de las normas nacionales e internacionales dictadas en protección de los derechos de los incapaces y de los menores. (Fs.249vta/252)

Debemos remarcar que la ley 26.061, cuyo antecedente y fuente generadora inmediata es la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la República Argentina por ley 23.849 e incorporada por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, importa la adopción de un modelo de "protección integral de los derechos del niño", que supone básicamente el reconocimiento del menor como sujeto de derechos y el respeto incondicional a su interés superior. A su vez a nivel provincial rige la ley 13.298 de protección integral de los derechos del niño y la ley 12.569 para los casos de violencia familiar. Toda la trama normativa mencionada tiende a la toma de medidas concretas, urgentes y efectivas para la protección de los derechos de los menores e incapaces, más aún siendo víctimas de violencia como en el caso de autos. Nada de esto se logra en la sentencia en crisis que resulta, como dice la recurrente, meramente dogmática.

En conclusión tal como surge de un precedente similar tratado por ese Tribunal : *"..... lo único que se le prohíbe al juez en la ley*

12.569 es no hacer nada. Quedarse impasible frente a la violencia, cuando tiene a su alcance una gama de opciones para ofrecer protección a personas tan vulnerables como las que sufren agresiones, máxime, cuando estamos hablando de menores. De lo contrario, le sumáramos a la violencia en el hogar la violencia institucional, dejaríamos a la víctima sin ninguna puerta para golpear y en total desamparo". (SCBA Causa C 99.204 "O., N.L., Protección contra la violencia familiar ley 12.569 20/9/2006)

IV. En función de lo expuesto, para la debida protección de los intereses de los incapaces tutelados por la Sra Asesora recurrente, dictamino a favor del acogimiento del recurso de inaplicabilidad de ley, debiéndose revocar la sentencia de la Excma. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata. Asimismo se disponga que tanto la Provincia de Buenos Aires como la Municipalidad de La Plata realicen las acciones positivas que requiere la demanda – vivienda, acompañante terapéutico y subsidio mensual – a favor de la actora y su hijo, ambos incapaces, dentro de un plazo perentorio breve, atento la urgencia del caso, con determinación de la sanción para el caso de incumplimiento por parte de la administración condenada.

Tal es mi dictamen

La Plata, 4 de Marzo de 2010


MARIA DEL CARMEN FALBO
Procuradora General
de la Suprema Corte de Justicia