

LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA DE LA INFANCIA Y EN SALUD MENTAL

Por GUSTAVO D. MORENO*

I. INTRODUCCIÓN. EL CASO EN DEBATE Y LAS SENTENCIAS

Las consecuencias del temporal del día 2 de abril de 2013 en la zona de La Plata, provincia de Buenos Aires, dejaron en evidencia las necesidades básicas insatisfechas de muchas familias con personas menores de edad y con personas con padecimientos mentales dentro de sus integrantes que habitaban en las zonas afectadas y, a su vez, demostraron la vulneración por omisión de los derechos económicos y sociales de dichos grupos familiares.

Las sentencias dictadas en el caso que comentamos, tanto la que corresponde a la primera instancia, dictada por el reconocido juez en lo contencioso administrativo Luis Federico Arias¹, y su confirmación por voto mayoritario de los jueces de la Cámara de Apelaciones de dicho fuero, Gustavo Daniel Spacarotel y Claudia A. M. Milanta (con disidencia del juez Gustavo Juan De Santis), todos del Departamento Judicial La Plata, abordan con claridad las pretensiones deducidas, los hechos debatidos, los derechos cuya vulneración se alega y las defensas opuestas por la Municipalidad de La Plata, por la Municipalidad de Berisso y por la provincia de Buenos Aires, para establecer un adecuado y razonado alcance de las mandas judiciales, que en la actualidad se encuentran firmes.

Si bien tales cuestiones merecen ser abordadas, el límite a la extensión de este trabajo conlleva a centrarnos en una cuestión que es —a nuestro criterio— la principal y medular, como lo es el *derecho al acceso al servicio de justicia de un grupo de personas menores de edad y de personas con padecimientos de mentales que sufrían una misma vulneración de derechos económicos y sociales, siendo de incidencia colectiva, y que motivó el protagonismo proactivo del Ministerio Público*, a través de la representación ejercida —de manera altamente destacada— por la asesora de incapaces Ida Adriana Scherman, a fin de restablecer los derechos de las personas menores de edad y de las personas con padecimientos mentales que se encontraban involucradas. Ninguno de los derechos cuya vulneración se acreditó hubiera merecido respuesta por parte de los órganos jurisdiccionales si no hubieran sido introducidos por alguien debidamente legitimado para hacerlo, como también si no se hubiese demostrado la existencia de caso judicial.

La asesora de incapaces interpuso acción de amparo colectivo contra la provincia de Buenos Aires, la Municipalidad de La Plata y la Municipalidad de Berisso, para que sus respectivas autoridades cesaran en su omisión e incumplimiento manifiestamente ilegal y arbitrario, efectivizando todas las medidas que importasen el reconocimiento de los derechos más elementales que hacen a la dignidad humana. En especial, solicitó que se procediera a arbitrar todas las medidas positivas que significasen el acceso a los derechos fundamentales vulnerados de las personas afectadas en situación extrema con sus necesidades básicas insatisfechas.

Desarrolló su pretensión a partir de los resultados obtenidos en tareas de campo realizadas sobre las distintas zonas afectadas por el temporal, llevadas a cabo por el equipo de trabajo de la Asesoría de Incapaces nro. 1, la Defensoría General de La Plata y por el Colegio de Trabajadores Sociales de la provincia. Tales informes dieron cuenta de la situación de vulnerabilidad extre-

* Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Asesor tutelar ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹ Juzg. Cont. Adm. nro. 1, 28/4/2016, "Asesoría de Incapaces nro. 1 - La Plata v. Fisco de la Provincia y otros s/amparo", causa 27.264.

ma que padecían las personas menores de edad y las personas con padecimientos mentales, que habitaban los barrios "Altos de San Lorenzo", "Villa Montoro" (Villa Elvira), "Puente de Fierro", "El Mercadito", "La Bajada", "Ciudad Oculta", "San Carlos", "El Triunfo" y "La Granja", así como un asentamiento en Los Hornos, todos pertenecientes a la localidad de La Plata. En el mismo sentido, quedó demostrada la situación de vulnerabilidad de los habitantes de la localidad de "El Dique", y el barrio "José Luis Cabezas", ambos de la localidad de Berisso.

Las pretensiones deducidas se dividían en dos: A) La promoción de una serie de pretensiones individuales encaminadas a satisfacer las necesidades más elementales de las familias identificadas, y cuya homogeneidad estaba dada en razón de su extrema vulnerabilidad, gravemente afectada por la inundación ocurrida a partir del temporal; se peticionó en concreto la relocalización de las familias, con un proyecto de urbanización en tierras no inundables, con viviendas que posean acceso a servicios sanitarios y garanticen la escolaridad de los niños. B) Una pretensión colectiva para que se adoptara una serie de acciones dirigidas a obtener el saneamiento y sanitización de los cauces de los arroyos "Del Gato" y "Maldonado" y sus inmediaciones.

El Poder Ejecutivo provincial, como los municipios, opusieron sus defensas, y en su momento sus planteos recursivos, que pueden sintetizarse en la improcedencia de la vía elegida, la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, la inexistencia de obligación jurídica incumplida, la inexistencia de acreditación de la ineficacia de los remedios administrativos, una intromisión indebida del Poder Judicial sobre los Poderes Ejecutivos provincial y municipales y la falta de un "derecho subjetivo" en situación de exclusividad o concurrencia con otras personas que se encuentran en la misma condición; *menos aún de un supuesto de titularidad indiferenciada y afectación común* (planteo específico de la Municipalidad de Berisso).

