

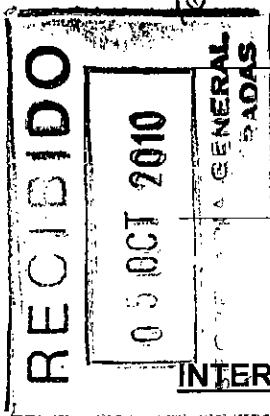


Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°3

Año 2010 Bicentenario de la Revolución de Mayo



INTERPONE QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN DENEGADO. SOLICITA REMISIÓN DE EXPEDIENTE. SE REVOQUE POR CONTARIO IMPERIO RESOLUCIÓN RECURRIDA. RESERVA CASO FEDERAL.

Excelentísima Cámara:

Magdalena Beatriz Giavarino, en mi carácter de Asesora a cargo por subrogancia de la Asesoría Tutelar Nro 3 ante la Justicia de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, en mi carácter de representante legal de Brisa Giselle, Yennifer Yamila y María Sol Amarilez, constituyendo domicilio legal en la calle Florida 15, piso 7mo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a V.E. me presento y respetuosamente digo:

I OBJETO

Que en legal tiempo y forma, de conformidad al artículo 21 de la ley 2145, recurro directamente en queja a V.E. atento que la señora juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 denegó la apelación oportunamente interpuesta por la Asesoría Tutelar interinamente a mi cargo contra la resolución que dispuso otorgar parcialmente la medida cautelar peticionada por la parte actora en las actuaciones caratuladas **"AMARILEZ BERNAL LUIS ALBERTO CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)"**, Expte. 38717/0, en trámite por ante la Secretaría Nro. 29 de dicho Tribunal.

Por tal motivo, solicito a V.E. que se avoque a la consideración del presente, conceda el recurso mal denegado por la *a quo* y efectúe el estudio de la apelación impetrada, a efectos de resolver la medida cautelar peticionada por la parte actora.

II PROCEDENCIA FORMAL DEL RECURSO DE QUEJA

Ministerio Público Tutelar
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



Florida 19, plso 7 - Tel. (54 11) 5297-7854 - atcayt3@jusbares.gov.ar - www.asesoria.jusbares.gov.ar

A fin de dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 251 del CCAyT – de aplicación subsidiaria al proceso principal-, inciso 2), apartados a), b), y c) del CCAyT, se informa a V.E. que:

- 1) la resolución recurrida quedó notificada en los términos del art. 119 párrafo último del CCAyT, el **25 de agosto de 2010** (ver copia anexo C);
- 2) el dictamen AT3CAyT Nro. 570, mediante el cual se asumió la representación de los niños Amarilez y se interpuso recurso de apelación, firmado el 26 de agosto de 2010 y presentado en la mesa de entradas de la Secretaría el **27 de agosto de 2010** (ver copia anexo H);
- 3) la apelación fue denegada el **3 de septiembre de 2010** (ver copia, anexo F), quedando notificada *en el público despacho del ministerio Público Tutelar* el **30 de septiembre de 2010** (ver copia, anexo G).

Conforme lo expuesto precedentemente, tanto el recurso de apelación como el de queja han sido presentados en forma temporánea, dejándose constancia que esta última es interpuesta dentro del plazo de gracia establecido por el art. 108 CCAyT.

Por otra parte, a fin de dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 251 inciso 1) del CCAyT se adjuntan copias simples de:

- 1) escrito que dio lugar a la resolución recurrida (anexo A);
- 2) resolución recurrida (anexo B);
- 3) escrito de interposición del recurso (anexo D);
- 4) providencia que denegó la apelación (anexo F);

Asimismo, considerando la suscripta que resultará necesario para resolver la presente queja, se adjuntan copias de las siguientes piezas:

- 5) providencia mediante la cual se difiere el tratamiento de concesión de la apleación interpuesta hasta tanto se venza para la actora el plazo de apelación (anexo E).
- 6) copia del libro de pases de la Asesoría Tutelar Nro. 3 CAyT, del cual surge que las actuaciones se devolvieron al Juzgado de origen en fecha 27 de agosto de 2010 (anexo H).

