

S., N. E. y otros s/ Inf. art. 181 inc. 1° Código Penal

S 457, L. XLVII

Procuración General de la Nación

16/10/2012

Derecho Constitucional

Derecho a una vivienda digna. Desalojo. Plazo suficiente y razonable de notificación. Asistencia jurídica adecuada. Derecho del niño a ser oído. Intervención del Asesor Tutelar previa a la medida.

Una medida como el desalojo puede afectar severamente intereses fundamentales de las personas involucradas, como lo es el interés en no verse privado de una vivienda digna. Una afectación de tal importancia exige que la medida sea adoptada a través de un procedimiento judicial eficaz para resguardar los derechos e intereses en juego, conclusión que se sigue llanamente del derecho al debido proceso que asegura el artículo 18 de la Constitución Nacional.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido una conclusión semejante al interpretar el artículo 11 del Pacto en relación al derecho a una vivienda adecuada. En su Observación General n° 4 sostuvo que, entre los aspectos identificables de ese derecho, está incluida cierta seguridad en la tenencia que garantice protección contra el desahucio, aun cuando la tenencia cobre la forma de un asentamiento informal u ocupación de tierra o propiedad. La disponibilidad de acciones legales eficaces para evitar, en su caso, desalojos planeados o demoliciones mediante la emisión de órdenes de tribunales compone el derecho a la vivienda internacionalmente garantizado.

En la Observación General n° 7, el comité se refirió, en parte, a los desalojos justificados. Enunció un conjunto de garantías procesales que comprenden una auténtica oportunidad de consultar a las personas involucradas, un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las partes afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo y recursos y asistencia jurídica adecuados. La protección jurídica de la tenencia como

aspecto integrante del derecho a la vivienda fue vinculada por el comité con el tercer párrafo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exige a los Estados garantizar "un recurso efectivo" a todas las personas cuyos derechos hayan sido violados.

Por lo demás, cabe destacar que la exigencia de un mecanismo eficaz de control de la decisión que adopta una medida capaz de privar a personas de una vivienda se potencia cuando los afectados por ella son niños. El especial estado de vulnerabilidad que los caracteriza da fundamento al derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, directamente o por medio de un representante u órgano apropiado.

Suprema Corte:

—I—

Se inició la presente causa a raíz de una denuncia efectuada por la apoderada de una empresa constructora, propietaria de un inmueble sito en la calle Rincón 4 de esta ciudad. Allí relató que en el predio había una vivienda desocupada, que fue puesta al cuidado de una empresa de seguridad privada, que, a esos efectos, había designado al empleado N. E. S. Agregó que, luego de cesada la relación laboral entre el Sr. S. y su empleador, el primero permaneció en la vivienda.

El fiscal del caso resolvió dar curso a la investigación preparatoria por considerar que los hechos narrados podían configurar el delito de usurpación (artículo 181, inciso 1º del Código Penal).

Por aplicación del protocolo aprobado por resolución FG 121/08 de la Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se intimó al Sr. S. a que en el plazo de 72 horas restituyera o abandonara el inmueble. El imputado compareció ante el fiscal y negó haber cometido delito alguno; afirmó que no deseaba quedarse allí, pero que demandaba el reconocimiento de sus derechos como empleado; solicitó, por fin, una audiencia de mediación con la propietaria a fin de solucionar el conflicto y restituir el bien.

Luego de la primera audiencia, la empresa constructora –constituida en parte querellante– renunció a la instancia de mediación y solicitó que la causa continúe según su estado. En consecuencia, el fiscal solicitó a la jueza la aplicación de la medida cautelar prevista en el artículo 335 del código procesal local que establece que “en 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”.

La jueza resolvió pronunciarse sin sustanciar el incidente y ordenó la restitución del inmueble al propietario. Asimismo, dispuso que luego de realizada la diligencia se notificara a la defensa y –en caso de ser procedente– a la asesoría tutelar para que planteasen lo que estimaran pertinente.

