

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES - DESALOJO -
ESPACIO PUBLICO - MENOR - MENOR EN JUICIO -
MINISTERIO PUBLICO FISCAL - MINISTERIO PUBLICO
PUPILAR

Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nro. 16 de la Ciudad
Autónoma de Buenos Aires.-

28/04/2011

N.N.

La Ley Online AR/JUR/13292/2011

1ª Instancia. — Buenos Aires, 28 de abril de 2011.

Autos Y Vistos:

Para resolver la presentación del Director General de Asuntos
Jurídicos del Ministerio de Seguridad de la Nación en la
presente causa n° 59.095/10 caratulada "N.N. s/art. 181 CP.";

Y Considerando:

I.- Que en el día de la fecha se presentó el Dr. E. J. R. A. a fin
de solicitar lo siguiente: 1) Que tenga al Ministerio de Seguridad
de la Nación por parte en estos actuados; 2) ordene la
suspensión del desalojo decretado en estos actuados hasta
tanto la decisión judicial que lo dispuso quede firme y 3)
subsidiariamente, se otorgue una prórroga para acordar un
operativo conjunto con las autoridades competentes del
Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y con otras áreas del
Gobierno Nacional.

Sobre la suspensión de la medida de desalojo, puso en
conocimiento que se interpondrá un recurso de
inconstitucionalidad contra la resolución adoptada por la

Cámara, con el objeto de controvertir la validez de la medida aquí dispuesta, por haber sido dictada en contradicción con la Constitución Nacional – especialmente el art. 129 y 31 –, y consecuentemente, solicitó suspender la ejecución del desalojo ordenado, hasta tanto la resolución en cuestión adquiera firmeza (art. 208 CPPCABA.).

Agregó que la efectivización de la medida frustraría la vía recursiva que legítimamente puede ejercer esta parte contra esa decisión, pues el perjuicio ocasionado ya resultará absolutamente irreparable. Que lo resuelto por la Cámara del fuero ha invertido la regla a aplicar, al disponer que el operativo del desalojo decretado en estas actuaciones se lleve a cabo bajo la acción y responsabilidad operativa primarias de la Policía Federal y con la ayuda subsidiaria de la Policía Metropolitana.

Como respecto a la segunda cuestión, en forma subsidiaria, dijo que la conflictividad social y la crisis de acceso a derechos humanos básicos se subyacen a la ocupación. En este sentido, procede advertir que el conflicto social detonado por la carencia de viviendas en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires no sería susceptible de ser resuelto al margen de las políticas sociales que lo focalicen y le den adecuado tratamiento. La cuestión no sólo se circunscribe al desalojo, sino que éste supone la realización exitosa de gestiones previas en orden a obtener viviendas o alojamientos alternativos para los ocupantes. En ese marco, solicitó que se conceda una prórroga prudencial y razonable para la ejecución, a la continuación de la ejecución, del desalojo decretado en estos actuados, a fin de llevar a cabo las siguientes gestiones que permitan desarrollar adecuadamente el operativo, teniendo en cuenta las aristas de vulnerabilidad social, acceso a derechos humanos básicos

y su incidencia en la paz social: a) un primer nivel de gestión del operativo tendiente a que un grupo de "mediadores",

trabajadores sociales y médicos del Gobierno de la Ciudad, agentes del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, entre otros funcionarios, lleve a cabo una instancia de diálogo, de persuasión para dejar la ocupación, el censo y la gestión de subsidios y ayudas sociales. La presencia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación es requerida a los fines de "entrecruzar" datos sobre los ocupantes, ya que podrían estar gozando de beneficios, pensiones, etc. b) En un segundo nivel, se estará conformado por agentes de la Policía Metropolitana, y su función consistirá en el operativo de "traslado" en sí mismo. c) Un último nivel de intervención estará a cargo de la Policía Federal, y tendrá a su cargo la protección periférica del operativo y una función de apoyo y garantía a la labor de la Policía Metropolitana llevado. d) Por último, también se solicita que se considere la conveniencia de su presencia durante la realización del operativo del desalojo.

II.- Que ante dicha presentación, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal, dictaminando los Dres. Luis Jorge Cevasco, Luis Duacastella Arbizu y Sebastián Salomone que el peticionante no reúne el carácter de parte establecido por el código adjetivo para el ejercicio de un derecho y/o reclamo ante la autoridad judicial, con lo que no se encuentra legitimado para interponer recurso alguno en los términos de los arts. 267, segundo párrafo y 275, 2º párrafo del CPPCABA., y arts. 2 y 27 de la ley 402, como así tampoco peticionar en relación al trámite y desarrollo del curso del proceso.