III HECHOS



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°3

Año 2010 **Bicentenario** de la Revolución de Mayo

Sin perjuicio que de las constancias anejadas en anexos a la presente V.E. puede observar y analizar debidamente el desarrollo de los acontecimientos suscitados en autos, a efectos de imprimir un rápido panorama de los mismos, me permito efectuar un recuento de los hechos.

El Sr. Luis Alberto Amarilez Bernal, por derecho propio y en representación de sus hijas menores de edad, Brisa Giselle, Yennifer Yamila y María Sol, inició acción de amparo contra el GCBA con el objeto de requerir *“protección y salvaguardar mis derechos fundamentales y los de mis hijos menores de edad, a la vida, a la salud, a la vivienda y a la dignidad inherente a todo ser humano frente la grave y manifiestamente arbitraria conducta del gobierno de la Ciudad, autoridad pública que nos deniega una asistencia habitacional **vivienda adecuada y suficiente** pese a encontramos en un estado de máxima vulnerabilidad” (el resaltado me pertenece).*

Concomitantemente, solicitó, como medida cautelar, que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que *“adopte los recaudos necesarios para procurarme un alojamiento adecuado (...) mediante la incorporación a alguno de los programas de emergencia habitacional que administre, cualesquiera sea éste en tanto permita que mis hijas y yo superemos esta situación de calle en la que nos encontramos y no se nos exponga a repetir esta situación...”* (el resaltado está en el original).

He de resaltar, que la actora cuenta con el patrocinio del Sr. Defensor Oficial ante los Juzgados de Primera Instancia del Fuero, Dr. Ramiro Sánchez Correa.

Con fecha 20 de agosto de 2010, la señora juez de primera instancia, ordena el traslado de la demanda y efectúa el llamado de autos para sentencia (fs. 52) abocándose al estudio de la medida cautelar solicitada.

En dicha fecha, resuelve favorablemente la medida peticionada, disponiendo que la accionada *“arbitre los medios necesarios a fin de incluir al señor Luis Alberto Amarilez Bernal, junto con sus hijas, en alguno de los programas habitacionales vigentes, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en esta causa...”* (apartado 1 de la parte resolutive).

La resolución más arriba indicada, es notificada en la sala de mi público despacho el 25 de agosto de 2010 (fs. 56vta.).

Con motivo de ello, esta Asesoría asume la representación legal de las personas menores de edad involucradas, y apela la medida cautelar dictada, en tanto ésta no responde a los parámetros peticionados en la demanda en tanto falta la orden expresa de que la asistencia habitacional sea "adecuada y suficiente".

Sin una decisión judicial expresa de incluir a la parte actora en alguno de los programas habitacionales vigentes teniendo en cuenta que la vivienda a la que accedan sea "adecuada y suficiente", atento las peculiaridades del grupo familiar, se dejaría tal merituación al momento del dictado de la sentencia de fondo, desnaturalizando el concreto sentido de la cautelar requerida.

La señora juez *a quo*, tiene presente la apelación interpuesta, pero difiere su concesión hasta tanto se encuentre vencido el plazo para que la actora, en su caso, consienta la decisión.

En fecha 3 de septiembre de 2010 (fs. 67), una vez vencido el plazo referenciado en el párrafo precedente, se deniega la apelación, sosteniendo que *"...Atento que se encuentra vencido el plazo para que la actora interponga recurso de apelación contra la resolución de fs. 53/53 vta., provéese el dictamen de fs. 58/63 vta.: Toda vez que la parte actora no ha interpuesto recurso alguno contra la resolución de fs. 53/53 vta. y, en consecuencia, la ha consentido tácitamente, no resulta procedente acceder a la apelación planteada por el Sr. Asesor Tutelar (confr. arg. Sala II "Castillo Serrano Claudio Fabián c/ GCBA s/ amparo", del 16/11/2004)...Firmado Gabriela Seijas, Juez"*.

Tal proveído, que motiva la presente queja, es notificado en el público despacho de esta Asesoría, con fecha 30 de septiembre de 2010 (art. 119, párrafo último del CCAyT).

IV FUNDAMENTOS

#. IV.a) Indebida denegación del recurso de apelación



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°3

Año 2010 **Bicentenario** de la Revolución de Mayo

El Tribunal de primera instancia denegó el recurso de apelación ya que consideró que *"Toda vez que la parte actora no ha interpuesto recurso alguno contra la resolución de fs. 53/53 vta. y, en consecuencia, la ha consentido tácitamente, no resulta procedente acceder a la apelación planteada por el Sr. Asesor Tutelar (confr. arg. Sala II "Castillo Serrano Claudio Fabián c/ GCBA s/ amparo", del 16/11/2004)..."*.

