

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 21 de mayo de 2018

A la Sra. Asesora General Tutelar

Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dra. Yael Silvana Bendel

S_____ / _____ D

Diego Morales, Director del Área de Litigio y Defensa Legal, y Paula Litvachky, Directora del Área de Justicia y Seguridad del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), conforme los poderes y estatuto que se acompañan, nos dirigimos a Ud. a los fines de solicitarle **la revisión urgente de la Resolución AGT nro. 75/2018**, de fecha 27 de abril de 2018, en tanto se trata de una medida que afecta las condiciones que deben asegurar las autoridades públicas y, en particular, los titulares de ese Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires a los fines de garantizar el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes, así como de los usuarios de los sistemas de salud mental en ese ámbito jurisdiccional.

Entendemos, tal como lo expondremos en detalle seguidamente, que bajo el pretexto de “organizar” los recursos de la Asesoría Tutelar, la Resolución AGT nro. 75/18 avanza sobre competencias y atribuciones que le corresponden a cada uno de los integrantes del Ministerio Público Tutelar, a la vez que establece mecanismos de consulta y “comunicación” que implican una intervención sobre decisiones de los Asesores Tutelares de Primera y Segunda Instancia. Asimismo, la Resolución refiere de manera exclusiva a aquellos funcionarios que intervienen en el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad, con relación a aquellos casos judiciales y/o extrajudiciales que interpelan al Gobierno de la Ciudad acerca de sus obligaciones en materia de derechos humanos en general, y derechos económicos, sociales y culturales, en particular.



Es en este contexto, y en función de nuestra legitimación e interés en el ámbito del acceso a la justicia, que nos presentamos para solicitarle la revisión urgente de la Resolución AGT nro. 75/2018

1. La Resolución AGT nro. 75 y sus efectos: La intervención sobre las facultades y atribuciones de los Asesores Tutelares y, en particular, del Asesor Tutelar de Cámara, Dr. Gustavo Moreno.

La Resolución AGT nro. 75/2018, luego de señalar la ubicación constitucional del Ministerio Público y sus funciones, refirió a la ley nro. 1903, y en particular, al art. 49 inc 5, sobre la facultad de la Asesora Tutelar de *“Disponer de oficio, o a pedido de un Asesor o Asesora Tutelar Cámara, la actuación conjunta o alternativa de dos o más magistrados del Ministerio Público Tutelar, de igual o diferente jerarquía, cuando la importancia o dificultad de los asuntos lo hagan aconsejable. En estos casos la actuación del Asesor o Asesora que se designe se hallará sujeta a las directivas del titular de la causa”*.

Después agregó que esta facultad *“debe ser ejercida cuando, en la labor de protección y satisfacción de los derechos y garantías de las personas menores de 18 años de edad y/o afectadas en su salud mental, lo aconsejan razones vinculadas, o bien con la promoción de la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, o bien con el cuidado de la normal prestación del servicio de justicia así como la procuración ante los tribunales de la satisfacción del interés social”*.

Es posible advertir una primera contradicción, porque lo que sugiere la afirmación antes citada es que la facultad de intervención conjunta o alternativa se activará para la “defensa de la legalidad de los intereses generales” o para el cuidado de la “normal prestación del servicio de justicia”, y ya no para cumplir con la misión central que tienen los Asesores Tutelares de Primera y Segunda Instancia: la protección y defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes, así



como de los usuarios de salud mental. La norma, en cambio, dice de manera concreta “cuando la importancia o dificultad de los asuntos lo hagan aconsejable” para, entendemos, la mejor y más eficaz protección de los derechos que ese Ministerio Público Tutelar debe asegurar.

Parece que lo que le preocupa a la Asesora Tutelar General son cuestiones que le competen, de manera directa, a otros integrantes del Ministerio Público, como el Ministerio Público Fiscal, o incluso, a otros resortes del Estado, como el Consejo de la Magistratura.

Luego de aquella afirmación –crítica- que formuló acerca de por qué razones podría ser relevante la participación conjunta o alternativa de más de un Asesor Tutelar, agregó que la decisión de si ello sucederá o no le corresponde exclusivamente a ella. Sin embargo, no existe ningún análisis de cómo se ha desarrollado hasta ahora esta práctica, si esta situación es sinónimo o asimilable con supuestos de “colaboración” y/o “cooperación” lógica entre funcionarios que integran un mismo fuero, cuáles han sido los antecedentes llevados adelante desde la Asesoría General, o qué nivel de evaluación ha realizado para señalar la necesidad y efectividad de este tipo de regulación a través de la instrucción general que aquí criticamos.