En segundo término, ante la posible existencia e una salida alternativa para resolver el conflicto – art. 91 del CPPCABA.- y en virtud de lo establecido en la res. 121/08 FG. no nos oponemos a una prórroga en el cumplimiento de la medida dispuesta, siempre que en el ínterin se de cumplimiento a lo siguiente: 1) Identificación de todos los ocupantes del lugar, individualizándose las casillas habilitadas; 2) mantener el

cordón policial hasta tanto se resuelva la situación planteada, con estricto control a fin de evitar el ingreso de nuevas personas y 3) se cumpla con el retiro de las casillas que no presenten signos de habitabilidad.

III.- En otro orden, la Lic. María Eugenia Vidal a cargo del Ministerio de Desarrollo Social del GCBA. puso en conocimiento que en el marco de la orden de allanamiento y liberación del espacio público, la Dirección de Atención Inmediata de la Subsecretaría de Fortalecimiento Familiar y Comunitario ofreció a las familias ocupantes del lugar la atención primaria social en la emergencia, esto es la inserción de las familias en hogares, paradores nocturnos, y en el Centro de Inclusión Social Costanera Sur para Familias; como así también el ingreso inmediato al Programa de Atención a Familias en Situación de Calle conforme lo normado por el Decreto 167/11 (modificatorio del 690/06) y la percepción en la fecha de la suma de pesos setecientos (\$700.-) en concepto de cuota de emergencia, ofrecimiento que fue expresamente negado por las mismas.

IV.- El Dr. C. B. interpuso recurso de reposición con apelación el subsidio contra la decisión de librar una orden de allanamiento para proceder al desalojo de todos los habitantes de las fincas ubicadas en las aceras y calzadas de la calle Riestra, desde Lafuente hasta Portela y de la calle Portella, desde Av. Castañares hasta Riestra, para el día de la fecha.

Argumentó que el decreto impugnado causa un gravamen irreparable a esta parte en cuanto resuelve librar una orden de desalojo de los niños que habitan el mentado lugar, a pesar de que respecto a esta parte la decisión que había hecho lugar al pedido de desahucio no se halla firme.

Postuló que lo decidido constituye una errónea interpretación de las normas procesales aplicables. En concreto, el art. 270 del CPPCABA., prevé como regla general que "las resoluciones

judiciales no serán ejecutadas durante el término para recurrir, ni durante la tramitación del recurso, en su caso, salvo disposición expresa en contrario". Claramente se aprecia que un recurso deducido contra un pronunciamiento dictado de conformidad con el art. 335 in fine CPPCABA. tiene efectos suspensivos, por cuanto este último artículo nada dispone en contrario.

A su vez, el enunciado formativo contenido en el art. 270 del CPPCABA resulta aplicable a los recursos previstos en la ley 402, en virtud de lo establecido por el art. 2 de la aludida ley. Por lo tanto, al ordenar la ejecución de la decisión de fecha 18 de febrero de 2011, se contravino expresas reglas de nuestro código adjetivo, violentando de esa manera trascendentes principios constitucionales en materia procesal penal.

A ello, manifestó que no se tuvo en consideración el punto 15 de la Observación General n° 7 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, por cuanto con el escaso lapso de tiempo que en este caso media entre el libramiento de la orden de allanamiento y su sujeción resulta palmariamente contrario a las exigencias mínimas de la formativa internacional.

V.- Por último, el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Seguridad de la Nación acompañó un informe por parte del Jefe de la Policía Federal, Comisario General Enrique Rubén Capdevilla. El mencionado informe refiere que ante la inminencia de que la intervención de los organismos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no asegure resultados esperados en relación con los derechos cuya tutela esgrimen los involucrados, la orden impuso incluso el uso de la fuerza pública a esta Policía y demás fuerzas de seguridad interviniente. La circunstancia de extrema vulnerabilidad social y económica de quienes allí se encuentran, así como la presencia de numerosas cantidades de niños, niñas y

adolescentes, constituyen condiciones que hacen necesario ponerlas a su conocimiento, a los efectos que estime corresponder.