Como se observa de la escueta fundamentación del proveído, el tribunal basa su decisión de denegar la concesión del recurso, atento a: i) que la parte actora consintió la medida, ii) la jurisprudencia de autos *"Castillo Serrano Claudio Fabián c/ GCBA s/ amparo"*, resuelto por la Sala II del Fuero.

En tal orden de ideas, se analizará este argumento, conforme las precisiones desarrolladas más abajo:

#. IV.a.i) Incidencia que la parte actora consintió la medida.

Como no escapará al elevado criterio de V.E., si bien la señora juez de grado no lo aclara, resulta prístino según su opinión que el Ministerio Público Tutelar no está legitimado a peticionar en el modo que lo hizo originariamente.

Hete aquí, es obviado burdamente que este Ministerio Público Tutelar es parte en las actuaciones referidas, yerrando la Magistrada en su apreciación al evaluar los alcances de la legitimación que dispone el Ministerio Público Tutelar a los fines de efectivizar los derechos de los niños involucrados.

En tal inteligencia, a fojas 64, se tuvo por parte a este Ministerio Público Tutelar, al tenerse presente la representación asumida.

Así las cosas, resulta a sola vista la legitimación para peticionar en las actuaciones, en ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 49 y concomitantes de la ley local 1903.

El Ministerio Público Tutelar generalmente ejerce la mal llamada representación *promiscua* (general, complementaria y subsidiaria) de los niños, niñas y adolescentes, y como parte de buena fe. Sin embargo, ello no obsta que en algunos casos el Ministerio Público Tutelar pueda asumir la representación autónoma de

personas incapaces de hecho (conf. art. 34, última parte de los incs. 2° y 4°, Ley 21), por lo que debe diferenciarse la representación autónoma y la representación promiscua.

La representación es complementaria y subsidiaria, en coordinación con los representantes individuales, legales y necesarios, en forma coadyuvante, en tanto el planteo de los representantes necesarios se ajuste a derecho y a las necesidades de los niños, niñas, adolescentes.

Antes bien, cuando la representación necesaria no ampara los derechos de la persona o los bienes del representado, por falta, exceso o defecto de la intervención, el Ministerio Público Tutelar puede actuar autónomamente en reemplazo y hasta en contra de los representantes legales.

Adviértase que en el caso de marras, no se está obrando en contra del interés del representante necesario de las personas menores de edad, sino que se **complementa la actuación judicial de éste.**

Es así que la falta de iniciativa por parte del representante necesario de las personas menores de edad es entendida por este Ministerio Público como constituyente de un impedimento concreto a la efectivización de los derechos de los niños y adolescentes involucrados.

Es por ello que, en uso de las facultades concretas de las que se dispone, en tanto que tal inacción configura una afectación concreta de los derechos ampliamente reseñados en el escrito de demanda, es que el único que puede ejercer en este momento la defensa de los derechos de mis representados es el Ministerio Público Tutelar.

No es plausible la visión estática de la normativa jurídica referida a circunstancias y pautas de convivencia históricos, que se han ido superando en el transcurso del tiempo, nos conduzca a excluir a los niños, niñas y adolescentes del adecuado acceso a la justicia a través del Ministerio Público Tutelar.

En el sub lite, quién sino la Asesoría Tutelar puede ser la encargada de efectivizar los derechos emergentes de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75° inc. 22° C.N.). Se trata de una sustitución procesal en la que la Asesoría Tutelar actúa por un lado, en nombre de los titulares del derecho fundamental vulnerado, y por el otro, en el de la misma sociedad que impone a los poderes públicos la obligación de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°3

Año 2010 **Bicentenario** de la Revolución de Mayo

que sean celosos en el respeto y en el efectivo cumplimiento de los derechos de la infancia.

Como se apuntó más arriba, la intervención asumida –subsidiaria y complementaria-, comporta un suplemento coadyuvante a efectos de salvaguardar correctamente los derechos y garantías de mis representadas.

