

*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público
Asesoría General Tutelar*

RESOLUCION AGT 153 /2009

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 13 de Agosto de 2009.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Ley Orgánica del Ministerio Público, N° 1.903, atribuyen a la Asesora General Tutelar la implementación de las medidas tendientes al mejor desarrollo de las funciones concernientes al Ministerio Público Tutelar.

Que a tal fin, el inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1.903 incluye entre las atribuciones de la Asesora General las de "[f]ijar normas generales para la distribución del trabajo del Ministerio Público Tutelar, y supervisar su cumplimiento".

Que es obligación de la Asesoría General Tutelar adoptar los medios pertinentes a los efectos de garantizar una efectiva prestación del servicio de justicia, que permita asegurar la defensa de los derechos de las personas menores de edad, así como de las personas con afecciones en su salud mental.

Que desde la entrada en vigencia de la ley N° 26.357, que aprueba el Segundo Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la investigación de los delitos de usurpación tipificados en el art. 181 del CP es de la competencia del fuero penal, contravencional y de faltas de la justicia local.

Que en el marco de dichas investigaciones penales se ha advertido una situación de afectación de derechos de personas menores de edad que habitan los inmuebles cuya usurpación se denuncia, en especial por el empleo del art. 335 in fine del CPP, en cuanto dispone: "[e]n los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la fiscal o el/la jueza, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario".

Que dicha situación se ve agravada por la ausencia de anoticiamiento oportuno por parte de los órganos judiciales (jurisdiccionales y

del Ministerio Público Fiscal) al Asesor Tutelar para que éste pueda producir el dictamen respectivo.

Que ello implica, a su vez, soslayar la clara obligación impuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto establece en el art. 12 el derecho del niño a expresar su opinión y, en consecuencia, el deber del Estado de brindarle la oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente, por medio de un representante o a través de un órgano apropiado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

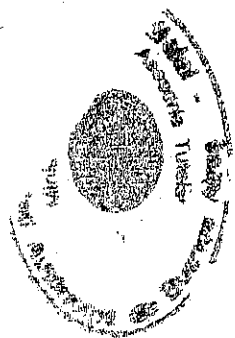
Que, por su parte, la ley nacional 26.061 prescribe, en lo pertinente, que: (a) la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en toda decisión judicial que se adopte respecto de las personas menores de 18 años de edad (art. 2); (b) los derechos y las garantías de los niños, niñas y adolescentes "son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles" (art. 2, in fine); (c) el Estado debe garantizar a niños, niñas y adolescentes, en cualquier procedimiento judicial que los afecte, el derecho: a ser oídos (arts. 3.b, 24 y 27.a), a que sus opiniones sean tomadas primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión (art. 27.b), a ser asistidos por un letrado especializado en niñez y adolescencia (art. 27.c), a "participar activamente en todo el procedimiento" (art. 27.d), y a "recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte" (art. 27. e).

Que la ley local 114 establece, en lo pertinente, que: (a) en la aplicación e interpretación de todas las normas locales y en todas las medidas judiciales, "es de consideración primordial el interés de niños, niñas adolescentes" (art. 3); (b) el interés superior de niños, niñas y adolescentes, es el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en el futuro pudiera reconocérseles" (art. 2); (c) los niños, niñas y adolescentes, "tienen derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos" (art. 17).

Que asimismo, la ley local 1.903 incluye entre las funciones de los asesores tutelares el aseguramiento de "la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen" (art. 49, inc. 1º).

Que, entonces, emerge en forma prístina de la normativa de orden local, nacional y constitucional la obligación estatal de oír y ponderar adecuadamente la opinión y el interés del niño en casos en los que resulta posible la adopción de medidas aflictivas de los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad (v. gr. art. 335, in fine, CPP).





Que una acabada satisfacción de lo prescripto por estas normas no puede sino reconocer, en el análisis de los medios y las formas habilitados desde el punto de vista procesal para amparar los derechos de los niños, que el órgano que la ley dispone como idóneo para procurar el resguardo de tales derechos y un acabado respeto del interés superior del niño es el asesor tutelar.

Que huelga señalar que la emisión del dictamen aludido en el art. 49, inc. 1º, de la ley 1.903 debe ser recabada oportunamente, esto es, con anterioridad a la toma de medidas que impliquen afectación de los derechos de este colectivo de personas.

Que la labor legal del asesor tutelar —órgano público que tiene como cometido, entre otros, lograr la observancia plena de los derechos de los niños y de las personas afectadas en su salud mental cuando éstos se hallen expuestos a un riesgo— comprende la posibilidad de hacer peticiones tendientes a impedir que se lleven a cabo medidas coercitivas. Ello es así aún cuando los niños tengan, al propio tiempo, y por expreso mandato constitucional, el derecho de expedirse personalmente o a través de sus representantes legales en un procedimiento judicial que los afecte.