Tan sólo señaló que en el fuero contencioso administrativo y tributario “*se han generado situaciones cuando menos llamativas en torno a la intervención de Asesores Tutelares de Cámara por ante la Primera Instancia que imponen la necesidad de realizar una aclaración sobre el punto por la resonancia institucional implicada en ellas*”, y refiere a un voto conjunto de los jueces Centenaro y Diaz, en la causa 34.839-2017-0. Conviene aclarar que más allá del adjetivo “llamativos” o el sustantivo “resonancia”, no hay una explicación detallada de a qué situación se refiere, o de qué manera esa situación a la que remite implicó un efecto negativo sobre la defensa de los derechos humanos que deben resguardar y asegurar los Asesores Tutelares en el ejercicio de sus funciones.

Agregó que la fórmula que introdujo el art. 49 inc. 5 está vinculada con la necesaria “*adaptación del Ministerio Público Tutelar a determinados casos excepcionales (...) como parte de las tareas de gobierno y dirección de esta rama del Ministerio Público a cargo de la*



Asesoría General Tutelar, y en segundo lugar se ajusta tanto a los principios de unidad de actuación y organización jerárquica (...) Como a las normas que regular específicamente las atribuciones de los asesores en sus respectivas instancias y fueros". O sea, para la Asesora Tutelar, los límites para la actuación conjunta también están previstos en las propias atribuciones -aunque no explicó concretamente a qué se refiere- de los asesores tanto de primera como de segunda instancia.

Por lo tanto, concluyó en una primera parte que toda actuación conjunta de asesores sin la debida decisión del órgano autorizado para ello, supone una alteración de sus funciones y facultades, que además puede poner en riesgo la validez de actos desarrollados en el marco del caso. Además, dijo, esta situación puede *"representar, entre otras cosas, un dispendio ilegal o injustificado contrario a una razonable prestación del servicio de justicia"*. De esta manera, agregó otra cuestión más que justificaría el dictado de la resolución que aquí criticamos: el uso irrazonable, injustificado de los recursos de la Asesoría Tutelar, a partir de la intervención conjunta o alternativa entre dos o más Asesores.

Agregó, sin más, que también esta interpretación alcanza al Asesor de Cámara, sin precisar sus facultades y atribuciones para el desempeño eficaz de su trabajo.

Dijo también que la interpretación que realiza, se acomoda de manera "armónica" con las facultades que tienen los asesores titulares en la regulación del art. 103 del Código Civil y Comercial y las facultades específicas de investigación que prevé el art. 20 de la ley 1903. Ya volveremos sobre estas normas en particular, que resultan relevantes para asegurar el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes, así como usuarios de los sistemas de salud mental. En todo caso, adelantamos ahora que allí están descriptos mandatos de actuación que tienen los funcionarios de la Asesoría Tutelar, y que tiene una particular importancia para la defensa y promoción de los derechos económicos sociales y culturales.

Sobre la base de estos argumentos, resolvió que resulta *"conveniente dejar expresamente establecido que los Asesores Tutelares de Cámara con competencia para actuar*



en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario se encontrarán facultados para realizar actividad judicial y extrajudicial propia de la primera instancia sólo cuando ello haya sido dispuesto de manera expresa por el/la titular de la Asesoría General Tutelar, y únicamente en los límites del objeto de una concreta disposición de este tipo". Esta conclusión, agregó, "pasa a conformar así un básico principio organizacional de los distintos recursos y elementos del Ministerio Público Tutelar".

Ahora bien, la Asesora General -como adelantamos- no hizo un detalle de las funciones judiciales ni de las extrajudiciales del Asesor de Cámara. Y como puede observarse, no precisó reglas con relación a cómo podrían desarrollarse criterios de actuación de los Asesores de Cámara en casos en trámite en la primera instancia a los fines de asegurar, por ejemplo, una unidad de actuación, o para habilitar canales de cooperación o colaboración lógica entre funcionarios de la Asesoría dentro de un mismo fuero.