Este último punto es el que hemos elegido como central para el desarrollo de este comentario, que fue correctamente analizado por el juez de primera instancia en el considerando 3 de su sentencia, y que no mereció consideración por parte de la Cámara de Apelaciones, en tanto no fue expuesto claramente como agravio en los recursos de apelación, tal como se destaca en el consid. V.a), "aclaración preliminar en torno a procesamiento del conflicto", del voto del juez Spacarotel, quien aclaró que no se pronunciaba en cuanto a la "representatividad adecuada" junto a otras cuestiones procesales que mencionó.

Desde ya, vemos como un acierto que, frente al planteo del municipio de Berisso, el juez Arias se hubiera pronunciado expresamente —como primera cuestión a considerar— en cuanto a si el Ministerio Público —a través de la asesora de incapaces Ida A. Scherman— se encontraba habilitado para ser parte actora en esos obrados y demandar a la provincia de Buenos Aires, a la Municipalidad de La Plata y a la Municipalidad de Berisso. Como ya afirmáramos, ninguna pretensión judicial es viable si no existe caso judicial y actor legitimado para su planteo, y ello se relaciona directamente con el derecho al acceso al servicio de justicia.

II. LA REPRESENTACIÓN PRINCIPAL POR INACCIÓN COMO CAUSA DE LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representación principal del Ministerio Público plasmada en el art. 103, inc. b), apart. i), del Código Civil y Comercial (CCiv.yCom.), el interés público que su función representa en cuanto a los derechos indisponibles y la propia naturaleza colectiva de la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales (en este caso, derecho a hábitat, derecho a la vivienda, derecho a la salud integral, derecho a la educación, derecho a la alimentación, entre otros), cuyo resguardo se pone en cabeza del Ministerio Público en el último párrafo del art. 103, CCiv.yCom., es lo que permite afirmar que la asesora de incapaces tenía la representación de los derechos de incidencia colectiva de las personas menores de edad y de las personas con padecimiento mental.

Entendemos que en este caso se llevó a los estrados judiciales un reclamo concreto que indudablemente correspondía a la clase representada por el Ministerio Público (personas meno-

res de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos, conforme primer párrafo del art. 103, CCiv.yCom.), a los fines de que el Poder Judicial pudiera ejercer su función de contralor, al configurarse un supuesto concreto de afectación colectiva (36 familias con integrantes representados por el Ministerio Público) a través de la vulneración de derechos concretos, y a raíz del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico.

En lo específico del Ministerio Público, es dable señalar que la demostración de un “*interés público*” respecto de un grupo de personas menores de edad y de personas con padecimientos mentales —que predomina sobre los derechos de los representantes legales que no accionaron— justifica la procedencia de la acción y la representación principal del Ministerio Público, a la luz de la inacción que ello implicaría (conf. arg. art. 103, inc. b), apart. i, CCiv.yCom.). Por otro lado, no podía exigirse a cada representante legal que se vea obligado a iniciar acciones administrativas y legales, ya que, como quedó demostrado, el ejercicio individual no aparecía justificado ante la clara afectación a los derechos involucrados en su faz colectiva, como también a las barreras sociales que los representantes legales de las personas menores de edad y de las personas con padecimientos mentales tenían para el acceso al servicio de justicia en medio de una inundación.

Las evidentes referencias efectuadas por el art. 103, CCiv.yCom., a los derechos económicos, sociales y culturales que por su misma naturaleza son vulnerados colectivamente (parte final del art. 103), como también a la representación judicial principal en casos de inacción de los representantes (inc. b), apart. i, del art. 103), permite afirmar claramente la legitimación del Ministerio Público en materia de derechos de incidencia colectiva.

Es así que nos encontramos en un supuesto de representación principal ante la inacción de los representantes legales (art. 103, inc. b), apart. i, del CCiv.yCom.). No podía pretenderse que grupos familiares altamente vulnerables deban además sostener múltiples acciones judiciales para restablecer sus derechos, con la evidente dificultad que esto acarrearía luego del temporal y de la inundación que fue consecuencia directamente derivada de aquél.

La obligación de procurar ante los tribunales la satisfacción del interés público y social, en materia de infancia y en salud mental, prevista en el art. 103 del CCiv.yCom., justificó que el Ministerio Público debía accionar legítimamente donde se reclamaba que el Estado provincial y las municipalidades de La Plata y de Berisso arbitraran medidas positivas tendientes a restablecer derechos económicos y sociales altamente vulnerados.