En base a esa presentación, el Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Seguridad dispuso, entre otros, los siguientes puntos de consideración: 1. Del informe de Policía Federal surge la imposibilidad de llevar a cabo el operativo de desalojo ordenado en forma pacífica, con el riesgo cierto y concreto de que el uso de la fuerza pública en el presente caso traerá aparejada una escalada de violencia. 2. La complejidad de la situación hace aconsejable que el Poder Ejecutivo Nacional haga un uso prudencial de la coacción que le es exigida sin que esto implique poner a la Policía y demás fuerzas de seguridad intervinientes en la situación de incumplimiento, puesto que es potestad del brazo ejecutivo decidir las condiciones de ejecución material de la medida dispuesta. En el caso como el que nos ocupa, la preeminencia de una salida acordada y pacífica forma parte del cumplimiento de un procedimiento de desalojo respetuoso de la ley y del conjunto de derechos e intereses en juego. 3. Atento a la cantidad de niños y niñas y adolescentes, mujeres y las condiciones generales de extrema vulnerabilidad de las personas que allí se encuentran, es razonable considerar que un adecuado plazo de negociación por vías pacíficas deberá diferir el uso directo de la coacción, en el entendimiento de que si ejecuta en esa instancia una intervención coactiva directa comprometerá las obligaciones dispuestas por la Constitución Nacional en materia de razonabilidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza.

En definitiva, se solicitó, en caso de no prosperar el pedido de suspensión, el otorgamiento de una prórroga durante la cual se pueda continuar intentando gestiones de negociación con los ocupantes para solucionar sus problemas y así persuadirlos que voluntariamente dejen el lugar, que se analice instrucciones

concretas sobre el modo de llevar a cabo el operativo, si es que voluntad de la suscripta seguir adelante con el mismo no obstante las dificultades y las posibles consecuencias de un desalojo coactivo. También se solicita que se precise cómo debe entenderse el "uso de la fuerza pública" autorizado en la resolución del día 27 de abril, con relación a los siguientes temas: a) si deben o no dispararse sobre los ocupantes postas de goma; b) si procede o no disparar sobre los ocupantes con camiones hidrantes y c) procede lanzar gases u otras sustancias químicas.

Por último, se solicitó dada la resistencia de los ocupantes y las características de la situación planteada, que se la suscripta se apersona en el operativo para impartir instrucciones y supervisar in situ el desenvolvimiento.

III.- En cuanto a los planteos formulados por el Director General de Asuntos Legales del Ministerio de Seguridad:

A.- Como primer cuestión, debo poner en consideración que el Ministerio de Seguridad de la Nación no resulta ser parte ni se encuentra legitimado por el ordenamiento procesal penal para formular alguno tipo de planteos como los que pueden formular el Ministerio Público Fiscal, el imputado y su defensa técnica, la querrela o bien la Asesoría Tutelar. Sólo posee dicha cualidad, las personas que actúan en el proceso penal conforme a las atribuciones y sujeciones que les asigna la ley para hacer valer, oponer o satisfacer directamente las pretensiones fundamentadas en el objeto procesal.

En el caso concreto, el presentante invocó que se plantearía un recurso de inconstitucionalidad ante la Cámara del Fuero contra la decisión que confirmó el desalojo y restitución que dispusiera con fecha 18 de febrero de 2011. Sobre el particular, debo hacer notar que, tal como lo sostienen los representantes del Ministerio Público Fiscal, carece de derecho recursivo, más

allá que dicho recurso sea resuelto por los miembros de la Sala I en el eventual supuesto que la presentación se concrete.

B.- Sin perjuicio de considerar que el Ministerio de Seguridad no resulta ser parte en este proceso, debo reiterar mi criterio sobre que la medida de desalojo y restitución carece de efecto suspensivo.

En efecto, al disponer la primigenia orden consideré que no era necesario que la decisión sea adoptada previo a oír a todas las partes involucradas, ni resultaba una exigencia notificar a los mismos de su dictado con anterioridad a llevarse adelante la misma. A su vez, por implicar el desalojo un registro domiciliario, no debe ser informado por aplicación del art. 98 del CPPCABA. En este supuesto, el legislador tuvo en cuenta evitar situaciones que se frustre las medidas ordenadas. Que frente al sólo pedido del damnificado, el magistrado interviniente podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuere verosímil (ver fs. 74/82).

A su vez, luego de la confirmación por parte de la Sala I del Fuero de la medida antes aludida (ver fs. 263/280), y frente a un pedido de suspensión de la ejecución de la misma por parte del Sr. Defensor Oficial Dr. Javier de la Fuente, basado en la circunstancia de que interpondría un recurso de inconstitucionalidad (ver fs. 284) puse en consideración que la restitución de inmuebles constituye una medida cautelar que conforme el art. 335 última parte del CPPCABA., puede ser resulta inaudita parte, es decir, que puede aplicarse sin haber escuchado previamente a la otra parte, tanto es así que a la luz de la normativa indicada quienes deban soportar el desalojo, recién toman conocimiento de ello en el momento mismo de la ejecución de la diligencia. Esta circunstancia, pone en evidencia que no ha sido intención del legislador que la medida pudiera

ser recurrida con efecto suspensivo. La resolución que ordena la restitución debe ejecutarse de manera inmediata y por ello los recursos que se interpongan contra ella nunca podrían tener efecto suspensivo. A su vez, tuve en consideración que la previsión de efectos suspensivos, sería contradictoria con la naturaleza cautelar de la restitución de inmuebles en casos de probables desocupaciones. A ello, se agrega, que frente a otras medidas cautelares, se ha previsto, de idéntico modo, que la eventual interposición de recursos, carece de efectos suspensivos (ver fs. 303/306).

C.- Con respecto a la última cuestión planteada por el Director de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Seguridad, vinculada a la postergación de la medida, sin perjuicio de no ser tenido por parte en este proceso, habré de analizarla junto con el planteo de los representantes del Ministerio Público Fiscal.

Como primer lugar, es importante destacar que antes de solicitar los representantes del Ministerio Público Fiscal la medida de desalojo, se realizaron todos los intentos que el protocolo de actuación de la Fiscalía General les impone para solucionar el conflicto de la forma más pacífica posible. Ya desde el inicio de las actuaciones, a fines del mes de noviembre del año pasado, organismos sociales de la ciudad se encargaron de buscar paliativos a los problemas habitacionales de los ocupantes del espacio público, los cuales dieron resultado negativo. Esta situación es demostrativa, que la medida no resultó de modo alguna intempestiva.

Sin perjuicio de ello, las condiciones actuales plasmadas por los Sres. Fiscales y puestas en consideración en las distintas presentaciones realizadas en el día de la fecha, me llevan a considerar razonable diferir la realización de la medida, para que tal como propone el Director General de Asuntos Jurídicos

del Ministerio de Seguridad de la Nación y con la conformidad de los integrantes del Ministerio Público Fiscal, gestionen una instancia de diálogo con los ocupantes del lugar, para arribar a una solución pacífica del conflicto.

Si bien, no se precisó el plazo para gestionar una salida alternativa en los términos de los arts. 91 del CPPCABA., considero adecuado aplazar la decisión de restitución y desalojo hasta el día 5 de mayo próximo, debiendo el Ministerio Público Fiscal comunicar el resultado de las instancias de negociación, antes de las 12.00 hs de ese día.

En cuanto a las medidas solicitadas por los Sres. Fiscales dispondré que se de cumplimiento a: 1) identificación de todos los ocupantes del lugar, individualizándose las casillas habitadas; y 2) mantener el cordón policial se resuelva la situación planteada con estricto control a fin de evitar el ingreso de personas distintas a los actuales ocupantes.

Por último, respecto al retiro de la casillas que no presenten signos de habitabilidad entiendo que por el momento y dada la postergación de la medida de desalojo y restitución y a fin de evitar el aumento la conflictividad, cuando lo que se está buscando es una solución pacífica, quedará deferida la decisión, también hasta el 5 de mayo próximo.

VIII. En otro orden, sin perjuicio que la orden de allanamiento de desalojo y restitución se postergara y tornara al día de hoy abstracto el recurso de reposición, debo hacer notar como ya lo afirmara en la resolución de fecha 18 de febrero del corriente, el Sr. Asesor Tutelar Dr. C. B. no se encuentra legitimado para intervenir en los presentes actuados.

Sobre el particular, entendí que la labor del Asesor Tutelar se encuentra limitada a los procesos en que intervienen menores de edad en calidad de imputados, testigos o víctimas. En efecto,

el art. 40 de la ley 2451 "Régimen Penal Juvenil", estipula que el asesor tutelar "Deberá intervenir en los procesos penales por delitos en los cuales resulte imputado/a, víctima o testigo una persona menor de dieciocho años de edad. Este debe velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que asisten a la persona menor de dieciocho (18) años". En el caso concreto, ninguno de los imputados individualizados en el decreto de determinación de los hechos por el Sr. Fiscal resultan ser menores, ni tampoco revisten el carácter de testigos o víctimas de los hechos investigados por el Ministerio Público Fiscal.

En este sentido, la Dra. Ana María Conde tiene dicho que "En la presente causa no existe elemento alguno que permita establecer que los menores de edad, cuyos derechos dice representar la Asesoría Tutelar, reviste 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" (Tribunal Superior de Justicia, Expte. n° 6895/09 "Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegada en: "N.N. (Yerbal 2635) s/inf. Art. 181, inc. 3, CP. – inconstitucionalidad-".

En otro orden, tampoco resulta aplicable la intervención tutelar en los términos del art. 49 inc. 1° de la ley 1903, que establece su actuación para "asegurar 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". La intervención efectiva de la Asesoría Tutelar no resulta

automática en todos los casos sino en aquellos en los cuales sus progenitores, tutores o familiares a cargo no puedan hacer valer el derecho de las personas menores. En el caso, no hay elementos para entender que los menores se encuentren en una situación de desamparo que requiera que el asesor tutelar tenga que suplir algún tipo de inacción o desprotección de sus padres. Y como tiene dicho la Sala I del Fuero, "en el supuesto de que éstos últimos no puedan efectivamente satisfacer su derecho a una vivienda si debieran ser desalojados de los lugares donde habitan, el resguardo que requerirían sería fundamentalmente social, no legal o jurídico" (Cámara PCF., Sala I, c. 43.729-00-CC-08, "C. E. s/inf. art. 181 inc. 1º CP.". rta. 11/08/2009).

En ese sentido, la Sra. Jueza del Tribunal Superior de Justicia, Dra. Ana M. Conde dijo: "Si el ministerio pupilar presupone falencias, necesidades o requerimientos, no evidenciados en el caso concreto por los sujetos que es una misión tutelar, pasa a ejercer algo distinto de la representación que le atribuye la norma sustantiva, como es una suerte de paternalismo estatal sobre la vida de los menores, con prescindencia de la verificación de efectiva inactividad o diligencia de sus responsables inmediatos. Tal paternalismo no puede ser cobijado por el principio de la tutela del interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los derechos del Niño y principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño), ni es el tipo de protección diseñado por las normas que integran nuestro bloque de constitucionalidad; que, por el contrario, propenden al respeto de "...las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezcan la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño..." (Conf. art. 5 de la Convención citada)... no existe en la causa elemento alguno que nos permita establecer que algún menor vaya a verse desamparado como consecuencia de lo que pueda decirse en este proceso..." (STJ.

Expte. 1426/02 "Comisión Municipal de la Vivienda c/ G. M. E. s/desalojo s/recurso de inconstitucionalidad concedido" rta. 10/07/2202. Cf. Expte. 6905/09 "Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegada en: Acosta, Yanel Paola s/art. 181 inc. 1º CP. – recurso de inconstitucionalidad" rta. 13/7/2010).

En razón de lo ello, corresponde rechazar in límine el recurso de interposición interpuesto sin siquiera dar intervención a las otras partes intervinientes en el proceso. A su vez, por interponer el mencionado recurso en forma subsidiaria con apelación, corresponde que se extraigan testimonios del presente y formar un nuevo incidente de apelación a fin de ser remitido a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, en los términos del art. 281 y cctes. del CPPCABA.

Por todo lo expuesto, resuelvo:

I.- No hacer lugar a la solicitud del Dr. E. J. R. A., Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Seguridad de ser tenido como parte en los presentes actuados registrados bajo el n° 59.095/10 caratulada "N.N. s/art. 181 CP.".

II.- Postergar la decisión de restitución y desalojo hasta el día 5 de mayo próximo, debiendo el Ministerio Público Fiscal comunicar el resultado de las instancias de negociación, antes de las 12.00 hs de ese día.

III.- Encomendar al Sr. Jefe de la Policía Federal para que, junto con Gendarmería y la colaboración de la Policía Metropolitana, en forma inmediata identifique a todos los ocupantes del lugar, individualizando las casillas habitadas y mantenga el cordón policial dispuesto en la medida dictada el día de ayer, evitando el ingreso de personas distintas a los actuales ocupantes.

IV.- Postergar la decisión de retirar las casillas que no presenten signos de habitabilidad hasta el día 5 de mayo próximo.

V.- Extraer testimonios del presente y formar un nuevo incidente de apelación a fin de ser remitido a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas a fin de sustanciar el recurso de apelación que fuera interpuesto por el Sr. Asesor Tutelar Dr. C. B. contra la resolución de fecha 27 de abril de 2011.

Notifíquese al Sr. Fiscal y al Asesor Tutelar mediante cédula de urgente diligenciamiento y/o correo electrónico.

Hágase saber lo resuelto al Director de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Seguridad y al Sr. Jefe de la Policía Federal. —Claudia Amanda Alvaro.