En realidad, bajo el pretexto de interpretar el art. 49 inc. 5, emerge una decisión de criticar, impugnar y limitar el tipo de trabajo desarrollado por el Asesor de Cámara en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario. Es que en lugar de una evaluación y ponderación sobre el impacto que ha tenido la actuación de conjunta o alternativa de más de un Asesor, con relación a la misión principal del Ministerio Público Tutelar, o sobre la función extrajudicial desarrollada por ese Asesor, la Resolución establece un criterio general que no toma en cuenta los alcances de las funciones de los Asesores de Cámara.

Por ejemplo, tal como destaca el Asesor de Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, Dr. Gustavo Moreno, en su opinión disidente con relación a la Resolución aquí cuestionada, la regla que introdujo la instrucción general no le permitirá la interposición de acciones judiciales vinculadas al acceso a la información pública (ley 104).

Además, el art. 20 de la ley 1903, a diferencia de lo que señala la Asesora General cuando refiere que se acomoda de manera "armónica" con su Resolución 75/2018, reconoce de manera expresa las facultades de investigación de todos los funcionarios del Ministerio Público



“en cualquiera de sus jerarquías”. Ello habilita, por ejemplo, a reclamar el acceso a la información pública que pueda ser necesaria para evaluar alguna situación concreta.

Esas facultades de investigación o, para el caso del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, de reclamar alguna respuesta a las autoridades públicas, también está vinculada con las funciones “extrajudiciales” de los Asesores de Primera y Segunda Instancia, a las que nos referiremos seguidamente. Como sea, las facultades de investigación son herramientas claves para el desarrollo de la función del Asesor de Cámara.

Con relación a las facultades extrajudiciales, es importante recordar que están descriptas en el art. 53 inc. 4 de la ley 1903, como un deber de intervención bajo esta modalidad, sin distinguir entre asesores de primera y de segunda instancia. Y esto es algo que la Resolución 75/2018 ni siquiera aborda.

El artículo 103 del Código Civil y Comercial por su parte -y más allá de los debates con relación a la interpretación de la legitimación de los Asesores de Primera Instancia y Cámara en la protección judicial de derechos económicos sociales y culturales en clave colectiva- establece que, en el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa “cuando están comprometidos los derechos económicos, sociales y culturales”.

Es posible advertir que la Resolución 75/2018 interviene sobre las facultades, competencias y funciones de los Asesores Tutelares, y en particular, de acuerdo a lo que señalamos, sobre el Asesor de la Cámara.

Lo que está en discusión no es, entonces, si la Asesora General Tutelar posee capacidad para la elaboración de criterios generales de actuación, cuestión regulada en la citada ley 1903. Estos criterios generales de actuación deben elaborarse, guiarse, definirse e implementarse en función de los objetivos que debe perseguir una estructura de protección de derechos humanos, como lo es esta rama del Ministerio Público de la Ciudad, cuestión que no se advierte en los antecedentes, el objetivo y la finalidad de la Resolución.



2. La Resolución AGT nro. 75/2018 y sus efectos: La creación de un mecanismo de comunicación que interviene sobre las facultades, atribuciones y definición de estrategias de los Asesores Tutelares.

La Resolución que aquí criticamos también incorporó un mecanismo de evaluación para establecer cuándo podría la Asesora General Tutelar decidir la intervención conjunta o alternativa de más de un Asesor (art. 49, inc 5 de la ley 1903). Allí, expresó que si bien resultaría difícil establecer los supuestos que se representen de “importancia” o complejidad, luego aclaró que sí tiene en claro algunos supuestos que ya pueden ser identificados. Dijo de manera concreta: *“puede calificarse como complejo y/o de importante en el ámbito Contencioso Administrativo y Tributario todo asunto en el que: 1) se encuentren en juego derechos de incidencia colectiva, 2) se haya conformado, o exista la posibilidad de que se conforme, un supuesto de litis consorcio activo necesario o facultativo, 3) sobre el objeto de la demanda haya jurisprudencia contradictoria en el fuero o bien éste se trate de una cuestión novedosa”*.