Tal como lo describió el voto preopinante de la mayoría (consids. V.b 2 y 3) al resolver los recursos de apelación, la situación de extrema vulnerabilidad expuesta y extensamente acreditada en el expediente, reconocida inclusive por las propias demandadas a lo largo del proceso y en sus recursos, “...deja en evidencia la inatendibilidad de los argumentos esgrimidos acerca de la no afectación de derechos constitucionales reconocidos como presupuesto habilitante”. En el caso comentado, estaba en claro que “...se encontraba en juego un haz de derechos constitucionales-convencionales (v.gr., vivienda digna, educación y/o alimentación adecuada)... Niños y niñas viviendo en situación de extrema vulnerabilidad, enfermos, sin alimentación adecuada ni escolaridad, en lugares inhabitables (sin las condiciones elementales de toda vida digna) y ambientes que conformaban basurales a cielo abierto o socio-ambientalmente críticos. Personas cuya situación de vulnerabilidad de ‘origen’ (previo a la inundación) fue reconocida por las demandadas. Personas cuya situación se ha agravado aún más con el episodio ocurrido el 2 de abril de 2013. Personas”.

Lo expuesto precedentemente permite afirmar la legitimación procesal colectiva del Ministerio Público, entendida como la potestad para promover acciones colectivas que tienen por objeto la tutela efectiva de derechos y bienes colectivos, como en este caso, los derechos sociales ya descriptos.

Pongo de relieve que era clara la existencia de un *interés público*, al debatirse derechos básicos y que se corresponden con el acceso a prestaciones sociales, estandarizadas jurídicamente

en instrumentos internacionales, normas nacionales y provinciales; y sin dudas la promoción de la acción está atribuida al Ministerio Público, en tanto forma parte de sus obligaciones institucionales, en función del rol de defensa de los derechos —individuales y colectivos— de los niños, niñas y adolescentes y de las personas con padecimientos mentales.

Y así lo entendió el juez Arias, quien claramente encuadró la legitimación de la señora asesora de incapaces dentro de la representación principal (ver consid. 3.2 de la sentencia de primera instancia), para luego afirmar que “La atención de la infancia no puede concebirse sin la protección de todo el grupo familiar, a no ser que ello resultase perjudicial para su bienestar (conf. arts. 8°, 9° y 10 de la CDN), de manera tal que las políticas públicas en torno a la niñez deben contemplar a las familias como actores principales, regla que ha sido receptada por la ley 13.298 como principio básico de actuación en la provincia de Buenos Aires (conf. su art. 3°). Y es en dicho ámbito donde se inserta primordialmente la función de crianza del niño, correspondiendo al Estado el trabajo en instituciones sólo cuando la contención familiar no sea posible (conf. art. 18, CDN). Idéntica consideración corresponde efectuar respecto de las personas con discapacidad y aquéllas con afecciones en su salud mental (conf. Preámbulo y arts. 22, inc. 1°; 23 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —CDPD—; arts. 7°, incs. d y e; 11; 14; 17 y 30 de la ley 26.657; y arts. 1°, 4°, inc. f, y 7°, inc. i, de la ley 10.592)”.

En el caso, claramente la señora asesora de incapaces representó colectivamente a un grupo de las personas de las que describe el primer párrafo del art. 103, CCiv.yCom., demostrando el componente de la inacción de los representantes legales y que en los grupos familiares había individuos concretos a cuyo respecto le cabía su representación legal, y respecto de los cuales pretendía el restablecimiento de derechos concretos e inmediatos que habían sido vulnerados. Así, llevó a los estrados judiciales un reclamo concreto que correspondía a la clase cuya representación se invocaba, a los fines de que el Poder Judicial pudiera ejercer su función de contralor, al configurarse un supuesto concreto de afectación colectiva de derechos concretos y vulnerados, a raíz del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico.

III. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS, LEGALES Y CONSTITUCIONALES

La legitimación procesal en materia de derechos de incidencia colectiva, en general, es de indudable raíz histórica y constitucional, promoviendo el acceso a la justicia de toda la sociedad democrática; y siguiendo dicha pauta, la interpretación normativa debe apartarse de matices restrictivos en materia de legitimación.

Para afirmar lo expuesto con relación al Ministerio Público, tenemos que en la historia de nuestro derecho hubo acciones entabladas en representación de todos los niños, o al menos de un colectivo de éstos. Las hallamos sobre todo en las intervenciones extrajudiciales de los antiguos defensores de menores cuando se referían a la situación de los niños huérfanos y abandonados, internados en la Sociedad de Beneficencia, por ejemplo.

Así, tenemos que en el Cabildo de Buenos Aires existía —ya antes de la Revolución de Mayo— un regidor defensor de menores que discernía las tutelas, hacía las cuentas particionarias en las sucesiones con menores, defendía en juicio, atendía al asilo y estaba encargado de velar por las escuelas comunales, llamadas “del Rey” para distinguirlas de las religiosas o “de Dios”², apareciendo en esta última función el primer antecedente de actuación de incidencia colectiva de este funcionario.

No existe en la Constitución Nacional, en las Constituciones locales o en las leyes orgánicas de Ministerios Públicos norma alguna que prohíba o cancele expresa o implícitamente la legitimación del Ministerio Público en materia de derechos de incidencia colectiva o, en especial, del Ministerio Público como representante de personas menores de edad y de personas con pade-

² Rosa, José María, *Historia argentina*, t. 1, Oriente, Buenos Aires, 1992, ps. 246/247.

cimientos mentales. Por el contrario, la ley de Amparo de Chubut³ y la ley de Protección Integral de Neuquén⁴ consagran expresamente la legitimación para el reclamo de derechos de incidencia colectiva por parte del Ministerio Público.

