

## Dictamen del Procurador General Expte. N.º Q 76.646-1 “ARATA FACUNDO Y OTROS C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AUTOSATISFACTIVA”

**FECHA** 6 de agosto de 2021

**ANTECEDENTES** Llegan las presentes actuaciones a la Procuración General, a los fines de emitir vista en la causa de referencia respecto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Señor Fiscal de Estado contra el pronunciamiento de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata (v. art. 283, del CPCC).

Dicho Tribunal resolvió por mayoría, ordenar a la demandada -complementando la diligencia cautelar dispuesta por el *ad quem*- que en el término de setenta y dos horas arbitre las medidas necesarias que resulten conducentes para que los “*bolsones, canastas o entregas de emergencia*” puedan integrarse de acuerdo a las pautas dadas por la propia reglamentación, a partir de su remisión a los valores de la Canasta Básica Alimentaria del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), en forma que garantice una nutrición saludable, o una provisión sustitutiva y eficaz que cumplimente el estándar básico al que tienen derecho los niños, niñas y adolescentes que concurren a los comedores escolares de la provincia de Buenos Aires.

El aludido tribunal, en su sentencia destacó el “*estado de grave riesgo social y extrema vulnerabilidad en la que se encuentran, producto de sus propias circunstancias, acentuadas por la emergencia sanitaria ocasionada por el Coronavirus COVID-19*”; e impuso las costas a la demandada en su condición de vencida.

El Juez de Primera instancia había dispuesto hacer lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada por los actores, ordenando a la Provincia de Buenos Aires que diera acabado y efectivo cumplimiento con el Servicio Alimentario Q-76646-1 Escolar conforme la resolución conjunta RESOC-2020-705-GDEBA-DGCYE, de fecha 26 de marzo del año 2020 (BO, 27-03-2020) y que designara a través de los organismos competentes -Dirección General de Cultura y Educación y Ministerio de Desarrollo de la Comunidad- un funcionario responsable de la entrega, composición y reparto de los bolsones de emergencia, con el objeto de que este actuara en coordinación con las autoridades de los establecimientos educativos hasta tanto recayera sentencia firme en autos.

**CURSO LEGAL PROPUESTO** El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, opinó en favor del rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires (v. art. 283, CPCC).

## SUMARIOS

**Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Admisibilidad.** “[...] en el caso, el fallo impugnado ha de reputarse equiparable a definitivo en la medida en que lo allí resuelto es susceptible de generar un agravio de imposible o muy dificultosa reparación posterior, en tanto se impone una obligación de hacer que coincide con el requerimiento del proceso autosatisfactivo de fondo, involucrando derechos de naturaleza alimentaria -y que pueden incidir también en el derecho a la salud-, a la vez que ingentes recursos estatales”.

El artículo 8.2. h) de la Convención Americana dispone que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Así la Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica (Caso *Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 88 y 90; Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 179; Caso *Mohamed Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255, párrs. 98 y 99; Caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párrs. 243 y 244; Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 85).

**Medidas cautelares. Verosimilitud del derecho.** La Suprema Corte de Justicia, reiterada e invariablemente ha expresado que: “La finalidad del instituto cautelar no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, motivo por el cual la procedencia de toda medida precautoria no exige de los jueces un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino verificar la verosimilitud del derecho y la existencia de peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible” (v. art. 230, CPCC; doct. causas I 73103, “*Varanese*”, res., 25-06-2014; I 69637, “*Marín*”, res., 23-05-2017; I 77032, “*Isabella*”, res., 26-04-2021, e. o.).

Las consideraciones del voto mayoritario de la Cámara de Apelación abastecen sobradamente la exigencia impuesta por la doctrina referida, ya que el a quo basa la decisión cautelar en la ponderación -con apego a las constancias de la causa- de la normativa aplicable, la situación de extrema vulnerabilidad de los/las menores afectados/as, el contexto de emergencia sanitaria y las cláusulas del derecho internacional incorporadas a nuestro marco constitucional superior que consagran la protección privilegiada de los

derechos de quienes se encuentran en situación de grave riesgo social (v. doct. causa SCJBA, A 70.138 “B., A. F.”, sent., del 03-07-13, en donde se recuerda lo sostenido por el Comité de Derechos ESC respecto a “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, en la Observación General No. 3, apartado décimo).