Se advierte un pequeño ajuste de los términos empleados por el art. 49 inc. 5 de la ley 1903 y los utilizados en la Resolución 75/2018, que puede ser relevante tener en cuenta. De la lectura de aquél artículo, los asuntos que resultan de interés para el legislador al momento de diseñar un mecanismo de intervención conjunta o alternativa de más de un Asesor son aquellos de “importancia o dificultad”. Es decir que en ningún momento el artículo refiere a asuntos “complejos”, tal como sí enuncia la Resolución 75/2018. Es que el objetivo de la norma es darle cobertura a los asesores para mejorar, asegurar y darle eficacia a sus trabajos, en aquellos casos, precisamente, importantes o difíciles. De hecho, la norma aclara que la definición de la estrategia estará a cargo del titular de la causa.

Sin embargo, la lectura que hace la Asesora General del artículo, los argumentos que desarrolla en la Resolución y la definición de todos aquellos casos que para ella quedan alcanzados por su “facultad” de disponer la presencia de más de un Asesor, sugieren un objetivo



distinto, que no se relaciona con la necesidad de mejorar aún más el trabajo de los Asesores de Primera y Segunda Instancia.

En efecto, la Resolución 75/2018 establece un mecanismo de “comunicación inmediata” que estará a cargo de cada uno de los Asesores de primera instancia, ante la presencia de situaciones o asuntos que ella calificó como “complejos y/o importantes”. Dice textualmente: *“los/as Asesores/as de primera instancia, al advertir la presencia de estos elementos y características en cada uno de los casos que les sean asignados, deberán comunicar esta circunstancia de manera inmediata a la Secretaria General de Gestión dependiente de la Asesoría General Tutelar”*. Además, agrega que *“cuando se trate de una intervención conjunta o alternativa a pedido de un Asesor Tutelar de Cámara, tal requerimiento deberá especificar todos los elementos y particularidades que, a su criterio, den cuenta de los extremos legales que aconsejan una decisión de este tipo”*.

En este tramo de la Resolución se advierte, entonces, la creación de un mecanismo de comunicación de “todos” aquellos casos que la Asesora General Tutelar, previamente definió. Repárese que todos aquellos casos que ahora deberán comunicarse son precisamente casos en los que involucran cuestiones vinculadas a reclamos de derechos sociales en clave colectiva, ya sea porque involucran cuestiones de incidencia colectiva, porque requieren la conformación de un frente activo, con representantes de niños, niñas y adolescentes o con otras organizaciones, o porque puede existir jurisprudencia contradictoria. La Resolución inaugura un sistema de “control” de todas las cuestiones que forman parte de la definición de estrategias por parte de los Asesores Tutelares de primera y segunda instancia.

Repárese también que, si la decisión estaba vinculada de manera exclusiva con la generación de mejores condiciones para que se habiliten formas de intervención conjunta o alternativa entre dos o más asesores, la decisión de comunicar ese pedido hubiese dependido de cada Asesor. A la vez, si la Asesora tomase conocimiento de la existencia de un caso “importante”



o “difícil” también podría hacer ejercicio de aquella habilitación que introdujo el art. 49 inc. 5, de la ley 1903.

En cambio, la Resolución definió otro sistema que puede afectar la autonomía de los Asesores de primera y segunda instancia, ya que a partir de ahora tienen que comunicar todos los casos en los que intervienen y que involucran, sobre todo, discusiones vinculadas con el acceso a derechos en clave colectiva.

También hay que tener en cuenta otro aspecto. El dictado de esta Resolución coincide también con el desarrollo en los últimos meses, por parte de los Asesores Tutelares de primera y segunda instancia, de estrategias de defensa y protección en clave colectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes, que resultaron ser efectivas para la promoción, por ejemplo, del derecho a la salud o el derecho a la educación frente a decisiones deliberadas de las autoridades públicas de afectarlos. Ya lo veremos en el punto siguiente, pero anticipamos ahora que la Resolución AGT 75/2018, no logra disipar dudas acerca de la relación entre esta Resolución, que limita funciones como las que señalamos del Asesor de Cámara y que establece un mecanismo de comunicación de todos aquellos casos colectivos en materia de derechos sociales (que está a cargo de cada uno de los Asesores), con las críticas formuladas por funcionarios públicos de la Ciudad con relación a la actuación de los órganos de protección de derechos humanos, como la Asesoría Tutelar.

Por otra parte, y a riesgo de ser abundantes, volvemos a señalar la interpretación que hace la Asesora General sobre cuál es la finalidad de aquella habilitación de intervención conjunta o alternativa de dos o más asesores que introdujo la ley 1.903. Dijo, recordemos, que está función *“debe ser ejercida cuando, en la labor de protección y satisfacción de los derechos y garantías de las personas menores de 18 años de edad y/o afectadas en su salud mental, lo aconsejan razones vinculadas, o bien con la promoción de la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, o bien con el cuidado de la normal*



prestación del servicio de justicia así como la procuración ante los tribunales de la satisfacción del interés social”.