Un análisis integral del plexo normativo permite afirmar que existen sobradas razones jurídicas favorables a tal legitimación, mucho más cuando —como lo señaló expresamente el juez Arias— el art. 1º, párr. 3º, de la ley 26.061 otorga tal legitimación a cualquier habitante para interponer acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos a través de medidas expeditas y eficaces.

Si tenemos que el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines pueden promover la acción de amparo para la protección de los derechos de incidencia colectiva (art. 43, CN), con mayor razón está autorizado el Ministerio Público, el cual tiene un interés directo en la protección de los derechos de la infancia como de las personas con padecimiento mental, como representante judicial y extrajudicial, y con la posibilidad de actuar como representante principal.

Pero el mayor fundamento constitucional surge de la propia Convención sobre los Derechos del Niño, de la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado de la figura del “asesor de menores e incapaces”, como de la observación general 12 del Comité sobre los Derechos del Niño.

Adviértase que el art. 12.2 dispone que se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Resulta evidente que en el marco normativo nacional, tanto el art. 59 del CCiv. ya derogado como el actual art. 103 del CCiv.yCom., consagraron la representación del Ministerio Público respecto de los derechos de las personas menores de edad, como también de las personas con padecimientos mentales. Y tal representación de naturaleza “legal” (conf. art. 358, CCiv.yCom.) y anterior al proceso ha sido reconocida en la figura del “asesor de menores e incapaces” por propia Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵:

“241. Al respecto, el tribunal considera que en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas”.

Demostrada la representación del Ministerio Público, sin dudas cabe afirmar la posibilidad de que dicha representación no solamente sea individual, sino también colectiva. Adviértase, que la observación general 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, ha reconocido expresamente el derecho de los grupos de niños a ser escuchados y a participar activamente en los procesos administrativos y judiciales, en estrecha relación a su interés superior, y así ha afirmado:

“72. El art. 3º está dedicado a los casos individuales, pero también exige de manera explícita que se atienda al interés superior de los niños como grupo en todas las medidas concierne a los niños. Por consiguiente, los Estados partes tienen la obligación de tener presente no únicamente la situación particular de cada niño al determinar su interés superior, sino también el interés de los niños como grupo. Además, los Estados partes deben examinar las medidas que adopten las instituciones privadas y públicas, las autoridades y los órganos legislativos. El hecho de que la obligación se haga extensiva a los ‘órganos legislativos’ indica claramente que toda ley, regla o norma que afecte a los niños debe guiarse por el criterio del ‘interés superior’” (el destacado me pertenece).

³ Art. 21 de la ley V 84 (ex ley 4572).

⁴ Art. 49, inc. 3º, de la ley 2302.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31/8/2012, caso “Furlán y Familiares v. Argentina”.

“73. No hay duda de que el interés superior de los niños como grupo debe considerarse de la misma manera como se hace al ponderar el interés de un niño individualmente. Si está en juego el interés superior de un gran número de niños, los jefes de instituciones, las autoridades o los órganos gubernamentales también deben brindar oportunidades de que se escuche a los niños afectados de esos grupos no definidos y se tengan en cuenta debidamente sus opiniones al planificar medidas, incluso decisiones legislativas, que los afecten directa o indirectamente” (el destacado me pertenece).

“87. La práctica de la aplicación del artículo se refiere a una amplia gama de asuntos, como la salud, la economía, la educación o el medio ambiente, que son de interés no solamente para el niño como individuo sino también para grupos de niños y para los niños en general. Por consiguiente, el Comité siempre ha interpretado la participación de manera amplia para establecer procedimientos no sólo para niños considerados individualmente y grupos de niños claramente definidos, sino también para grupos de niños, como los niños indígenas, los niños con discapacidades o los niños en general, que resultan afectados directa o indirectamente por las condiciones sociales, económicas o culturales de la vida en su sociedad” (el destacado me pertenece).

Y tal “escucha” y “participación procesal” puede y debe ser ejercida por el Ministerio Público en los casos que corresponda —a través de la representación principal (art. 103, inc. b), CCiv.yCom.)—, sin perjuicio de la actuación de los representantes legales o de la propia participación directa con asistencia letrada.

IV. JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

La jurisprudencia —aún en vigencia del derogado art. 59 del CCiv.— había reconocido la legitimación del Ministerio Público en representación de los derechos de incidencia colectiva:

En la provincia de Neuquén, la Defensora de Menores nro. 3, Dra. Nara Osés, promovió acción de amparo en representación de los derechos de incidencia colectiva de familias con hijos menores de edad, contra el Poder Ejecutivo de la provincia de Neuquén, para que cumpliera con los mandatos de la Constitución Nacional y de la provincial, y subsanara su omisión en el cumplimiento de las normas que garantizan el derecho a la salud y al medio ambiente sano de su población. Concretamente se pidió la provisión del agua potable necesaria para la supervivencia de los niños y jóvenes de una zona geográfica cuyas napas freáticas estaban contaminadas por la explotación de hidrocarburos. Dicho amparo tuvo favorable resolución en todas las instancias, con actuación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶.