**Impugnación insuficiente. Mera discrepancia subjetiva.** La afirmación de la parte recurrente que invocando la errónea aplicación de las resoluciones conjuntas Nros. 573/2020 y 705/2020, atribuyendo a la Cámara el yerro de efectuar una indebida equiparación del contenido de los bolsones del SAE con los productos de la Canasta Básica Alimentaria elaborada por el INDEC a que aluden sus Anexos; y la postulación -contraria a lo decidido- de que no media insuficiencia en las prestaciones, no exterioriza más que una mera discrepancia subjetiva con el criterio del juzgador en una materia que le es privativa, como lo es en el caso sobre la apreciación de los hechos, la razonabilidad, que tornan insuficiente la queja para revertir los términos y consecuencias de lo decidido (v. art. 279, CPCC; SCJBA, doct. causas A 74.171, “Aguas Bonaerenses SA”, sent., 10-07-2019; A 76.610, “Calvete”, res., 12-02-2021; A 76.572, “Contreras”, res., 31-05-2021, e. o.).

**Constitución nacional. Tratados Internacionales.** La Corte Suprema federal se pronuncia en la causa “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (Fallos, 335:452; 2012) para señalar que los derechos de la naturaleza de los controvertidos en la especie están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

En el considerando 10 del fallo de la Corte Suprema de Justicia se recuerda: “Que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad”.

La Corte Suprema “en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe ‘garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos’ [...] y ‘garantizar’, significa ‘mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas’”. Con indicación de la Observación General N.º 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tomada en cuenta ya que comprende las ‘condiciones de vigencia’ de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional”.

**Constitución nacional. Derechos y garantías.** Tampoco merecen acogida los agravios que postulan que, en base a la “operatividad derivada” que poseen las normas del derecho constitucional y normativa internacional a ella incorporada, garantizadoras de los derechos sociales a la salud y alimentación adecuada de niñas, niños y adolescentes sean medidas que requieren de la exclusiva intervención y determinación de los órganos de gobierno que impediría al Poder Judicial dar respuesta a los requerimientos humanitarios vinculados a ellos y ellas.

Tal como lo ha referenciado la Suprema Corte en la causa A 70.138 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido como doctrina “*que los derechos económicos, sociales y culturales no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad*”.

También en dicha oportunidad el Señor Juez Genoud recuerda que la Suprema Corte de Justicia en la causa A 69.733, “*Pueblas*” (2009) expuso que existen especiales situaciones, como la que se tuvo por acreditada en autos, frente a las cuales las normas constitucionales exigen que se articulen decisiones de acompañamiento que atiendan aquéllas (Preámbulo de la Const. nacional; arts. 75 incs. 22 y 23 de dicha norma fundamental; 11 y 15 de su par provincial), sin que ello implique desborde de la competencia funcional del Poder Judicial (arts. 160 y 161 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.).

**Derecho a una alimentación saludable.** Si bien los niños/niñas, los/las adolescentes, los/las jóvenes, los padres/las madres, las familias necesitan ayuda para obtener alimentos nutritivos, los entornos alimentarios deben a su vez, promover y apoyar una alimentación saludable.

La nutrición debe considerarse una inversión estratégica para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de aquí a 2030 (UNICEF, Estado mundial de la Infancia, 2019, p. 10).

Se sostiene en dicho documento que invertir en la nutrición infantil es fundamental para la formación de capital humano, ya que la nutrición es esencial para el crecimiento, el desarrollo cognitivo, el rendimiento escolar, la productividad y la calidad de vida futura de los niños, niñas y adolescentes.

De tal manera la adopción de medidas como la dispuesta en la sentencia lejos está de constituir un impedimento, entorpecimiento o invasión a competencias de diseño político, viene a contribuir a las acciones que sin duda está comprometido el Estado provincial y la Nación Argentina.

La decisión cautelar de la jurisdicción se limita a determinar en el marco de la competencia abierta a raíz del reclamo de los accionantes, los actos que debían cumplirse por la

Administración para dar completitud y aseguramiento a los derechos en la problemática de emergencia. Lo dicho, en consecuencia, lleva a descartar la denunciada transgresión a la doctrina legal de la Corte citada por el recurrente.

**Absurdo.** La Suprema Corte tiene dicho que: *“El absurdo hace referencia a la existencia, en el pronunciamiento que se ataca, de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica [...] puesto que no cualquier error, ni apreciación opinable, ni la posibilidad de otras interpretaciones, alcanzan para configurar tal hipótesis”, o “a una interpretación groseramente errada del material probatorio (conf. causas C 94.421, “Millara de Balbis”, sent., 06-10-2010; C 108.433, “Mezclas Industriales SA”, sent., 09-02-2011; e. o.), siendo menester que se demuestre un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, una falla palmaria en el proceso de raciocinio, y que se ponga así en evidencia la extravagancia de la conclusión a que se ha arribado”* (cfr. causas C 95.794, “Schneir”, sent., 17-12-2008; C 109.221, “Dirección de Vialidad - Provincia de Buenos Aires”, sent., 11-04-2018; C 121.557, “Kujarechen”, sent., 11-08-2020, e. o.)

**Interés superior del menor.** La naturaleza del requerimiento a demandar, la presencia de una causa fáctica homogénea viene a proyectarse a los y las niños, niñas y adolescentes provinciales destinatarios de los programas alimentarios, aunque no todos hayan sido parte en el proceso (SCJBA, *“El ‘interés superior del menor’ debe guiar toda decisión a adoptarse en materia de niñez, definiéndolo como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso”*).

**Interés superior del niño.** La atención primordial al “interés superior del niño” a la que alude la Convención de los Derechos del Niño en el artículo tercero apunta a constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a su protección.

Se ha dispuesto que este principio proporciona así un parámetro objetivo que permite resolver las cuestiones de los menores y la decisión final ha de ser la que resulte de mayor beneficio para aquellos (cfr. causas Ac. 84.418, “A., S.”, sent., 19-06-2002; Ac. 87.832, “C., F. F.”, sent., 28-07-2004; C 100.587, “G., M. C.”, sent., 04-02-2009; C 102.212, “R., M. L.”, sent., 26-10-2010 y C 117.674, “F., F. L.”, sent., 16-07-2014, C 123.304, “V., S. B. “, sent., 09-03-2021, e. o.).

El “interés superior” de los niños/niñas -principio rector de toda toma de decisión que los/las involucre- es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la

protección de la persona y los bienes del menor dado y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, el que deja de lado toda consideración dogmática para entender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (cfr. causas C 102.719, “R., D. I.; R., M. A.”, sent., 30-03-2010; C 111.631, “P., L. O.”, sent., 21-06-2012; C 115.708, “N. N.”, sent., 12-06-2013 y C. 101.549, “B., A.”, sent., 12-11-2014).

**Tratados internacionales. Aplicación.** El Estado Argentino asume compromisos internacionales dirigidos a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad (v. arts. 12 del PIDESC; VII de la DADDH; 25.2 de la DUDH; 19 de la CADH) y no puede desligarse válidamente de esos deberes bajo ningún aspecto, ya que lo que se encuentra en juego es el interés superior del niño/de la niña, que deben ser tutelados por sobre otras consideraciones (v. art. 3, CDN).

De allí que las decisiones jurisdiccionales deben atender primordialmente al citado interés superior, adoptando las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción.

Es al Poder Judicial a quien compete el rol de contralor y último garante de los compromisos asumidos a partir del marco legal que regula el sistema de política social (art. 4, Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención // En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario [...]”).

**Derechos humanos. Responsabilidad del Estado.** La exigibilidad del respeto a los derechos humanos recae en el Estado entendido como una totalidad orgánica sin que sea válida la utilización de las separaciones orgánico-funcionales dentro de la propia Administración pública para evadir responsabilidades constitucionales e internacionales (SCJBA, A 72.161, “Asociación Civil Miguel Bru y otros”, sent., 26-02-2020).

En tal sentido nuestra Constitución local afirma con claridad que el Estado provincial es garante del derecho a la salud y los derechos humanos, más allá de la incumbencia específica -en un determinado marco de acción- de sus oficinas administrativas de gestión concreta (v. art. 36 incs. 2 y 8, causa A 72.161, cit.)

La Suprema Corte en oportunidad de resolver la causa A 72.161, al considerar una cuestión de similares características, tuvo en cuenta que, para poder rechazar una pretensión de la naturaleza del caso por razones presupuestarias, primero debe mediar una argumentación

justificatoria convincente y detallada del Estado en el sentido de que efectivamente existe esa imposibilidad material de cumplir con la Constitución y las leyes.

La decisión jurisdiccional que mediante el recurso extraordinario se impugna responde a los parámetros expresados, satisfaciendo suficientemente el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución y los Tratados internacionales de igual rango (v. arts. arts. 2º, 3º, 24.1; 24.2. "a" y "c", 27.3, CDN; 1º, 2º, 8º.1º, 19 y 27.2, CADH; 1º, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23, Constitución Argentina; 10.3, 11.1., 11.2, 12.1, 12.2. "a" y 24.1, PIDESC; 1º, 11, 15 y 36.1º y 2º Constitución de la Provincia de Bs. As. y 706, "c", CCC).