Todo ello, no obstante la alternativa técnica y extrema, de peticionar conforme la representación autónoma (art. 49, inciso 2 de la ley 1903).

En concordancia con el obrar desplegado desde esta Asesoría, es dable indicar que nuestros tribunales han sostenido que *"El Asesor de menores es considerado por la ley como parte legítima y necesaria en toda cuestión judicial o extrajudicial en que esté en juego el interés de un menor, siendo su función, en principio, de asistencia técnica y contralor, sin perjuicio del carácter representativo que pudiera asumir para suplir la omisa actuación de los representantes legales"* (CNCiv. Sala A, L.L. 1987-B-411).

En la misma inteligencia, la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires resolvió que *"El asesor de incapaces parte en un juicio en que intervienen menores **está facultado no sólo para recurrir y expresar agravios contra la sentencia e interponer las excepciones de fondo y de forma que pudieran caber, aun cuando dicha sentencia haya sido consentida por los representantes legales del menor**"* (SCJBA, D. J. A. 138-3131) (el resaltado me pertenece).

"El Ministerio de Menores es un órgano de vigilancia y asesoramiento, lo que lleva a que el menor cuente con una representación de tipo compleja, integrada por su representante necesario y por quien o asiste de forma promiscua, pudiendo dicho órgano judicial deducir todos los recursos ordinarios y extraordinarios cuando lo resuelto se considera perjudicial para los intereses del menor, aunque el representante legal consienta lo actuado" (CNCiv. Sala F, L.L., 1998-B-217).

A lo anterior, sólo huelga remarcar la importancia de la función tutelar, conceptualizada en los términos de nuestro Tribunal Címero, que realza su finalidad, sosteniendo que *"Corresponde descalificar la sentencia que omitió dar intervención al Ministerio Pupilar, pues ello importa desconocer el alto cometido que la ley ha asignado*

al mismo, y menoscabar su función institucional" (CSJN, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, L.L. Año 1, Nº 3, p. 277).

En el orden local, los tribunales del Fuero han nutrido tales consideraciones, al referenciar que la *"actuación puede adquirir también carácter representativo para suplir (y por lo tanto ser subsidiariamente) la omisa actuación de los representantes legales individuales (...) si bien la función principal del Asesor de Menores es la asistencia al representante individual del incapaz, cuando éste es omiso, puede actuar subsidiariamente en ese mismo carácter para impedir la frustración de un derecho (Llambías, J. ob. Cit. Pág. 230)"* (Sala I CAyT, in re "López Jorge Ramón y otros C/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo (Art. 14 CCABA)", 4 de marzo de 2010).

De consuno con lo anterior, y siguiendo la autorizada voz de la Dra. Elena Highton, es claro que ***"la función que el orden público que el art. 59 del Cód. Civil le atribuye [al asesor tutelar] no se limita a una simple ratificación de lo actuado por el representante necesario sino que sus atribuciones se extienden en la medida que lo requiera la defensa del incapaz"*** (Highton, E. "Funciones de Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control", L.L. 1978-B-904) **(el resaltado me pertenece)**.

En consecuencia, siendo que por una parte, Brisa Giselle, Yennifer Yamila y María Sol Amarilez no constituyen un objeto de protección sino sujetos de derechos, dado que su padre ya ha petitionado mediante amparo jurisdiccional tendiendo a garantizar la efectivización de sus derechos, y por la otra que este Ministerio Público entiende que la actuación de aquel es procesalmente deficiente, se concluye como indudable la esencial y necesaria participación del Ministerio Público Tutelar en ejercicio de la representación invocada, complementando la acción de su representante necesario.

Por lo expuesto, solicito a la Excma. Cámara de Apelaciones que declare la legitimación del Ministerio Público Tutelar para petitionar en estas actuaciones como lo ha hecho y tal como está previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público 1903, artículo 49 y se avoque al estudio del recurso impetrado.

#. IV.a.ii) Inaplicabilidad de la jurisprudencia de autos "Castillo Serrano Claudio Fabián c/ GCBA s/ amparo".



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°3

Año 2010 **Bicentenario** de la Revolución de Mayo

El único argumento ensayado para justificar la denegación del recurso de apelación, es decir, que la parte actora consintió la medida, es acompañado por la cita de la jurisprudencia emanada de la Sala II del Fuero, en autos *"Castillo Serrano Claudio Fabián c/ GCBA s/ amparo"*.

Resulta claro que este no es un segundo argumento, sino una cita de autoridad, subsumida en el primero.

Sin embargo, dicho antecedente no resulta aplicable al caso de marras.

En autos *"Castillo Serrano Claudio Fabián c/ GCBA s/ amparo"*, el tribunal interviniente denegó la acción de amparo articulada, consintiendo la parte actora la resolución. Ésta, fue apelada por el Ministerio Público Fiscal, en ejercicio de sus defensas.

Si bien la Excelentísima Cámara (Sala II), rechazó la apelación del Ministerio Público, se trató de un caso radicalmente distinto.

En aquellos obrados, la apelación tuvo por fin la declaración de inconstitucionalidad de cierta normativa, sosteniendo la Sala que *"en el sistema procesal local, en razón que el Ministerio Público cuenta con carriles procesales adecuados para obtener, mediante decisión del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad, una sentencia que pueda privar de efectos en forma definitiva al artículo 14 del Estatuto del Docente (...) No se advierte el interés social de una declaración judicial de inconstitucionalidad que no podrá reparar el perjuicio sufrido por quién provocó en el caso la actuación de la justicia"*.

No obstante lo anterior, en la misma resolución, se deja constancia de lo contrario a lo sostenido por la señora juez de grado.

Así, en los fundamentos, se indica a modo de *obiter dictum* que *"cabe adelantar que la ausencia de apelación por el actor impide al tribunal dictar una decisión de fondo del asunto (...) Cuando el interesado lesionado por una decisión estatal la consiente en forma expresa o tácita, con la desaparición de su interés, se extingue la acción nacida por la lesión. Cuando los integrantes del Ministerio Público no*

ejercen la representación de los incapaces o del fisco, debe prevalecer, en principio, la voluntad de las partes intervinientes... (el resaltado me pertenece).

Como se puede observar, **prevalece –en principio- la voluntad de la parte, cuando el Ministerio Público no ejerce la representación de los incapaces** (en cuento al punto en cuestión).

A *contrario sensu*, se puede colegir que el Ministerio Público goza de legitimación procesal en ejercicio de la representación asumida, aún cuando la parte esté inactiva.

A la altura de estas consideraciones, no resiste mayor análisis la inoportunidad de la cita jurisprudencial efectuada por el tribunal de grado que, lejos de apoyar la tesis de su resolución, consolida la petición formulada por esta Asesoría.

Por último, y a riesgo de profundizar, debo señalar que con lo apuntado a lo largo de este ítem, hasta podría calificarse de arbitrario el proveído impugnado, por contradictorio.

Debe tenerse en cuenta que el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22° C.N.) justamente impone, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales y las autoridades administrativas, una consideración primordial atendiendo el interés superior del niño.

A su vez, el art. 12.2. de dicha Convención establece que se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional (entiéndase ley interna de cada país).

Además, el art. 39 de la Constitución local, caracteriza a las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos.

Recuérdese además, que las normas de la Convención citada no son normas programáticas. Dichas normas resguardan derechos humanos consagrados en tratados internacionales, y se encuentran dirigidas a situaciones de la realidad en la que pueden operar inmediatamente, pudiendo tales derechos ser invocados, ejercidos y amparados sin requerir de pronunciamiento expreso legislativo de otra índole, bastando su aplicación al caso concreto para hacerles surtir sus plenos efectos (conf. doctrina emanada del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°3

Año 2010 **Bicentenario** de la Revolución de Mayo

Argentina, en autos "Ekmekdjian c/Sofovich", del 7/7/92; L.L. 1992-C-540, E.D. 148-338, ver en especial el considerando 20° del voto de la mayoría).

Por todo lo expuesto, solicito a V.E. se avoque al estudio de la causa traída a su conocimiento y revoque por contrario imperio el proveído de fecha 3 de septiembre de 2010 (fojas 67), y proceda al estudio del recurso interpuesto.

V

AUTORIZA

Solicito se autorice a las Dras. María Pía Loredó Bader, Graciela Bralo, a los Dres. Sebastián Cayzak, Federico Kaimakamian Carrau, a las Sras. Denise Campos, Lidia Paúl, Loreley Gallo Silva y a los Sres. Gastón Fernández, Bruno Toselli, Agustín Espeche Gilardoni a extraer fotocopias del expediente, efectuar desgloses, diligenciar oficios y cédulas en los términos de la ley 22.172 y llevar adelante cuanto acto resulte necesario para la compulsión de las actuaciones.

VI

CASO FEDERAL

Para el hipotético caso que V.E. no hiciera lugar a lo peticionado, a fin de evitar toda caducidad de derechos, dejo desde ahora planteado el caso federal y la reserva de ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del Recurso Extraordinario, por violación de las siguientes normas constitucionales: 14, 17, 19 y 31 (Legalidad y Gravedad Institucional), 10, 11, 14, 17 y 18 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la doctrina de la arbitrariedad elaborado por el Alto Tribunal, al negarse a mis representadas los legítimos derechos reconocidos por normas legales y expresas.

VII

PETITORIO

Por todo lo expuesto a V.E., solicito:

- 1) Se tenga por presentado en legal tiempo y forma la presente queja;
- 2) Se agreguen las copias adjuntas;

- 3) Se oficie al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, Secretaría N° 29 a fin de que remita el expediente correspondiente a la causa "**AMARILEZ BERNAL LUIS ALBERTO CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO (ART. CCABA)**" (EXP. 38717/0) que motiva la presente queja;
- 4) Oportunamente, se haga lugar a la queja y se declare mal denegado el recurso de apelación;
- 5) Se tenga presente la reserva del caso federal efectuada.

Quiera V.E. tener presente lo expuesto y proveer de conformidad que,

SERA JUSTICIA

OTROSÍ DIGO:

Que vengo a declarar, bajo juramento, que ninguna Sala de la Excelentísima Cámara ha prevenido en el expediente ya referenciado o en algún incidente del mismo.

Quererlo también tenerlo presente que,

SERÁ JUSTICIA



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

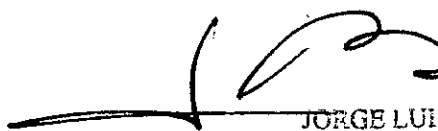
Ministerio Público Tutelar

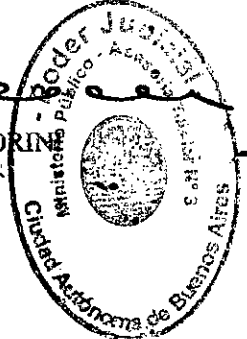
Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°3

2016 - Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina

**Comisión de Selección de Jueces,
Juezas e Integrantes del Ministerio Público**

Me dirijo a Uds., en mi carácter de Titular de la Asesoría Tutelar Nro. 3 de Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los fines de dejar constancia que el dictamen que antecede, pertenece a las actuaciones **"ASESORIA CAYT N° 3 CONTRA GCBA SOBRE QUEJA POR APELACION DENEGADA"**, (Expte. N° 38717/1), fue proyectado por el Dr. Federico Kaimakamian Carrau, agente de esta oficina judicial desde el año 2009. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 6 de septiembre de 2016.----


JORGE LUIS BULLORIN
ASESOR TUTELAR



Ministerio Público Tutelar
Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Buenos Aires, de agosto de 2011. VISTO: La queja interpuesta por la Sra. Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces, Dra. Magdalena Beatriz Giavarino, contra la apelación denegada por la Sra. Jueza de primera instancia, cuya copia obra a fs. 37 de este incidente y; CONSIDERANDO: 1. Que, a fs. 23/ y vta., la Sra. Juez de grado, hizo lugar a la medida cautelar solicitada y -en síntesis- ordenó al GCBA que arbitre los medios necesarios a fin de incluir al Sr. Luis Alberto Amarilez Bernal, junto con sus hijas, en alguno de los programas habitacionales vigentes, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la causa. Contra esa resolución, específicamente contra la falta de orden expresa de que la asistencia habitacional sea “adecuada y suficiente”, interpuso recurso de apelación la Sra. Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces, Magdalena Beatriz Giavarino, quien sostuvo –en síntesis- que, permitir que sea la demandada quien disponga qué tipo de programa habitacional otorgar al accionante y a sus representadas, implicaría un sinsentido de la tutela anticipada. La Sra. Jueza de grado entendió que no era procedente conceder el remedio intentado, con fundamento en que la parte actora no interpuso recurso alguno. 2. Que, llegan estos autos a conocimiento del tribunal a raíz de la queja deducida a fs. 43/48 vta. por la Asesora Adjunta, contra la providencia que denegó la concesión de la mentada apelación. Tal planteo fue mantenido por Gustavo Daniel Moreno, Asesor Tutelar ante la Cámara quien sostuvo que el recurso fue mal denegado por la sentenciante en la medida en que en caso de que la representación necesaria no ampare los derechos de la persona o los bienes del representado, por inacción, exceso o defecto de la intervención, el Ministerio Público Tutelar puede actuar autónomamente en reemplazo y hasta en contra de los representantes legales, escuchando a la persona representada. Posteriormente la Sra. Fiscal de Cámara, en sentido contrario, opinó que debería rechazarse la queja interpuesta. La Dra. Nélide Mabel Daniele dijo: 1. Que, en cuanto a la procedencia del recurso de apelación es menester señalar que se impone ser muy cauteloso a la hora de decidir cuestiones como la debatida en el presente, atento a que de las constancias de la queja en cuestión se desprende que lo decidido podría generar a la actora un perjuicio debido a todas sus implicancias, lo que aconseja –ante la duda- conceder el recurso de fs. 43/48 vta. Las medidas adoptadas en el sub examine difícilmente puedan ser encuadradas en los cauces procesales habituales, razón por la cual se impone, a fin de dirigir o encausar el proceso, preferir una aplicación flexible y prudente de la legislación adjetiva. En esa tarea el principio rector de la tutela judicial efectiva debe salir airoso. No puede perderse de vista que aparece como un principio que completa y amplía la garantía de la defensa en juicio, el cual se afirma gracias al status constitucional (art. 75, inc. 22 CN) que adquiere el Pacto de San José de Costa Rica, cuyos artículos 8 y 25 lo contemplan. De éste se derivan una serie de consecuencias que tienden a superar los óbices procesales que impidan el desarrollo del más adecuado derecho de defensa en juicio. En ese sentido, siendo los medios de defensa de interpretación favorable, en caso de dudas sobre la verdadera existencia de menoscabo debe resolverse a favor de la procedencia formal del recurso interpuesto, sin perjuicio del posterior examen meditado que tendrá lugar al examinar la compleja situación planteada. Sin perjuicio de ello, y a mayor abundamiento tal como fue plasmado por la Sra. Asesora General Tutelar en la resolución AGT N° 178/10 del el 30 de diciembre de 2010, el artículo 49 de la ley orgánica del Ministerio Público de la Ciudad (nro. 1903) entre las distintas modalidades de actuación de los Asesores o Asesoras Tutelares, establece que la representación puede ser complementaria en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces (inc. 1°), autónoma cuando carecieren de asistencia o representación legal o fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes personas que los o las tuvieran a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as (inc. 2°) o, conjunta, es decir, pudiendo iniciar acciones judiciales junto con los representantes necesarios (inc. 4°). El Dr. Esteban Centanaro dijo: 1. Que, por cuanto los parágrafos 1 y 2 precedentes resumen adecuadamente las constancias de la causa que resultan relevantes para decidir sobre la cuestión propuesta a conocimiento del Tribunal, cabe darlos por reproducidos a fin de evitar reiteraciones innecesarias. 2. Que, de acuerdo al modo en que ha quedado planteado el recurso deducido por el Sr. Asesor, la cuestión a resolver en esta instancia se circunscribe a expedirse sobre el rechazo de la petición formulada por aquél, al insistir en que la sentencia cuestionada no hizo mención a que la asistencia habitacional a prestar, deberá ser “adecuada y suficiente”. 3. Que, en este punto debe recordarse que la presente acción fue promovida por el Sr. Luis Alberto Amarilez Bernal, por sí, y en representación de sus hijas menores, Brisa Giselle, Jennifer Yamila y María sol Amarilez. Por su parte, una vez dictada la sentencia de fs. 23/ y vta. de esta incidencia, sólo la Sra. Asesora Tutelar dedujo recurso de apelación. Ahora bien, sobre la cuestión que aquí se plantea han existido, desde antiguo, discrepancias doctrinales generadas por la eventual contradicción habida entre el texto del art. 59 y el del inc. 2° del art. 57 del Código Civil, en tanto, mientras el primero señala que los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, el segundo omitiría aquella previsión. Esta discrepancia habría quedado zanjada, en el orden nacional, con la sanción de la ley 24.946 que, en su artículo 54 atribuye al Ministerio Público, entre otras facultades, la potestad de intervenir, en los términos del artículo 59 del Código

Civil, en todo asunto judicial o extrajudicial de los menores incapaces, y entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes, ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes legales. Asimismo, en el ámbito local, la ley 1903 estipula, en su art. 49, inc. 4º, que es función de los Asesores Tutelares intervenir en los términos del art. 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afectare los derechos de las personas menores de edad o de los incapaces, y entablar en defensa de estos las acciones y recursos pertinentes, sean en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios. Sin embargo, pese a ello, como bien clarifica el art. 59 del Código Civil, la intervención del Ministerio Público se encuentra concebida en términos amplios; es decir, deviene concurrente con la de quienes tienen primariamente el manejo de las cosas de los incapaces pues no se trata de procuración o delegación, sino de asistencia y control. Es decir que, si bien se reconoce que el Estado posee un determinado control sobre la forma en la que los padres ejercen su autoridad y decisión respecto del destino de sus hijos, su intervención se debe constreñir a aquellos casos en los que la conducta de los progenitores exige su actuación para preservar el orden público y proteger a los menores. Se ha sostenido, en ese sentido, que solamente ante situaciones que justifican no tomar en cuenta ese principio fundamental, que busca preservar la familia, en lo posible, de la intromisión de los poderes del Estado, resulta admisible la actividad jurisdiccional respecto de los menores bajo patria potestad (CNCiv., Sala F, 11/4/88, ED, 129:216). Admitir esa actividad interventora configuraría un lamentable desajuste en el recto obrar, a poco que se comprenda que el objeto propio de la actividad pública, ya sea por su naturaleza o por su concepción, debe llevar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero sin que ello implique absorberlos o destruirlos. Tales mercedes, favores o auxilios se plasman con la mentada función de contralor del Estado, en forma supletoria y secundaria que poco tiene de conexidad con una mal entendida intervención del poder administrador que exponga la intimidad de la familia a una suerte de inapropiada regulación de derecho público, sujeto a la autoridad de los funcionarios. Es por ello que el alcance añadido de la representación pupilar impide asumir iniciativas inapropiadas en terrenos en que los padres no tienen porqué delegar o compartir el cuidado y vigilancia de los intereses materiales y morales de sus hijos (CNCiv., Sala D, 25/3/87, ED, 124:542) Finalmente, en lo concerniente a la intervención promiscua en cuestión vale reiterar que aquella representación es conjunta con la de los progenitores, sin que conlleve la posibilidad de sustituir o de reemplazar a la legal y necesaria que prevé el art. 57 de la ley sustantiva (CNCiv., Sala D, 9/6/81, ED, 94:551; respecto de esta postura, ver la tesis doctoral del Dr. OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ titulada “La influencia del Estado en materia de patria potestad”). 4. Que, por todo ello y teniendo en cuenta que, como se dijo, la actora, que concurre por sí y en representación de su hija menor de edad, no ha cuestionado el pronunciamiento recaído a fs. 23/ y vta., corresponde concluir que el Sr. Asesor Tutelar de primera instancia no contaba con legitimación para deducir el recurso de fs. 30/32 vta. En suma, corresponde rechazar, por ese motivo, la apelación articulada. El Dr. Horacio A. G. Corti dijo: Por los argumentos vertidos en los autos “López, Jorge Ramón y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo (art. 14 CCABA)”, Expediente N° 33136/0, sentencia del 04/03/2010 –por tratarse de cuestiones análogas al presente-, adhiero a la solución propuesta por la Dra. Nérida Mabel Daniele. Por lo expuesto, y habiendo dictaminado la Sra. Fiscal de Cámara, el Tribunal –por mayoría- RESUELVE: Hacer lugar al recurso de queja y, en consecuencia, dejar sin efecto la resolución que desestima la apelación. Regístrese, notifíquese a la citada funcionaria en su despacho- y devuélvase al juzgado de origen encomendando al señora juez de grado que ponga en conocimiento de lo decidido a quienes corresponda.