En la Provincia de Entre Ríos, los defensores de pobres y menores de la Circunscripción Judicial con sede en Paraná, Dr. Luis Felipe Franchini, Dra. María Marcela Piterson, Dra. María Del Pilar Mestres, Dr. Mario Roberto Franchi, Dra. Alicia Cecilia Olalla, Dra. Marta Graciela Gervasutti de Del Barco y Dr. Mario Casildo Gómez Del Río, a cargo de las Defensorías nros. 1, 2, 3, 5, 7, 8 y 9, promovieron una acción de amparo colectiva contra el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y el Consejo General de Educación para que provean todos los recursos que sean necesarios para la inmediata iniciación de las clases en todo el territorio de la provincia de Entre Ríos y contra la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos (AGMER) y la Asociación del Magisterio de Enseñanza Técnica (AMET), para que cesaran en la medida de fuerza que afectaba el normal dictado de clases. Ello ante la falta de comienzo del ciclo lectivo 2003 en la provincia de Entre Ríos, en el marco de un paro educativo que impedía que los alumnos comenzaran

⁶ Osés, Nara, “Los niños y la legitimación del Ministerio de Menores para reclamar por sus derechos difusos”, Libro de Ponencias de la Comisión nro. 2, “El niño como sujeto de derecho. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas”, ps. 434/437, del “X Congreso Internacional de Derecho de Familia”, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de setiembre de 1998. Causa “Menores de la Comunidad Paynemil v. Provincia de Neuquén sobre acción de amparo”, expte. Z 172.149, Juzg. Civ. nro. 3, iniciado el 24/3/1997. Ver sentencia del Trib. Sup. Just. Neuquén, de fecha 2/3/1999.

las clases, transcurriendo más de dos meses del inicio de clases en casi todo el país. La jueza de primera instancia hizo lugar a una medida cautelar y ordenó al gobierno provincial y al Consejo General de Educación (CGE) que dispongan de “todos los recursos necesarios para la inmediata iniciación de las clases”, y ordenó a la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos (AGMER) y a la Asociación del Magisterio de Enseñanza Técnica (AMET) cesar en la medida de fuerza y comenzar el dictado de clases el lunes 12 de mayo de 2003⁷.

En la *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, la sala 1ª de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires reconoció la legitimación de incidencia colectiva del Ministerio Público Tutelar para demandar al GCBA con el objeto de que se ordenara el cumplimiento de una ley que disponía la construcción de una escuela secundaria, y sostuvo: “...resulta innegable la legitimación que en el *sub lite* inviste el asesor tutelar, por su carácter de integrante del Ministerio Público, encargado específicamente de ejercer la representación y protección promiscua de los derechos subjetivos y de incidencia colectiva de los menores e incapaces, entablando en su defensa las acciones y recursos pertinentes..., así como, en general, de promover la actuación de la justicia de acuerdo con los intereses generales de la sociedad...”⁸.

En la misma jurisdicción, se ha reconocido la legitimación del asesor tutelar para representar los derechos de incidencia colectiva de las personas internadas en los hospitales de salud mental para mejorar las condiciones edilicias y de recursos humanos de los hospitales Moyano (causa “Acuña, María Soledad”, expte. 15.558/0), Tobar García (causa “Asociación de Profesionales del Arte de Curar”, expte. 27.592/0), Borda (“Asesoría Tutelar nro. 1”, expte. 24.708/0), Alvear (causa “Asesoría Tutelar nro. 1”, expte. 17.091/0); como para promover una acción destinada a crear lugares de internación voluntaria e involuntaria en materia de adicciones (causa “Asesoría Tutelar nro. 1”, expte. 23.262/0), y otra destinada a la refacción de la infraestructura edilicia de más de veinte escuelas (causa “Iglesias, José A.”, expte. 15.909/0), entre muchas otras.

Si bien en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hubo precedentes restrictivos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —anteriores a la vigencia del art. 103 del CCiv.yCom. [4 de diciembre de 2013⁹ y 19 de diciembre de 2013¹⁰]— que condicionaron dicha legitimación, luego de la entrada en vigencia del nuevo texto la sala 2ª de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo reconoció expresamente la legitimación del Ministerio Público Tutelar en materia de incidencia colectiva.

Con fecha 23 de diciembre de 2015, dicho tribunal admitió la legitimación del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹¹ para la defensa de los derechos de incidencia colectiva por la omisión del GCBA en implementar el derecho a la internación domiciliaria consagrado en la ley 153, cuando los profesionales de la salud así lo indicaran, y aplicable a los niños, niñas y adolescentes que sean atendidos en hospitales públicos de la ciudad y carezcan de cobertura de salud por obras sociales o medicina prepaga. En tal sentido sostuvo:

“...8. Que, siguiendo las pautas fijadas en los considerandos precedentes y la línea trazada por el Alto Tribunal *in re* ‘Halabi’, tal como lo ha propuesto el asesor tutelar ante la Cámara a fs. 760/775, podría concluirse en la procedencia de la legitimación del Ministerio Público Tutelar para defender el derecho de incidencia colectiva en juego, referente, en el caso, a intereses individuales homogéneos”.

⁷ Noticia del diario *Clarín*, Buenos Aires, 12/5/2003.