Que la intervención judicial del asesor tutelar debe ser entendida como complementaria del efectivo ejercicio del niño de su derecho a ser oído. En otros términos, ella no podrá ser tenida en cuenta como el reemplazo, dentro del proceso, de la opinión del niño.

Que el ejercicio del derecho de audiencia del niño reconocido a nivel constitucional e infraconstitucional, se inscribe en el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes —paradigma vigente desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño— y, por ello, se estructura sobre la idea del reconocimiento de aquél como sujeto de derecho. En este entendimiento, el derecho de audiencia implica la posibilidad de que el niño, en persona, intervenga en el proceso judicial, asistido por un letrado especializado, y realice postulaciones y alegaciones tendientes a evitar una decisión que lo afecte.

Que sin perjuicio de la facultad del niño de proceder personalmente en el ejercicio de su derecho a ser oído —cuando pudiese hacerlo—, nada impide que este derecho pueda concretarse a través de la actuación de los representantes legales de las personas menores de dieciocho años de edad, siempre y cuando se considere que la voluntad manifestada en ese procedimiento es efectivamente la del representado, y no la de quienes ejercen su representación legal.

Que a su vez, el derecho que tiene todo niño a que su opinión sea tenida en cuenta, configura, en un proceso que decide actos que comprometen su persona, uno de los indispensables componentes en la concreción del principio del debido proceso legal. En virtud de ello, una adecuada satisfacción

del principio del debido proceso debe tender a una recepción amplia de aquel derecho, esto es, comprensiva de una faz material y de una técnica.

Que corresponde puntualizar que las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, a las que recientemente adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada 5/2009 de fecha 24/2/09, ya en la exposición de motivos señalan que: “[e]l sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”.

Que tanto la edad como el padecimiento mental han sido relevados por dichas Reglas como causas de vulnerabilidad (Regla 1.4, 2.5 y 3.7).

Que entre los destinatarios, las Reglas prevén a la totalidad de actores del sistema de justicia, entre los que, indudablemente, se encuentran “[l]os Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país” (Regla 24).

Que dichas Reglas establecen que: “[s]e revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin” (Regla 33); y: “[s]e propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas” (Regla 34).

Que el desalojo compulsivo de niños, niñas y adolescentes o personas afectadas en su salud mental que habitan un inmueble representa una decisión que, indiscutiblemente los afecta.

Que ha expresado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que “el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales” y que “está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta [...] principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos” (Observación General Nº 4).



Que también ha señalado que: “[l]a obligación fundamental que deriva del Pacto es que los Estados Partes den efectividad a los derechos reconocidos en él. Al exigir que los gobiernos lo hagan “por todos los medios apropiados, el Pacto adopta un planeamiento amplio y flexible que permite tener en cuenta las particularidades del sistema legal y administrativo de cada Estado [...] Pero esta flexibilidad coexiste con la obligación de cada Estado Parte de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto [...] el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales [...] los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos” (Observación General Nº 9).

Que el mencionado Comité ha definido a los desalojos forzosos como “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole no permitirles su acceso a ellos” (Observación General Nº 7). Sobre el particular, sostuvo que: “[a]unque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; [...] e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales” (Observación General Nº 7).

Que, por lo expuesto, corresponde fijar el criterio que deberá regir la actuación de los Asesores Tutelares ante el fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas, en favor de personas menores de dieciocho años de edad o con padecimientos en su salud mental que se encuentren afectadas en el marco de investigaciones penales en las que se investigue la posible comisión del delito de usurpación.



Que en ese cometido, los asesores tutelares de primera instancia deberán dictaminar en todas las causas en las que se investigue la posible comisión de delitos de usurpación cuando se encuentren afectados los derechos de niños, niñas o adolescentes o de personas afectadas en su salud mental.

Que ante una situación como la descripta anteriormente, se deberá requerir al órgano jurisdiccional la acabada observancia del derecho que tienen las personas menores de dieciocho años de edad de ser oídos en forma previa a una decisión judicial que compromete sus derechos. En este sentido, se deberá propiciar una amplia recepción de ese derecho, esto es, aquélla que comprenda una faz material y una técnica.

Que en relación a las personas con padecimientos en su salud mental, el dictamen previo del asesor tutelar ante una situación de afectación de derechos en el marco de este tipo de procedimientos, constituye la forma adecuada de procurar amparo jurisdiccional.

Que en caso de haberse llevado a cabo medidas restrictivas de derechos en perjuicio de niñas, niños o adolescentes y/o personas afectadas en su salud mental, sin observarse las normas constitucionales, nacionales y locales que imponen el dictamen oportuno de los asesores tutelares, se deberá plantear la nulidad de tales actos procesales.