El desalojo se hizo efectivo el 13 de mayo de 2010. Las autoridades que lo llevaron a cabo fueron atendidas en el domicilio por el Sr. S , quien voluntariamente les permitió el acceso al interior, donde constataron la presencia de tres parejas de adultos y sus hijos menores de edad –cinco en total–.

En cumplimiento de lo dispuesto por la jueza, se notificó a la defensa del Sr. S y a la Asesoría Tutelar. Ésta planteó la nulidad del desalojo por no haberle sido otorgada una

intervención previa en resguardo del interés de los niños que ocupaban la vivienda, prevista por el artículo 49, inciso 1º de la ley local n° 1903 y por el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño.

Esa intervención, afirmó el asesor, tenía por objeto hacer efectivo el derecho de todos los niños a ser oídos en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecta y, por lo tanto, debía tener lugar antes de dictar la medida lesiva de sus derechos o intereses.

Para el asesor tutelar, el desalojo privó a los niños de la vivienda que gozaban y con ello lesionó su derecho a una vivienda adecuada. La legitimación para intervenir como parte en el incidente surgiría de la afectación potencial a ese derecho y facultaría al asesor a oponerse al desalojo previsto.

La jueza de primera instancia rechazó el planteo de nulidad por considerar que el asesor tutelar no podía constituirse en parte de este proceso en el que los menores no revisten la calidad de imputados, víctimas o testigos.

La apelación de ese pronunciamiento fue desestimada por la cámara con apoyo en precedentes, según los cuales no debía reconocerse al asesor tutelar legitimación procesal para intervenir en esta clase de procesos.

La parte agraviada interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esa decisión, que no fue concedido, motivo por el

cual acudió en queja al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. Esa presentación también fue rechazada por el voto mayoritario de los jueces por los fundamentos que reseño a continuación.

El tribunal superior declaró que en el caso no se discute el derecho de los niños a una vivienda digna ni el compromiso que asume el Estado a su respecto, sino que versa sobre el goce del derecho real de dominio de un particular sobre un inmueble del que se encuentra privado.

Consideró que el derecho a la vivienda no puede justificar la oposición al desalojo cuando está probado que la ocupación es irregular, pues no da prerrogativas sobre inmuebles ajenos ni genera la obligación del propietario de tolerar el despojo.

Agregó que si bien el desalojo impacta en las condiciones materiales de vida de los ocupantes, ello no implica que cualquier defensa pueda ser opuesta para impedirlo. En tal sentido, sostuvo que dada la forma en que está normativamente delimitado el objeto de este proceso, la única oposición admisible frente al propietario es la refutación de la imputación penal o la improcedencia de la restitución provisional por no haber acreditado el demandante verosímilmente su derecho. Señaló que la única parte legitimada para articular esa oposición es la persona contra la que se dirige la imputación y se demanda el desalojo.

El tribunal estimó que el asesor tutelar es notificado del desalojo para que pueda instar por la vía pertinente la asis-

tencia que brinda el Estado, pero no para que intervenga en el proceso.

Contra esa resolución, la asesora tutelar interpuso recurso extraordinario que, al ser denegado, dio lugar a la presente queja.

—II—

La recurrente sostuvo en su apelación federal que el fallo lesionó derechos constitucionales de niños, niñas y adolescentes contemplados en los artículos 14 bis y 18 de la Constitución Nacional; 3 y 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño; y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En particular, la decisión del máximo tribunal local habría consentido la violación de las normas de jerarquía constitucional que imponen la participación adecuada en el proceso de un órgano apropiado cuando los derechos de personas menores de dieciocho años de edad se encuentran en situación de posible menoscabo.

La cuestión federal involucrada —resumió la asesora— versa, en primer lugar, acerca del alcance del derecho a la vivienda y su vinculación con la exclusión de los niños del inmueble en el que viven; en segundo lugar, sobre el correcto entendimiento de su derecho a participar de los procesos judiciales, por sí o a través de órganos estatales apropiados, y que sus intereses sean atendidos prioritariamente.

Expresó que el derecho a la vivienda contiene el de protección judicial ante un pedido de desalojo y opinó que el desalojo forzado, en la medida en que provoca la pérdida material de la vivienda, hace aplicables las disposiciones legales que reglamentan ese derecho.

En tal sentido, afirmó que los niños han de poder utilizar recursos jurídicos para contrarrestar un desahucio, pues éstos están incluidos en su derecho a la vivienda. Un modo de respetar ese mandato sería reconocer la legitimación procesal del asesor tutelar, quien debe poder formular alegaciones tendientes a evitar o moderar una decisión que afecta la persona y los derechos de los menores, de manera independiente del rol que en el proceso desempeñen sus padres y representantes legales.

La apelante recordó que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección debido a su condición vulnerable.

A su turno, el Defensor Oficial ante la Corte Suprema abogó por la procedencia del reclamo. Dijo que la decisión del tribunal superior cerraba definitivamente la posibilidad de reeditar la cuestión en una oportunidad posterior y por eso debía ser equiparada a la sentencia definitiva. Además, consideró que se encuentran en discusión los derechos constitucionales a la defensa en juicio, vivienda digna, supervivencia y desarrollo en la máxima medida posible.

El defensor sostuvo que los niños son hoy un sujeto pleno de derecho y gozan de todas las garantías que corresponden a los mayores más un *plus* acorde a su situación de vulnerabilidad. Aseveró que la oposición a su participación en el proceso constituye la negación de esa condición. Agregó que, en casos como el presente la representación promiscua del asesor de menores está prevista bajo pena de nulidad conforme los precedentes de Fallos: 332:1115 y 333:1152.

La intervención del asesor tutelar –adicionó el defensor– habría podido controlar que el desalojo cumpliera ciertas directivas internacionales referidas a la adecuada relocalización de los niños en algún lugar apropiado y, en su caso, suplir la inacción o la falta de diligencia de sus padres en defensa de sus propios derechos.

Destacó que el derecho a la vivienda incluye, aún en el caso de desalojos justificables, que éstos se lleven a cabo de una manera permitida por la legislación y que las personas afectadas dispongan de recursos jurídicos apropiados.

Para finalizar, adujo, con cita de un precedente de la Corte Suprema, que la regla jurídica que ordena sobreponer el interés superior del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos, en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos indi-

viduales o colectivos. Concluyó que en virtud de ese interés debió admitirse la activa intervención del asesor tutelar para ser oído oportunamente en este proceso.

—III—

El recurso extraordinario puso en consideración la inteligencia de los artículos 14 bis, 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que aseguran —según postula el recurrente— el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos mediante un procedimiento eficaz antes de la adopción de una medida que pueda afectar sus derechos fundamentales. La decisión impugnada fue contraria al derecho que el apelante fundó en esas normas.

La resolución apelada, por su parte, es equiparable a sentencia definitiva, pues pone fin a la cuestión debatida, produciendo un agravio que una resolución posterior en el proceso no podría subsanar (cf., por ejemplo, Fallos: 327:4062).

Finalmente, la posible falta de actualidad del agravio —derivada del hecho de que el desalojo objetado ha sido llevado a cabo hace más de dos años y el recurrente no demanda el regreso de los niños al inmueble del que fueron desalojados— no es un obstáculo para considerar habilitada la instancia del artículo 14 de la ley 48, pues entiendo que se aplica al caso *mutatis mutandis* la doctrina de V.E. que hace excepción al requisito de actualidad cuando se

hallan en juego casos susceptibles de repetición que, de otro modo, escaparían invariablemente a una revisión por parte del garante supremo de los derechos asegurados por la Constitución Nacional (Fallos: 310:819, considerandos 6º y 7º, y considerando 7º del voto del juez Petracchi; 324:4061 y sentencia *in re* “F., A.L. s/medida autosatisfactiva”, del 13 de marzo de 2012, considerando 5º).

Por lo tanto, considero que el recurso extraordinario ha sido mal denegado.

–IV–

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, la competencia de V.E. ha quedado habilitada, entonces, para revisar si la decisión que desconoce legitimación al asesor tutelar para petionar en nombre de los niños, que ocupaban una vivienda sujeta a desalojo, lesiona sus derechos constitucionales a ser oídos en todo procedimiento judicial o administrativo que pueda afectarlos.

En mi opinión, la decisión impugnada desatendió garantías constitucionales al rechazar la legitimación del asesor tutelar para ser oído oportunamente y para evitar que el desalojo, que involucraba a cinco niños, produjera daños injustificados.

En efecto, una medida como la aquí objetada puede afectar severamente intereses fundamentales de las personas involucradas, como lo es el interés en no verse privado de una vivienda digna –interés que da fundamento al derecho a acceder a una vivienda digna que reconocen el artículo 14 bis de la Constitución

Nacional y el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—. Una afectación de tal importancia exige que la medida sea adoptada a través de un procedimiento judicial eficaz para resguardar los derechos e intereses en juego.

Esa conclusión se sigue llanamente, a mi entender, del derecho al debido proceso que asegura el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— ha sostenido una conclusión semejante al interpretar el artículo 11 del Pacto en relación al derecho a una vivienda adecuada. En su Observación General n° 4 sostuvo que, entre los aspectos identificables de ese derecho, está incluida cierta seguridad en la tenencia que garantice protección contra el desahucio, aun cuando la tenencia cobre la forma de un asentamiento informal u ocupación de tierra o propiedad. La disponibilidad de acciones legales eficaces para evitar, en su caso, desalojos planeados o demoliciones mediante la emisión de órdenes de tribunales —afirmó—compone el derecho a la vivienda internacionalmente garantizado.

En la Observación General n° 7, el comité se refirió, en parte, a los desalojos justificados. Al respecto, enunció un conjunto de garantías procesales que han de ser observadas. Ellas

comprenden una auténtica oportunidad de consultar a las personas involucradas, un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las partes afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo y recursos y asistencia jurídica adecuados.

La protección jurídica de la tenencia como aspecto integrante del derecho a la vivienda fue vinculada por el comité con el tercer párrafo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exige a los Estados garantizar “un recurso efectivo” a todas las personas cuyos derechos hayan sido violados.

Ahora bien, en segundo lugar, la exigencia de un mecanismo eficaz de control de la decisión que adopta una medida capaz de privar a personas de una vivienda se potencia cuando los afectados por ella son niños. El especial estado de vulnerabilidad que caracteriza a los niños da fundamento al derecho —recogido explícitamente en el segundo párrafo del artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño y en la ley 26.061 (en especial, su artículo 27)— a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, directamente o por medio de un representante u órgano apropiado.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, opino que la pretensión que esgrimió el asesor tutelar en este proceso de ser oído antes de la adopción de la medida de desalojo que afectaría a un grupo de niños es expresión adecuada de las normas federales aplicables al caso. Al negar esa pretensión, los tribunales

que han intervenido en el caso descuidaron injustificadamente derechos que cuentan con protección constitucional. Y por ello, concluyo, la decisión apelada no puede ser convalidada.

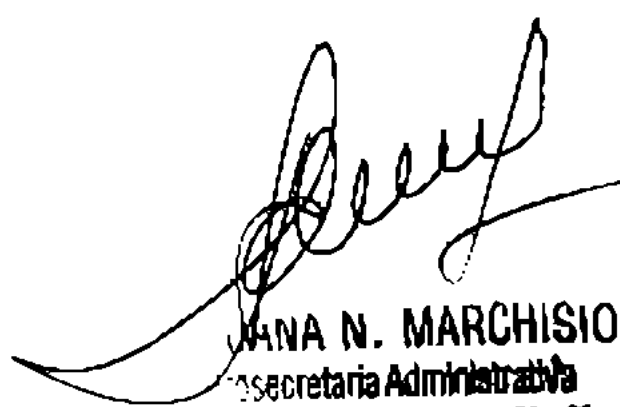
-V-

En consecuencia, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia en cuanto pudo ser materia de apelación.

Buenos Aires, 16 de octubre de 2012.

ES COPIA

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ



MARIANA N. MARCHISIO
Secretaria Administrativa
del Poder Judicial de la Nación