⁸ C. Cont. Adm. y Trib., sala 1ª, 1/6/2001, expte. 899/0.

⁹ Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 4/12/2013, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAyT nro. 2 v. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, expte. nro. 9.089/12.

¹⁰ Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 19/12/2013, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAyT nro. 2 v. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, expte. nro. 9.264/12.

¹¹ C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 2ª, 23/12/2015, “Asesoría Tutelar CAyT nro. 4 (oficio ACCAYT nro. 1 nro. 448/13) v. GCBA sobre amparo”, expte. A70963-2013/0.

“8.1. En primer lugar, es preciso recalcar que, a consideración de este tribunal, lo que se encuentra en debate es de *interés público*. El hecho de que los menores que no tengan la posibilidad de contar con la asistencia de una obra social o prestación de medicina prepaga puedan acceder —del mismo modo que los que sí cuentan con ella—, cuando ello fuera necesario, a la modalidad de internación domiciliaria es una muestra suficiente de que así es. Este aspecto está fuera de discusión, sea porque no ha sido motivo de contradicción, sea porque así lo estima este tribunal en el caso. Por otro lado, esta sala ha considerado que ése era uno de los supuestos a partir de los cuales procedía la representación autónoma del Ministerio Público Tutelar...”.

En su sentencia, la Cámara de Apelaciones aludió específicamente a la representación principal plasmada en el art. 103, inc. b), CCiv.yCom., y dijo:

“...En este contexto dado, y tomando en cuenta lo expuesto en el apart. 8.1 acerca del interés público comprometido, el Ministerio Público Tutelar estaría actuando en defensa de la legalidad de los intereses de un grupo de la sociedad para obtener la satisfacción de esos intereses que no podrían ser entendidos sino como sociales. (ii) Si se tomara la nueva regulación normativa incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación, podría concluirse en que se presentaría el supuesto contemplado en el art. 103, inc. b (i); esto es: ‘cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representantes’. La consideración de que medió inacción de los representantes legales es corolario del hecho que no ha sido promovida una acción de las características de ésta por los representantes legales (no superando el campo de una mera conjetura el hecho de que esa circunstancia pudiera acceder, siendo, a su vez, remota la posibilidad de que eso ocurra), resultando de ello la habilitación para el Ministerio Público de Menores de actuar de modo principal”.

En el ámbito federal, cabe recordar un dictamen de la Procuración General de la Nación, en donde se reconoció la legitimación del Ministerio Público con fecha 27 de setiembre de 2007, en la causa “R. v. Diario Clarín” (que no tuvo sentencia de mérito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al devenir abstracto el planteo de fondo):

“Desde otro punto de vista cabe indicar que los apelantes insisten dogmáticamente con sus razonamientos respecto de quiénes revisten la condición de sujetos legitimados por el art. 43 de la Constitución Nacional para la defensa de los ‘derechos de incidencia colectiva’ o ‘intereses difusos y o colectivos’, pero no rebaten (ni siquiera mencionan) los fundamentos de los sentenciadores en el sentido de que la legitimación del Ministerio de Menores para intervenir en este proceso deriva de disposiciones constitucionales y legales, tales como los arts. 120 de la Constitución Nacional y 54, inc. a), de la ley 24.496 —de Ministerio Público—, dado que la evolución de las normas que regulan la materia admite la intervención directa de este órgano...”.

Recientemente, la Procuración General de la Nación, a través del Dr. Víctor Abramovich¹², reiteró el criterio a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, afirmando:

“...En consonancia con dichos preceptos, el art. 103 del CCiv.yCom. establece la actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, la que puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. Según la norma, será principal ‘cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes’ (inc. b, apart. i)”.

“En mi opinión, las especiales características que rodean este caso evidencian un supuesto de inacción de los representantes legales producido por los *obstáculos materiales que impiden que éstos puedan acceder a la justicia en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales de sus hijos*” (el destacado me pertenece).

“...En este contexto fáctico, el supuesto de inacción de los representantes legales regulado en la ley 27.149 y en el Código Civil y Comercial *no debe interpretarse de forma restrictiva de modo de ceñirlo exclusivamente a casos de negligencia, desidia o conflictos de intereses, sino que debe abarcar también la inacción que resulte de factores sociales que actúen como barre-*

¹² Dictamen de Procuración General de la Nación, 4/3/2016, FCB 35784/2013/1IRH1 “Ministerio Público de la Defensa v. Provincia de Córdoba - Estado Nacional s/amparo ley 16.986”.

ras para la actuación de dichos representantes y que estén más allá de su responsabilidad directa" (el destacado me pertenece).

"...Por las razones expuestas, entiendo que el caso debe ser subsumido bajo el supuesto de inacción de los representantes legales en los términos de los arts. 43 de la ley 27.149 y 103 del CCiv.yCom., lo que habilita la representación principal de la defensora oficial. Así, esa actuación del Ministerio Público garantiza la vigencia efectiva del acceso a la justicia de un grupo que demanda una especial protección. Por el contrario, *requerir que los representantes legales del niño participen individualmente u otorguen un poder especial, como si se tratara de la acumulación de acciones individuales, no conduce más que a profundizar las dificultades y barreras de acceso que se pretenden conjurar precisamente a través de un proceso colectivo*" (el destacado me pertenece).

La jurisprudencia hasta aquí reseñada es contundente en cuanto a la posibilidad de que el Ministerio Público se encuentre legitimado para demandar derechos de incidencia colectiva, como lo hizo en el caso en análisis.

V. EXISTENCIA DE CASO JUDICIAL

Ahora bien, la legitimación del Ministerio Público no es abstracta, en tanto necesita de la existencia de un caso judicial concreto. Y en el caso analizado es claro que nos encontramos ante un caso donde el Poder Judicial debía intervenir para corregir conductas violatorias a los derechos al hábitat, a la vivienda adecuada, a la salud integral, a la alimentación y a la educación, a los fines de que no se lesionen tales derechos respecto de individuos y/o grupos de personas, toda vez que se acreditó (i) la afectación concreta y actual de esos derechos respecto de personas menores de edad y de personas con padecimientos mentales, que son representadas por este Ministerio Público; y (ii) la ilegitimidad de la conducta estatal, es decir, el incumplimiento de una obligación establecida por el ordenamiento jurídico, lo que se traduce en la falta de medidas positivas tendientes a restablecer derechos vulnerados (necesidades básicas insatisfechas). Como surge palmariamente, la pretensión estaba orientada a proteger derechos tutelados por el ordenamiento jurídico constitucional provincial y nacional, resguardado, además, en tratados internacionales.

Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 24 de febrero de 2009, en los autos "Halabi, Ernesto v. PEN ley 25.873 y decreto 1563/2004 s/amparo", estableció tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos estos supuestos se debe acreditar la existencia de un caso judicial, configuración que depende de cada tipo de categoría a la que se aplique.

Siguiendo el criterio de la Corte, ésta diferenció: a) derechos individuales, b) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y c) derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

La Corte señaló al respecto que "En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño" ("Halabi", considerando 12).

Afirmó la Corte que no hay una regulación específica de estas acciones, sin perjuicio de lo cual consideró que la Constitución resulta plenamente operativa, y avanzó definiendo algunos requisitos que a continuación se analizan.

1. Verificación de una causa fáctica común

Se trata de la existencia de un hecho único o complejo que cause una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. En el caso en comentario, se trata de la omisión del Estado provincial y de las municipalidades de La Plata y de Berisso en la adaptación de medidas positivas eficaces respecto de grupos vulnerados a raíz de su condición de pobreza, y por haber sido víctimas del temporal e inundación del 2 de abril de 2013.

La omisión administrativa es la causa directa y primaria que produce el agravio para las personas representadas por el Ministerio Público. Y esta causa expande sus efectos de manera idéntica a los grupos afectados y debidamente individualizados: 36 familias que se vieron impedidas de recibir la adecuada asistencia estatal, destacándose que se trata de grupos ubicados en clara situación de vulnerabilidad social, representando una cuestión de trascendencia pública por el interés que se afecta.

2. Una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho

Este elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho ("Halabi", considerando 13).

En el caso comentado, tal como lo exigiera la Corte para tener por configurado un caso colectivo, la pretensión está concentrada en los efectos comunes de la omisión administrativa consistente en el perjuicio común de la ausencia de ejecución de políticas públicas en materia de hábitat, vivienda, salud, educación y alimentación, y no en el perjuicio a cada niño, niña o adolescente, o persona con padecimiento mental.

3. La constatación de que el ejercicio individual no aparecía plenamente justificado

La Corte exige que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda; no obstante, aclara que, sin perjuicio de ello, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o, en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto ("Halabi", considerando 13).

En el presente caso, el ejercicio individual no aparecía justificado, ni bien se advierte que la omisión administrativa afectaba a 36 familias altamente vulnerables. Habría sido arbitrario e inconducente obligar a realizar esa cantidad de litigios individuales en medio de los efectos perjudiciales de la inundación. No puede olvidarse que se trata de la vulneración de derechos fundamentales, como lo son el derecho al hábitat, el derecho a la vivienda adecuada, el derecho a la salud integral, el derecho a la educación y el derecho a la alimentación, entre otros.

No caben dudas, pues, de que existía un fuerte interés estatal en su protección, y así lo ha reconocido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo", con fecha 10 de febrero de 2015: "...9) Que aun cuando pudiera sostenerse que, en el

caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional)... La protección de los derechos que invocan hacen a la satisfacción de necesidades básicas y elementales a cargo del Estado. Estos aspectos cobran preeminencia por sobre los intereses individuales de cada afectado, al tiempo que ponen en evidencia, por su trascendencia social y las particulares características del sector involucrado, la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto (confr. Fallos 332:111, causa 'Halabi' citada, considerando 13; arts. 14 bis, 75, incs. 22 y 23, de la Constitución Nacional y art. 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por ley 24.658)...".

VI. CONCLUSIONES

La importancia del Ministerio Público como actor en estos procesos fue destacada por el Dr. Lorenzetti, quien, analizando la legitimación prevista en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica donde se incorpora expresamente al Ministerio Público, sostuvo: "la (inclusión) del Ministerio Público es, sin dudas, otra anexión acertada, pues además de su larga trayectoria histórica (que recién se vuelca en la Constitución Nacional con la reforma de 1994) y la importancia del rol requirente, debemos recordar que aquél tiene por meta fundamental la 'defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad'"¹³.

Una correcta interpretación de los antecedentes históricos, legislativos y constitucionales, como de la jurisprudencia en la materia, lleva a concluir en la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un colectivo altamente vulnerable, no sólo por la edad que tienen sus integrantes (personas menores de edad) y por su condición (personas con padecimientos mentales), sino también por su situación de vulnerabilidad social que muchas veces viven.

El activismo de la asesora de incapaces representó en el caso analizado una verdadera garantía de acceso al servicio de justicia por parte del colectivo representado, a través del ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos. La pretensión procesal deducida garantizó adecuadamente el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones sociales concretas.

Es evidente que en el caso comentado se demostró una afectación concreta y actual a derechos humanos elementales: derecho al hábitat, derecho a la vivienda, derecho a la salud integral, derecho a la educación, derecho a la alimentación, entre otros; y la consecuente ilegitimidad de la conducta estatal provincial y municipal, lo cual permite afirmar enfáticamente la legitimación activa del Ministerio Público, quien actuó en esos autos como representante de la clase afectada (personas menores de edad y personas con padecimientos mentales), invocando la defensa de derechos de incidencia colectiva y trayendo un reclamo concreto que corresponde a la clase cuya representación principal invocara.

Nos alegramos por el activismo del Ministerio Público, y obviamente por su reconocimiento por parte de los jueces. No hay duda de que la omisión de los organismos gubernamentales en cumplir con las políticas públicas que el plexo constitucional establece se debe traducir necesariamente en la exigibilidad de los derechos económicos y sociales de la infancia y en materia de salud mental, de allí que se necesite de actores autónomos e independientes del poder político, y sin dudas el Ministerio Público es y será un actor relevante para la "lucha por los derechos sociales", al que debe reconocérsele necesariamente su legitimación colectiva.

¹³ Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 161.

DERECHO DE FAMILIA

Generalidades – Compensación económica – Caducidad del plazo para peticionarla – Unión convivencial extinguida antes de la entrada en vigencia del Cód. Civil y Comercial

1 – El plazo para peticionar la compensación económica derivada de la ruptura de una unión convivencial se encuentra perimido, pues transcurrió el plazo de seis meses establecido en el art. 525 del Cód. Civil y Comercial desde el cese de la convivencia.

2 – Las compensaciones económicas no rigen para los casos en los que la sentencia de divorcio –o la extinción de la unión convivencial– tuvo lugar antes de la entrada en vigencia del Cód. Civil y Comercial, pues en ese momento se agotó no solo la situación, sino también las consecuencias que de esa relación se derivan.

JUZG. MENOR Y FAMILIA N. 6 RESISTENCIA, 16/5/2016 – B., A. G. v. M., H. M. s/ compensación económica

Con nota de MARÍA CLARA RATO

1ª Instancia.- Resistencia, mayo 16 de 2016.

Considerando: I. Que a fs. 25/37 se presentó el Sr. H. M. M., con el patrocinio letrado de la Dra. S. C. S. y en oportunidad de contestar traslado conferido a fs. 20, plantea como cuestión previa y de especial pronunciamiento la caducidad del plazo para intentar la petición de compensación económica.

Relata que vivió con la accionante desde el año 2005 aproximadamente con varias interrupciones, hasta que ésta fue definitiva con su retiro del hogar en el mes de julio de 2014, fecha que surge del Expte. N°xxx/2014 "B., A. G. c. M., H. M. s/ Violencia Familiar", que tramita ante este juzgado.

Refiere que desde entonces la demandante promovió ante este tribunal causa por alimentos y ante el fuero civil y comercial una reclamación por daños y perjuicios y otra de división de condominio.

Señala que han pasado más de veinte meses corridos desde el cese de la convivencia y el inicio de esta acción.

Sostiene que la actora intenta ingresar el reclamo de compensación económica con posterioridad al plazo expreso de caducidad que no se vincula a los reclamos que hubiera realizado por

otras causas, ni tampoco a la entrada en vigencia del Cód. Civil y Comercial sino exclusivamente al tiempo transcurrido entre el cese de la vida en común y el momento de la petición útil, haciendo referencia a la obrante a fs. 18/19, que se presentó el 1 de diciembre de 2015, cuando ya habían pasado más de 17 meses desde el cese de la convivencia, estando sobradamente cumplidos los plazos de caducidad de la acción de compensación económica del art. 525 del CCyC, por lo que solicita el rechazo de la acción.

Realiza demás consideraciones y cita doctrina que considera de aplicación. Subsidiariamente contesta demanda, impugna pruebas y ofrece las que hacen a su derecho. Funda en derecho, formula Reserva de Recursos Extraordinarios y finaliza con petitorio de estilo.

Conferido el traslado pertinente, es contestado por la parte actora –conforme constancias de fs. 42–, solicitando el rechazo del planteo de conformidad con los argumentos que expone ya los que en orden de brevedad me remito.

A fs. 45 se llaman autos para resolver la cuestión planteada, providencia que a la fecha se encuentra firme y consentida.