Que en caso de que se pretenda la aplicación del art. 335 *in fine* del CPP, se deberán plantear las objeciones que, desde el punto de vista constitucional, merece dicha norma, dada su inadmisibilidad en un estado constitucional, social y democrático de derecho; así como también oponer, en subsidio, el resto de las consideraciones que se estimen pertinentes (v. gr. endeble respaldo probatorio, etc.), sin que ello implique expedirse sobre la imputación que en concreto pese sobre los padres o representantes legales de los niños, niñas o adolescentes o personas afectadas en su salud mental involucrados.

Que en caso de advertirse el posible menoscabo de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas menores de dieciocho años de edad y/o afectadas en su salud mental que habitan el inmueble, deberá darse inmediata intervención al efector competente de las políticas públicas.

Por último, en caso de presentarse una situación de colisión de intereses, deberá darse intervención a otro Asesor Tutelar.

Que por lo expuesto, en ejercicio de las facultades atribuidas a esta Ministerio Público por los arts. 124 y 125 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Ley Nº 1.903 "Orgánica del Ministerio Público",

LA ASESORA GENERAL TUTELAR

RESUELVE:

Artículo 1. Establecer como criterio general de actuación para los Asesores Tutelares ante el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas que:

a. Deberán intervenir en todas las actuaciones penales en las que se investigue la posible comisión del delito de usurpación y se encuentren afectados los derechos de niños, niñas o adolescentes y/o personas afectadas en su salud mental que habiten los inmuebles cuya usurpación se ha denunciado produciendo el correspondiente dictamen (art. 49, inc. 1º, Ley 1.903).

b. Ante una situación como la descripta anteriormente, se deberá requerir al órgano jurisdiccional la acabada observancia del derecho que tienen las personas menores de dieciocho años de edad de ser oídos en forma previa a una decisión judicial que compromete sus derechos. En este sentido, se deberá propiciar una amplia recepción de ese derecho, esto es, aquella que comprenda una faz material y una técnica.

c. En caso de haberse llevado a cabo medidas restrictivas de derechos de niñas, niños, adolescentes y/o personas afectadas en su salud mental, sin observarse las normas constitucionales, nacionales y locales que imponen el dictamen oportuno de los asesores tutelares, se deberá plantear la nulidad de tales actos procesales.

d. En caso de que se pretenda la aplicación del art. 335, *in fine*, del CPP, se deberán plantear las objeciones que desde el punto de vista constitucional merece dicha norma, así como también se deberá oponer, en subsidio, el resto de las consideraciones que se estimen pertinentes.

e. En caso de advertirse el posible menoscabo de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas menores de dieciocho años de edad o afectadas en su salud mental, que habitan el inmueble cuyo desalojo se pretenda, deberá darse inmediata intervención al efector competente de la política pública.

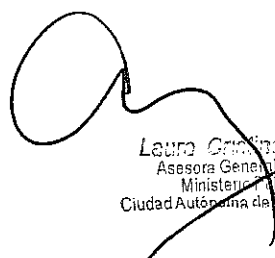
f. En caso de presentarse una situación de colisión de intereses, deberá darse inmediata intervención a otro Asesor Tutelar.

Artículo 2. Regístrese, publíquese en la página de Internet del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, comuníquese al Presidente del Plenario del Consejo de la Magistratura, Dr. Mauricio Devoto; a la Sra. Presidente del Tribunal Superior de Justicia, a la Sra. Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dra. Marcela De Langhe; a la Sra. Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario, Dra. Inés Mónica Weinberg de Roca; al Sr. Defensor General, Dr. Mario Kestelboim; al Sr. Fiscal General, Dr. Germán Garavano; a la Sra. Asesora Tutelar Adjunta de Incapaces, Dra. Magdalena Giavarino; a la Sra. Asesora General Adjunta de Incapaces, Dra. Ángeles B. de Burundarena; a los Sres. Asesores Tutelares, a los Señores Asesores Tutelares ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, al Sr.

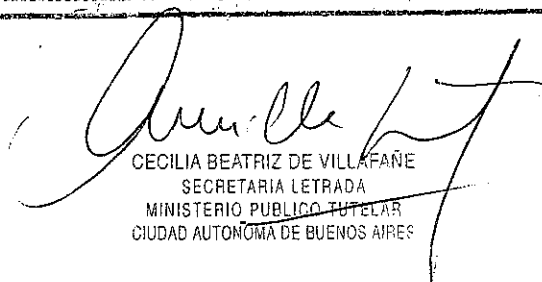


Asesor Tutelar ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas; a la Sra. Presidente del Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Lic. Jessica Malegarie, al Sr. Presidente de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, al Sr. Presidente de la Comisión de Vivienda de la Legislatura de la Ciudad y al Sr. Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, Garantías y Antidiscriminación.

Artículo 3. Cumplido que sea, archívese.


Laura Graciela Morda
Asesora General Tutelar
Ministerio Público
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

ASESORÍA GENERAL			
REG. N° 153/09	T° X	F° 248-81	FECHA 13/08/09


CECILIA BEATRIZ DE VILLAFÑE
SECRETARIA LETRADA
MINISTERIO PUBLICO TUTELAR
CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES