

Expte. n° 6895/09 "Ministerio Público
—Asesoría General Tutelar de la
Ciudad Autónoma de Buenos
Aires— s/ queja por recurso de
inconstitucionalidad denegado en:
'N.N. (Yerbal 2635) s/ Inf. Art. 181,
Inc. 3, CP —inconstitucionalidad—"

Buenos Aires,

12

de julio de 2010

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta

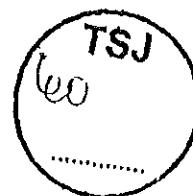
1. La Sra. Asesora General Tutelar de la Ciudad interpuso un recurso de queja (fs. 42/48) contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 38/40) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad deducido, a su turno, contra la resolución mediante la cual la mayoría del tribunal *a quo* (fs. 11/19) rechazó la apelación intentada contra el interlocutorio de primera instancia en cuanto tuvo por no legitimado al Ministerio Público Tutelar y, por dicho motivo, no hizo lugar a un planteo de nulidad —encaminado a que se dejara sin efecto la orden de lanzamiento de los ocupantes del inmueble sito en Yerbal 2635— (fs. 1/4).

2. El Sr. Fiscal General Adjunto, en su dictamen (fs. 65/66), consideró que correspondía rechazar la queja interpuesta por la Sra. Asesora General Tutelar, por carecer de legitimación procesal para actuar en este proceso.

Fundamentos

La jueza Ana María Conde dijo:

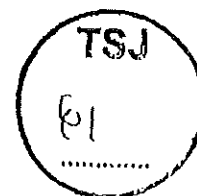
La presentación directa, aunque fue interpuesta en tiempo y forma, no puede prosperar. Tal como lo sostiene —de manera contundente— el Fiscal General Adjunto, el objeto de este proceso no se relaciona con el derecho a la vivienda que tienen las personas menores de dieciocho años de edad que en apariencia habitan en el inmueble de marras, ni se discute el compromiso asumido por el Estado local de procurar o garantizar tal derecho a todas las personas en general, sean mayores o menores de edad, en la medida en la



cual se encuentren en situación extrema (art. 31, CCABA). Por el contrario, el objeto de este proceso penal se vincula con la usurpación de un inmueble que *prima facie* habría sufrido un particular, que acudió a la justicia para que su derecho real sobre aquel inmueble, debidamente constituido y acreditado, sea reestablecido (art. 181, CP). El legislador de esta Ciudad, siguiendo a su par nacional (arts. 335, CPP, y 238 bis, CPPN, respectivamente), ha previsto que, a pedido del damnificado, se podrá ordenar la restitución provisional del bien usurpado cuando el derecho invocado sobre aquél resulte verosímil. Es este procedimiento de restitución provisional, previo a la sentencia definitiva y a la evaluación de si corresponde o no arribar a ésta, el que ha pretendido obstaculizar el representante del Ministerio Público Tutelar, fundamentando su actuación en el hecho de que se encuentran comprometidos los derechos de varios menores de edad; menores que en el caso no aparecen imputados por el delito denunciado y que, según nadie discute, residen en ese lugar por decisión de los adultos a cuyo cargo se encuentran.

En mi concepto, si hay algún derecho en juego frente a una denuncia de usurpación ése es el derecho de la víctima a que se le restituya lo que es suyo y en general no entran en juego —no al menos de manera directa— los derechos o intereses de los sujetos que se apropian, o se aprovechan, de lo que no les pertenece. El hecho de que el Estado reconozca el derecho a la vivienda no significa que pueda permitirse la continuidad de una apropiación irregular o injustificada, ni que se pueda dejar de intervenir en perjuicio de un particular que nada tiene que ver con el derecho constitucional reconocido a toda persona, porque dicho reconocimiento no le confiere a estos ocupantes ningún derecho sobre un inmueble ajeno, ni coloca a su legítimo propietario en la obligación de tener que tolerar la intromisión o despojo. La satisfacción de la pretensión del damnificado naturalmente tendrá impacto social sobre el conjunto de personas, mayores o menores de edad, que ocupan de manera ilegítima el inmueble usurpado —impacto que será mucho mayor para quien sea enjuiciado o eventualmente condenado por el delito en cuestión—, pero ello no implica que cualquier defensa pueda ser opuesta o ventilada durante el trámite del proceso penal sustanciado ante el fuero con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas, pues en éste sólo puede tener cabida la defensa material para refutar la imputación concreta o, por caso, la discusión sobre la procedencia o improcedencia de la medida de restitución —cuando se encuentre controvertida la verosimilitud del derecho real sobre el bien—.

Conviene tener muy presente que en la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —aun en el supuesto de que los menores de edad resulten imputados por el delito que se investiga— la defensa técnica se encuentra a cargo del Ministerio Público de la Defensa o de los defensores de confianza que las personas sometidas a proceso designan (arts. 29, CPP ó 37, RPPJ). De ello se sigue que eventualmente, una exposición indiscriminada o aislada de planteos y cuestionamientos como los que busca hacer valer el Ministerio Público Tutelar en autos —con la finalidad de que los menores de edad sean oídos—, podría entrar en colisión con la estrategia defensiva elegida por los



representantes legales y necesarios de aquellos menores (arts. 264 y ss. del Código Civil), cuya actuación no debe ser suplida ni desatendida, sin causa que así lo justifique.

En concreto, tal como lo han expresado los magistrados intervinientes —o la mayoría de ellos—, la intervención de la Asesoría Tutelar en el marco de una causa judicial se encuentra regida por las leyes y, precisamente, son las leyes que se refieren a su actuación las que le niegan su participación en este proceso con el alcance que pretende. Del conjunto de normas en juego se desprende, con nitidez, que el Ministerio Público Tutelar **deberá** intervenir cuando *“la persona que estuviere incurso en una conducta calificada como delito sea menor de dieciocho (18) años”* (art. 155, CPP) o *“en los procesos penales por delitos en los cuales resulta imputado/a, víctima o testigo una persona menor de dieciocho (18) años”* (art. 40, RPPJ). En la presente causa no existe elemento alguno que permita establecer que los menores de edad, cuyos derechos dice representar la Asesoría Tutelar, revistan el carácter que exige la ley para habilitar su intervención (imputado, víctima o testigo), ni hay razones que permitan suponer que aquéllos se encuentran desamparados o vayan a estar en una situación de riesgo, a causa de lo que pueda decidirse —provisional o definitivamente— en este proceso penal.

Como lo he dicho en varias oportunidades, la incorporación de sujetos al proceso está regulada por las normas procesales y no puede participar de su trámite cualquier persona u órgano público que lo considere conveniente, sino sólo aquellos que tienen legitimación suficiente para hacerlo, pues debe existir cierta coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita para conocer y contradecir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso. Los magistrados, para mantener el buen orden del trámite y en ejercicio de facultades instructorias, pueden apartar de las causas a quien efectúa peticiones sin estar legitimado (mi voto, entre otros, *“Ministerio Público —Asesoría Tutelar ante la CCAyT— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos: ‘Comisión Municipal de la Vivienda c/ T. R. s/ desalojo’*”, expte. n° 1472, sentencia del 16 de octubre de 2002).

En síntesis, no es posible la intervención del Ministerio Público Tutelar con el alcance pretendido, porque los menores de edad que aparentemente habitarían en el inmueble, además de estar allí bajo la tutela de sus padres o representantes legales, no revisten el carácter exigido por la ley. Admitir sus presentaciones y peticiones en los términos del art. 49.1, LOMP supone hacerlo, también, en todo expediente penal, contravencional o de faltas, en el cual la persona imputada tenga hijos, pues es indudable que cualquier decisión que se tome a su respecto comprometerá al menos indirectamente *“los derechos de las personas menores de edad”* que se encuentran a su cargo. Asimismo, su intervención en los términos del art. 49.2, LOMP se encuentra supeditada a la ausencia o defecto de la adecuada representación o tutela por parte de sus padres, ausencia o defecto que no ha sido denunciado o demostrado en el caso concreto, ni es posible



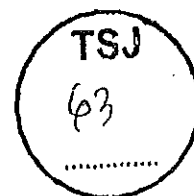
conjeturar en abstracto. En tal sentido, ya he dicho que si el Ministerio Público Tutelar *"presupone falencias, necesidades o requerimientos, no evidenciados en el caso concreto por los sujetos que es su misión tutelar, pasa a ejercer algo distinto de la representación que le atribuye esta norma sustantiva, como es una suerte de paternalismo estatal sobre la vida de los menores (...) paternalismo [que] no puede ser cobijado por el principio de la tutela del interés superior del niño [art. 3, CDN], ni es el tipo de protección diseñado por las normas que integran nuestro bloque de constitucionalidad"* (mi voto en: *"Comisión Municipal de la Vivienda c/ G., M. E. s/ desalojo s/ recurso de Inconstitucionalidad concedido"*, expte. n° 1426, sentencia del 10 de julio de 2002).

Lo expuesto en los párrafos que anteceden no importa afirmar que los integrantes del Ministerio Público Tutelar no puedan hacer todo lo que esté a su alcance para que los menores de dieciocho años involucrados no queden desamparados —o en la calle—, si es que ello puede llegar a ocurrir —en el supuesto de que su núcleo conviviente no alcance a solucionar, a tiempo, su situación habitacional—, ni los inhibe de su deber de promover las medidas pertinentes para la protección de sus derechos ante la Administración, o por las vías judiciales correspondientes. Objetivamente estoy convencida de que los procesos penales que tramitan por ante los distinguidos magistrados con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas —a raíz de supuestas usurpaciones de inmuebles de dominio privado— no es la vía ajustada para hacerlo. Para resolver como lo hago tengo a la vista la Resolución n° 121/08 del Ministerio Público Fiscal (BOCBA n° 2956 del 23/06/2008), en cuanto se establece un protocolo de actuación conjunta entre los Fiscales de la Ciudad y los órganos de Gobierno que intervienen en el procedimiento de restitución provisional (art. 335, CPP) poniendo especial énfasis *"en la protección de los niños y adolescentes y población de riesgo, que se encuentre en el lugar, en cualquier circunstancia"*.

Por las razones expuestas y en las condiciones descriptas más arriba —existencia de menores de dieciocho años que no han sido **imputados** por el delito previsto en el art. 181, CP y que habitan en el inmueble en cuestión, por decisión de sus representantes necesarios—, entiendo que el integrante del Ministerio Público Tutelar no se encontraba legitimado para formular los planteos de nulidad desechados por las Instancias de mérito. **Así lo voto.**

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

En asuntos como el presente es previsible que haya intereses o derechos de las personas menores de edad, algunos de los cuales podrán ser materia del ejercicio de la Asesoría Tutelar, circunstancia que hace aconsejable el diseño de mecanismos que posibiliten que esa Asesoría tome conocimiento de la situación de hecho en una oportunidad adecuada para tornar posible el ejercicio de sus competencias. Que, sin embargo, ello no



implica constituir en parte necesaria a la Asesoría en cada causa en la que sea parte una persona que tenga a una persona menor de edad a su cargo. En el caso, naturalmente, la Asesora Tutelar ha tomado conocimiento de la situación de hecho descripta en su presentación. Por su parte, cierto es que probablemente lo que se disponga en las actuaciones en las que busca participar puede tener un impacto, quizás hasta muy significativo, en la vida de la persona menor. Sin embargo, no enuncia en su presentación cuál sería el derecho de la persona menor conculcado, tampoco cuál sería la circunstancia que justifica el ejercicio de la representación promiscua con quien ejerce la patria potestad o se encuentra a cargo de la persona menor de edad. No basta a estos fines una genérica invocación de un derecho, como el de la vivienda o alegar al interés superior del niño. La Asesora no indica siquiera que la persona menor detente un derecho a la vivienda sobre la que se habría dispuesto el desalojo o que el grupo familiar vaya a quedar en situación de calle, situación en la que, por lo demás, puede recurrir a algunos de los mecanismos asistenciales que brinda la Ciudad, de lo que, de alguna manera, se ocupa el Fiscal (cfr. Resolución 121/FG/2008).

Así las cosas, resulta de lo actuado que la recurrente ha recibido conocimiento de la situación que podría suscitar la vulneración de un derecho, o la afectación de un interés legalmente tutelado, de una persona menor involucrada en ella, y que corresponda a la clase cuya representación le encomienda el orden jurídico, pero, no ha traído a los jueces de mérito un reclamo de esa especie sino que ha invocado normas de rango constitucional sin indicar cuál sería su relación directa con la situación de autos. Con relación a esto último, sus planteos sólo muestran que se encuentra disconforme con la interpretación que la sentencia impugnada dio a las normas que regulan su actuación dentro del procedimiento (art. 40, ley n° 2451 y 49, ley n° 1903), pero no que ella exceda el marco interpretativo propio de los jueces o que ponga a dichas leyes en pugna con un precepto superior a ellas.

Por las razones expuestas, y los argumentos concordantes del voto de la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, propicio rechazar la queja impetrada por la Asesoría General Tutelar.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. Tal como lo exponen los doctores Ana María Conde y Luis Francisco Lozano, la queja interpuesta por la señora Asesora General Tutelar debe ser rechazada, pues no ha logrado demostrar la configuración, en el caso, de una cuestión constitucional en torno a las normas que invoca.

En este caso, la Asesoría Tutelar ha tomado efectivo conocimiento de una situación que señala como de las que requieren de su intervención, a raíz de la cual inició la vía recursiva que la trajo en queja ante este Tribunal,



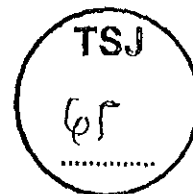
pero no ha logrado acreditar que la participación que se le diera en el proceso resultara insuficiente para permitir el ejercicio de sus facultades constitucionales (art. 125, incs. 1º y 2º, CCABA) o la protección de derechos de raigambre constitucional de las personas menores de dieciocho años de edad involucradas en el caso (art. 12, CIDN; 18 y 75, inc. 22, CN y arts. 10, 11, 31 y 39, CCABA).

2. Según lo establece el inciso primero del art. 49 de la ley nº 1903, los Asesores Tutelares deben intervenir en las cuestiones judiciales en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad, emitiendo el correspondiente dictamen. Esto es, el legislador —en consonancia con las regulaciones constitucionales relativas a los derechos de los sujetos menores de 18 años de edad— ha considerado necesario que la opinión (*dictamen*) del Asesor Tutelar sea escuchada tempestivamente ante cualquier procedimiento judicial que pueda poner en juego derechos de personas menores de edad.

De aquella previsión legal no se deriva, sin embargo, que el Asesor Tutelar pueda, para proteger el interés de las personas menores de edad que pudieran verse afectadas por la concreción de una medida cautelar dispuesta durante la tramitación de un proceso penal seguido a los adultos a cuyo cargo ellos se encuentren, convertirse en una segunda *defensa técnica* con estrategia procesal propia. La ley requiere que el Asesor Tutelar sea oído en los procedimientos judiciales, en torno a los derechos de niños, niñas y adolescentes que puedan encontrarse comprometidos sin estar ellos imputados, pero no en lo que hace a la refutación material de la imputación efectuada a los adultos en el caso o a la validez de los actos procesales que los tengan por destinatarios, aún cuando como consecuencia indirecta de aquellos actos puedan ponerse en juego derechos o intereses de personas menores de edad.

3. Nada indica, por otra parte, que esta vía oblicua que se postula en el recurso resulte idónea para atender al *derecho a una vivienda digna* o al *interés superior del niño*, invocados de manera genérica en el caso, y la recurrente no ha hecho esfuerzos en este sentido.

En suma, no se pretende negar aquí la incidencia que una medida cautelar como la dispuesta por los jueces de mérito pueda tener sobre los niños que sean, en definitiva, desalojados de la vivienda en cuestión. Pero lo decidido en este proceso en nada impide a la señora Asesora General Tutelar el cumplimiento de las funciones que la Constitución y las leyes le imponen para asegurar su justa pretensión de evitar el desamparo de los niños cuyos derechos pudieran resultar afectados en el caso, que no se agotaría en la permanencia en la situación habitacional precaria en que podrían encontrarse en el inmueble objeto de la medida cuestionada en autos.



Por los argumentos que anteceden y los concordantemente expuestos en los votos de la doctora Ana María Conde y el doctor Luis Francisco Lozano, la queja no puede prosperar.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la Asesora General Tutelar, Sra. Laura Musa (art. 33, ley nº 402), cumple con los requisitos formales prescriptos por la ley y contiene una crítica acertada de la resolución que le denegara el recurso de inconstitucionalidad, por lo que debe ser admitido.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la Asesora ha logrado plantear con éxito un caso constitucional. En su escrito se agravia por entender que la Cámara de Apelaciones no observó la profusa normativa local, nacional e internacional que refiere a la necesaria participación procesal del órgano estatal específicamente designado para intervenir cuando los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad se hallen en una situación de posible menoscabo (art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 75, inc. 22, CN; los arts. 10 y 39 CCBA; la ley nacional nº 26.061, la ley local nº 114; y la ley local nº 1903).

3. La cuestión a decidir es si el Ministerio Público Tutelar posee legitimación para intervenir en procesos penales cuando las decisiones dictadas en el marco de dichos procesos, pudieran afectar el goce de derechos constitucionales de niños y niñas, aun cuando no revistan el carácter de imputados o procesados en la causa. Más precisamente, en estas actuaciones como en muchas otras que de manera simultánea debe resolver el Tribunal, se investiga la posible comisión del delito de usurpación y se ha ordenado la restitución de inmuebles habitados por niños (conf. art. 335 CPPCABA), sin que hubiera intervención de la Asesoría Tutelar. En algunos de esos casos ocurre además, que entre los presuntos usurpados también hay niños.

4. El eje de esa errónea interpretación se funda en la asimilación de la situación de autos al supuesto regulado por el art. 40 de la ley local nº 2451 que establece el Régimen Procesal Penal Juvenil. De manera secundaria se acumulan argumentos de muy distinto tipo todos orientados a justificar el apartamiento del Asesor Tutelar. Por ejemplo que: 1) en supuestos como el del expediente en análisis, la afectación que pudiera invocarse respecto de los niños y niñas, no sería más que una consecuencia disvaliosa e indirecta del proceso; 2) una interpretación en sentido contrario implicaría lo que es calificado como un "absurdo jurídico", esto es, que el Ministerio Público



Tutelar debería estar legitimado como parte prácticamente en todos los procesos por supuesta infracción del art. 181 CP, ya que en general suele haber niños y niñas en el grupo que ocupa ilegalmente un inmueble; 3) en los casos en que se llevó a cabo el desalojo, el mismo se produjo conforme lo establecido en la Resolución n° 121/08 de la Fiscalía General.

Como adelanté, la decisión recurrida produce una lesión de derechos de raigambre constitucional, que es consecuencia de una incorrecta y sesgada interpretación del plexo normativo involucrado, que invierte el rango de jerarquía de las disposiciones que rigen en la materia.

5. El marco general en el que deben ser analizadas las cuestiones judiciales que involucran a niños y niñas es el que determina la Convención sobre los Derechos del Niño, que es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas menores de 18 años de edad. Tales lineamientos son los que inspiraron la sanción de la ley nacional n° 26.061, del art. 39 de la CCBA y de la ley local n° 114.

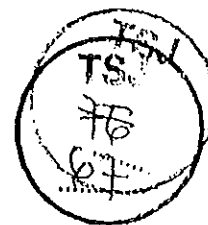
En el mismo sentido la ley local n° 1.903, establece que las Asesorías Tutelares de primera y segunda instancia, deberán tener intervención "en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, *en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/as incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen*" (art. 49, inc. 1, el destacado es mío).

Ese es el régimen de derechos y garantías del que gozan todos/as los/as niños/as que habitan esta Ciudad.

6. La ley n° 2.451, en coincidencia con la Convención de los Derechos del Niño en la materia, define un régimen adicional de garantías para los niños y niñas que sean imputados/as, víctimas o testigos en un proceso penal (art. 40).

Se trata de una norma que suma a los derechos y garantías que surgen del marco general, un plexo de garantías especiales. Por tanto, de ninguna manera podría entenderse como excluyente o restrictiva respecto del régimen general descrito en el apartado anterior.

Afirmar que el art. 40 de la ley n° 2.451 desplaza lo prescripto en el art. 49, inc. 1 de la Ley 1.903 ya citada, configura una violación del principio *pro homine* que debe regir cualquier interpretación en el campo de los DDHH. Este aspecto es relevante y adquiere especial significación en aquellos supuestos en los que los procesos penales por usurpación aparecen como los mecanismos legales utilizados para criminalizar profundos conflictos sociales en los que están en juego los derechos humanos protegidos por el PIDESC, en especial el acceso a una vivienda digna (al respecto véanse mis votos en el expediente n° 6754, "Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 12 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y en el expediente n° 6153, "Ministerio



Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad").

7. Es oportuno volver a señalar la insuficiencia y la gravedad de las razones expresadas por los jueces de mérito para desconocer la legitimación de la Asesoría Tutelar.

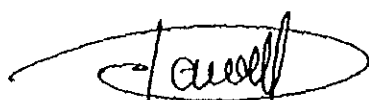
En efecto, en autos se ignora la primacía de las reglas y principios impuestos por la CN, la CCBA y los tratados internacionales; se hace una lectura restrictiva y equivocada de las leyes nacionales y locales para limitar inválidamente el sentido de su disposiciones, hasta el extremo de dar preeminencia a una Resolución emanada del Ministerio Público Fiscal; y se utiliza la expresión de "absurdo jurídico" para calificar la intervención del Asesor Tutelar en todos y cada uno de los casos en que estén involucrados derechos humanos y niños o adolescentes. Y por fin, se resta entidad a las efectivas o potenciales afectaciones a esos derechos (humanos) y a esos sujetos (niños y adolescentes) calificándolas como "consecuencias disvaliosas".

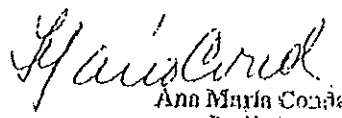
8. Voto en consecuencia por hacer lugar a la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia que lo motivara y reenviar a la Cámara a sus efectos.

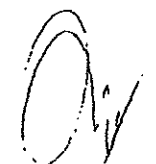
Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

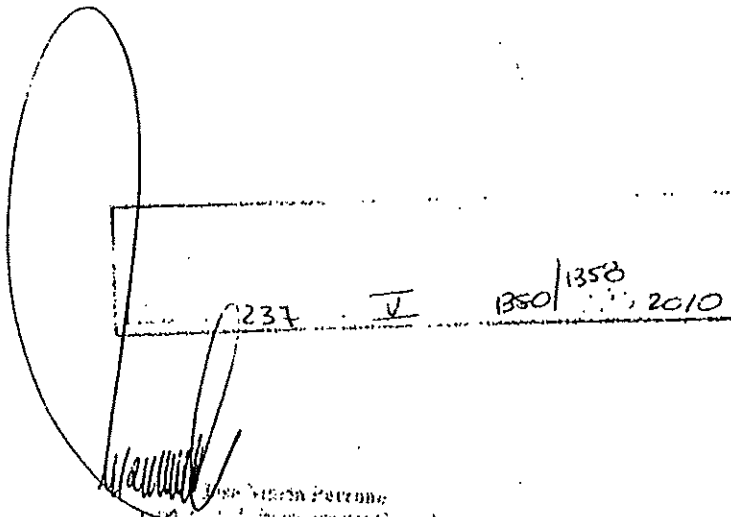
1. Rechazar el recurso de queja interpuesto.
2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.


Luis F. Lozano
Vicepresidente


Ana María Coria
Presidenta


José O. Casas
Juez


Alicia E. C. Ruiz
Jueza



Jose Maria Perdomo
Jefe de Asesorias Generales
del Estado
Comodoro en jefe de Buenos Aires