Es decir, para la Asesora General, a diferencia de lo que dice la norma, la actuación conjunta o alternativa no está vinculada a la mayor y mejor protección de niños, niñas y adolescentes así como de usuarios de salud mental que lo requieran por la importancia o dificultad del caso, sino que está prevista para la “defensa de la legalidad”, el “cuidado de la normal prestación del servicio de justicia”, o para la satisfacción de “un interés social” que no precisa.

Con todo, la Resolución AGT 75/2018 promueve un mecanismo que en lugar de asegurar y consolidar una defensa efectiva y eficaz de los intereses que deben proteger los Asesores, puede intervenir sobre sus funciones y autonomía al momento de definir sus estrategias de intervención.

3. La Resolución de la AGT nro. 75/2018 y sus efectos: La afectación de la garantía del acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes y personas usuarias de los servicios de salud mental.

Como ya hemos anticipado, la Resolución que aquí impugnamos, tiene efectos negativos sobre la garantía del acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes, y usuarios de los servicios de salud mental, que se manifiestan de diversos modos. Entre ellos mencionamos los que se dan por medio de la limitación de funciones de los asesores, como la ya planteada limitación al Asesor Tutelar de Cámara de llevar adelante funciones extrajudiciales. También, conviene mencionar, las vinculadas con la imposibilidad de desarrollar estrategias conjuntas de colaboración y/o intervención por parte de Asesores Tutelares, a los fines de asegurar una defensa más adecuada y eficaz. Y, por último, podemos reiterar aquella que obliga a los Asesores a “comunicar” todos aquellos casos colectivos, o que interpelan al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en



sus obligaciones en materia de derechos humanos, y en particular, derechos económicos, sociales y culturales.

A la vez, la Resolución también transmite una posición ambigua y equivocada sobre cuál es la función institucional de la Asesoría Tutelar al momento de asegurar la necesaria protección de aquellos que son sujetos de una especial protección, cuestión reconocida tanto en la Constitución Nacional (art. 75. inc. 23), como en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 39 y 40, entre otros). Por un lado, señaló que la intervención de manera conjunta o alternativa de más de un Asesor, se habilita en el contexto del ejercicio de las funciones de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como los usuarios de salud mental. Y por otro agregó que ello está previsto para asegurar la “legalidad” o la “administración de justicia” o un “interés social”. Lo que sugiere entonces, que más que una preocupación por una efectiva protección de derechos humanos de niños, niñas, y adolescentes, lo que interesa son otros objetivos, que como dijimos, le corresponden de manera directa a otros actores institucionales.

También, como anticipamos, la Resolución coincide con críticas formuladas por funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sobre la actuación de órganos de protección de derechos de la Ciudad y, en particular, de los Asesores Tutelares, lo que exige una clara desvinculación de esta Resolución, las medidas que allí se proponen, y el reclamo público de autoridades de la Ciudad de Buenos Aires, cuestión que no se advierte en las consideraciones de la Resolución.

La cuestión es, entendemos, la falta de análisis y ponderación en toda la Resolución de las obligaciones de los órganos del Estado en general, y los órganos de protección de derechos en particular, para garantizar el acceso a la justicia, en particular de niños, niñas y adolescentes así como usuarios de los servicios de salud mental.

En este sentido, conviene traer las referencias formuladas por el Comité de Derechos Humanos, órgano encargado del seguimiento e interpretación de las obligaciones a



cargo de los Estados, en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que forma parte del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. En la Observación General nº 30, señaló que:

“El párrafo 3 del artículo 2 exige que, además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto, los Estados Partes garanticen que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar esos derechos. Esos recursos deben adaptarse de manera adecuada para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas, con inclusión en particular de los niños. El Comité atribuye importancia al establecimiento por los Estados Partes de mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos con arreglo al derecho interno. El Comité advierte que el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional. Se requieren en particular mecanismos administrativos para dar efecto a la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos, dotadas de facultades adecuadas, pueden contribuir a este fin. La falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto. El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso eficaz”. (Ver, Comité de Derechos Humanos, Observación General 30, apartado 15).

Y agregó:

“El párrafo 3 del artículo 2 requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple (...)”. (Ver, Comité de Derechos Humanos, Observación General 30, apartado 16).



El Comité de Derechos del Niño, órgano encargado del seguimiento e interpretación de las obligaciones de la Convención de Derechos del Niño, en la Observación General N° 2, señaló en lo que aquí interesa, que:

“El Comité estima que todos los Estados necesitan una institución de derechos humanos independiente encargada de promover y proteger los derechos del niño. Lo que interesa principalmente al Comité es que la institución, cualquiera sea su forma, pueda vigilar, promover y proteger los derechos del niño con independencia y eficacia. Es esencial que la promoción y protección de los derechos del niño formen parte de sus actividades principales y que todas las instituciones de derechos humanos existentes en un país trabajen en estrecha colaboración para el logro de este fin”. (Ver Comité de Derechos del Niño, Observación General n° 2, 32° período de sesiones, 13 a 31 de enero de 2003, párrafo 7).

Sobre la base de estos argumentos, es que entendemos que la Resolución 75/2018 no está enfocada en la necesidad de asegurar y consolidar una mayor y eficaz protección de los derechos humanos de los sujetos que debe representar.

Es que de la Resolución no existe criterio alguno de evaluación de los efectos y resultados que ha tenido el trabajo de colaboración, cooperación o, incluso, conjunto entre Asesores Tutelares para asegurar mecanismos efectivos de acceso a la justicia. Tampoco está reflejada allí la cuestión de la función extrajudicial que cumplen los Asesores Tutelares, y en particular el Asesor Tutelar de Cámara, los datos estadísticos producidos por esa actividad y las formas que han encontrado los Asesores de alcanzar soluciones previas a etapas judiciales o que han mejorado las probabilidades de respuestas efectivas judiciales posteriores.

Además, los órganos públicos de protección de derechos, como lo es la Asesoría Tutelar, deben asegurar la idea de autonomía, entendida como una garantía orgánica tendiente a resguardar el derecho a la protección de sus representados. Esta garantía implica, concretamente, que el asesor tutelar debe poder desarrollar su actividad profesional, de acuerdo a una estrategia determinada, libremente y sin estar condicionado por ningún interés más que del caso concreto.



Por último, con relación a este punto, debemos señalar que esta Resolución puede implicar una forma de afectación de las funciones que tienen los Asesores Tutelares, en su calidad también de defensores de derechos humanos. En efecto, del análisis realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el “Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas”, relativo a distintos tipos de acciones de hostigamiento a defensores de derechos humanos, surge que:

“Aun hoy, en sociedades democráticas, las defensoras y defensores siguen siendo víctimas de (...) hostigamientos; campañas de desprestigio, iniciación de acciones judiciales (...) abusivos controles administrativos (...) La Comisión considera que cuando se pretende silenciar e inhibir la labor de las defensoras y defensores se niega a su vez a miles de personas la oportunidad de obtener justicia por violaciones a sus derechos humanos. Se encuentra así en grave riesgo la labor de protección y promoción de los derechos humanos, la verificación social del correcto funcionamiento de las instituciones públicas, el acompañamiento y apoyo judicial de víctimas de violaciones de derechos humanos, entre otras tareas (...)” (numeral 3 y 4).

Y respecto de la importancia de la labor de los defensores de derechos humanos, así como de la necesaria protección de sus garantías funcionales, ha dicho la CIDH en este Informe que:

“Las defensoras y defensores de derechos humanos (...) en algunos casos, desde las instituciones estatales, brindan aportes fundamentales para la vigencia y fortalecimiento de las sociedades democráticas. De allí, que el respeto por los derechos humanos en un Estado democrático dependa, en gran medida, de las garantías efectivas y adecuadas que gocen las defensoras y defensores para realizar libremente sus actividades” (numeral 20 in fine).

A su vez, y en relación al tipo de defensa que es necesario ejercer para llamar la atención de las autoridades estatales sobre posibles violaciones de derechos humanos, ha sostenido la CIDH que:



“La defensa de los derechos humanos involucra la posibilidad de hacer críticas y propuestas para mejorar el funcionamiento del Estado y llamar la atención sobre cualquier obstáculo o impedimento para la promoción y realización de cualquier derecho humano” (op. cit., numeral 37 in fine).

En definitiva, allí se concluye que *“La Comisión recuerda que cuando se ataca a un defensor o defensora, quedan desprotegidas todas aquellas personas para quienes el defensor o defensora trabaja” (op. cit., numeral 332).*

De lo expuesto, surge que la Resolución AGT 75/2018 tiene un impacto negativo que no ha sido ponderado, sobre la reconocida garantía del acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes, y usuarios de los sistemas de salud mental.

4. La Resolución AGT nro. 75/2018 y sus efectos: la necesidad de descartar cualquier supuesto de desviación de poder

Como dijimos, la Resolución coincide con críticas realizadas por autoridades del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con relación al ejercicio de las funciones de protección de derechos humanos por parte de órganos de defensa de la Ciudad de Buenos Aires, y en particular de Asesores Tutelares. En consecuencia, es necesario descartar cualquier existencia de un supuesto de desviación de poder.

En un caso bastante reciente que resulta útil traer como referencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tuvo oportunidad de analizar supuestos de desviación de poder. En el caso RCTV vs. Venezuela, sentencia del 22 de junio de 2015, dijo que *“(…) concluye entonces que los hechos del presente caso implicaron una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno. La anterior afirmación se deriva a partir de las dos conclusiones principales a las cuales puede arribar este Tribunal a partir de lo descrito anteriormente, a saber, que la decisión se encontraba tomada con anterioridad y que se fundaba*



en las molestias generadas por la línea editorial de RCTV, sumado al contexto sobre el “deterioro a la protección a la libertad de expresión” que fue probado en el presente caso” (Ver párrafo 197).

Esta idea de desviación de poder como parte central de la violación de derechos humanos reconocidos en la CADH se consolidó en el año 2015 en el fallo precedente, aunque ya había sido desarrollada con mayor detalle en el voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el Caso *Camba Campos y otros Vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013).

Allí, se dijo que *“Respecto al concepto de “desviación de poder”—particularmente en la doctrina española—, se parte para el análisis de dicho concepto de la definición que brinda la propia legislación: “constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”. Así, García de Enterría y Fernández, a pesar de adherirse a dicho concepto, manifiestan que no resulta exhaustivo, ya que según su posición no se requiere que el fin perseguido sea solamente particular o privado del agente administrativo. Afirman que “basta que dicho fin, aunque público sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad”. Expresan que “lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia administración. Por eso, precisamente, es por lo que la desviación de poder no se reduce a los supuestos en que el fin realmente perseguido es un fin privado del agente, sino que se extiende, como ya se ha dicho, a todos los casos en que, abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían orientar la decisión administrativa” (párr. 120).*

Por lo expuesto, y a partir de lo señalado con relación a la coincidencia entre la Resolución, la existencia de casos sobre violaciones de derechos humanos que han tenido respuestas efectivas a partir de la intervención de asesores tutelares, y los mensajes de funcionarios públicos de la Ciudad de Buenos Aires que criticaron la acción de los Asesores Tutelares, es posible advertir la existencia de una desviación de poder, que también debe ser



descartada por la Asesora Tutelar General, cuestión que no puede deducirse de la Resolución aquí impugnada.

5. A modo de conclusión y sugerencia

A modo de sugerencia, creemos necesario destacar que la Asesoría Tutelar General, más allá de su competencia para establecer “criterios generales de actuación”, tiene herramientas que pueden nutrir el contenido de esos criterios generales, como por ejemplo la consulta y discusión con los Asesores de Instancia. Esto resulta de especial importancia si lo que se intenta fijar o regular a través de criterios generales de actuación -que se relacionan de manera “exclusiva” con los asesores del fuero contencioso administrativo y tributario- tiene efectos sobre el acceso a la justicia y mecanismos de protección de aquellos niños, niñas y adolescentes así como usuarios de los servicios de salud mental, que son sujetos de una tutela preferente.

Es por todo lo expuesto, y en función del estatuto del CELS y los poderes de representación que se acompañan, que venimos a solicitarle la revisión urgente de la Resolución AGT nro. 78/2018. Para el caso que lo considere conveniente, también podemos ampliar esta nota o participar de audiencia que dentro del marco de sus facultades convoque en el marco del probable trámite de revisión de la Resolución.

Sin otro particular, saludamos a Usted atentamente,