**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**
**Fiscalía General**

**Expte. N° 11364/2014** "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Rudaeff, Sandra c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)"

**Tribunal Superior:**

## I.- OBJETO

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a fin de dictaminar sobre la queja y, en su caso, respecto del recurso de inconstitucionalidad denegado, ambos interpuestos por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCABA), conforme. fs. 207, punto 1.

## II.- ANTECEDENTES

Entre los antecedentes de interés, corresponde señalar que la Sra. Sandra Rudaeff, por derecho propio y en representación de su hija menor de edad, interpuso una acción de amparo contra el GCABA, en resguardo de sus derechos fundamentales y los de su hija, a la salud, vivienda y a la dignidad inherente a todo ser humano, frente a la grave y manifiestamente arbitraria conducta del GCBA, autoridad pública que les niega una asistencia habitacional adecuada y suficiente pese a encontrarse en un estado de máxima vulnerabilidad (ver fs. 1 del expte. N° 30098/0, en adelante el ppal.).

En este sentido, solicitó que se ordene a la autoridad administrativa demandada que le garantice el acceso a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad y en caso de tratarse de un subsidio, que el mismo le permita abonar de manera íntegra el valor de un lugar de las características descriptas.(cfr. fs. 1).

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

Por otra parte, a título de medida cautelar solicitó la urgente incorporación a alguno de los programas habitacionales vigentes que brindase una solución habitacional adecuada a sus requerimientos. En consecuencia, solicitó la entrega del monto suficiente para pagar la totalidad del período por el cual se concede el subsidio (cfr. fs. 1 vta.).

En su presentación, la actora manifestó que era una mujer separada, y que se encuentra a cargo de su hija menor de edad y que, al tiempo de iniciar la presente acción, se encontraba en situación de calle.

Refirió que vivió un tiempo en Brasil, junto a su pareja, con quien tuvo a la menor de edad. A causa de la violencia familiar que sufría se separó y residió junto con su hija menor en la Ciudad de Buenos Aires.

Describió que fue beneficiaria del subsidio habitacional establecido en el Decreto N° 690/06, consistente en $ 4000 en cuotas y que con esa ayuda pudo alquilar una habitación de un departamento en calle Centenera 2938. Agrega que en el año 2007 percibió la última cuota del subsidio y que a mediados del año 2008 fue desalojada, teniendo que recurrir a sus amigos para pernoctar. Indicó que solicitó la renovación del beneficio pero le fue denegado (cfr. fs. 1vta. / 2.)

Por otro lado, agregó que se dedicó a la venta ambulante, que recibía una ayuda de $300 y alimentos de la AMIA. La Sra. Rudaeff, manifestó que se encontraba sin trabajo estable, que percibía la suma de $180 del Programa Ciudadanía Porteña, $110 de la tarjeta "Coto" y $ 50 provenientes de la AMIA, en concepto de subsidio (fs. 2).

En cuanto su salud, señaló que padece de problemas cardíacos, atendiéndose en el Hospital José M. Penna y que se encuentra realizando un tratamiento terapéutico en el Hospital Ameghino.Asimismo, indicó que la menor de edad goza de buen estado de salud.

Por último, manifestó que la menor de edad se encuentra escolarizada, concurre a jornada completa en una escuela de la colectividad

judía a la que pertenece, llamada JABAD, donde se encuentra becada.

La Sra. jueza de primera instancia resolvió hacer lugar a la acción de amparo impetrada y, en consecuencia, ordenó al GCBA a mantener las prestaciones previstas en el decreto N° 690/06 tendientes a asegurar el alojamiento de la amparista y su hijo menor de edad hasta tanto supere su situación de emergencia habitacional(fs. 287/289 vta. del ppal.).

El Sr. Asesor Tutelar interpuso recurso de aclaratoria contra la sentencia de grado, el cual fue rechazado a fs. 294. Ante dicha decisión, interpuso recurso de apelación (ver fs. 298/299 del ppal.).

En lo que aquí interesa, la Asesoría Legal alegó: la omisión de su petición a fs. 279 en la sentencia de grado, en el cual se solicitó que la demandada evalué en forma bimestral al grupo familiar actor y colabore en la búsqueda de soluciones alternativas a fin de superar la máxima crisis en que se encuentran.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, con fecha 24 de septiembre de 2013, resolvió *"...hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Tutelar, en los términos expuestos en el considerando VI del voto de la jueza Mariana Díaz y el considerando XX y XXIII del voto del juez Carlos F. Balbín, en los autos "Llanos Miranda Celma c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", sin costas..." (fs. 364 y vta.)*

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

Todo ello, por resultar la actora una mujer de 48 años, sola, único sostén del hogar, con una hija menor de edad a su cargo (fs. 364 y vta. del ppal.). En consecuencia, se ordenó a la demandada que mientras subsista la situación actual del grupo actor, les preste adecuada asistencia habitacional,

ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso.

Recuérdese, que en el precedente al que se remitió la Sala se sostuvo que la Sra. Llanos, en razón de su situación fáctica (ser una mujer sola que padecía una enfermedad infectocontagiosa con dos hijos menores a su cargo) estaba dentro del grupo a quienes las previsiones constitucionales y legales otorgaban asistencia prioritaria (conf. punto IV del voto de la Dra. Díaz). A su vez, en el voto del Dr. Balbín se hizo hincapié en la Convención de los Derechos del Niño, la Ley N° 21061, el art. 39 de la CCABA y la ley local N° 114, toda vez que se trataba de un caso en que se hallaban comprendidos menores de edad (cont. punto XIX del voto del Dr. Balbín) (fs. 385/391 del ppal.).

El Sr. Asesor Tutelar interpuso recurso de aclaratoria a fs 366, alegando que la sentencia de Cámara (fs 364/364 vta), no trató el agravio expuesto a fs 298/299 del ppal.).Los Sres. Camaristas resolvieron hacer lugar al recurso de aclaratoria y rechazar el recurso de apelación.

Ante dicha decisión, la Asesoría Tutelar interpuso recurso de reposición ante la Cámara de Apelaciones a fs. 374/376 vta contra la resolución de fs. 368/369 vta.La Sala I rechazó el recurso de reposición, si costas.

Por otro lado, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 379/394) contra la sentencia de fs. 357/364.

Señaló, en primer lugar, que la resolución dictada por la Cámara le provoca un gravamen irreparable. Asimismo, consideró que lesiona sus derechos de defensa en juicio, propiedad y la garantía del debido proceso legal adjetivo, a la vez que la tildó de arbitraria (cfr. fs. 381 vta. / 382 del ppal.).

Puntualmente, como agravios desarrolló los siguientes: **a)** gravedad institucional, porque no declara la inconstitucionalidad de la normativa aplicable al caso y, al mismo tiempo, la inaplica, pues no establece tope al monto que el GCBA debe abonar, a la vez que desconoce la jurisprudencia de V.E. emanada del precedente "Alba Quintana"; **b)** el fallo realiza una interpretación elusiva de la ley; **c)** efectúa una equivocada inteligencia y aplicación de normas constitucionales, toda vez que el art. 31 de la CCABA y el art. 14 bis sostienen que las personas tienen derecho a acceder a una vivienda, pero lejos están de sostener que los individuos tienen derecho sine die a disfrutar de subsidios otorgados con carácter excepcional; **d)** invade la zona de reserva de los poderes legislativo y ejecutivo, por cuanto la resolución de la Alzada denota una arbitraria invasión en la zona de reserva de los otros poderes, en la medida en que la Sala no sólo ha legislado, sino que además ordena arbitrariamente afectar una suma de dinero que no ha sido presupuestada y; **e)** desconoce la jurisprudencia del TSJ ("Alba Quintana") y de la CSJN ("Q. C., S. Y. *c/* GCBA s / amparo").

La Cámara resolvió, con fecha 05 de Agosto del corriente año, denegar el recurso por no plantearse debidamente un caso constitucional (cfr. fs. 427/429 vta. del ppal.). Sostuvo, al respecto, que el líbelo procesal articulado por el GCBA sólo planteaba su disenso con la solución arribada, sin controvertir adecuadamente la situación fáctica descripta en el fallo y el ordenamiento jurídico que sustentaba el decisorio. Además, los magistrados de la Alzada indicaron que los agravios planteados remitían al análisis de cuestiones de hecho y prueba y a la interpretación asignada a normas infra constitucionales, sin que se plantee un verdadero caso constitucional, toda vez que sus quejas fueron formuladas en términos genéricos y apartadas de la situación particular analizada.

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

A su vez, desecharon los agravios vinculados con la invasión a la zona de reserva de la administración, la arbitrariedad y la gravedad institucional.

Contra esa resolución, el GCBA interpuso recurso de queja (cfr. fs. 2/10 vta.). En virtud de ello, se dispuso correr vista a esta Fiscalía General, conforme fs. 207, punto 2.

## III.- EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Previo a efectuar cualquier consideración, conviene recordar el plexo normativo que habilita a este órgano de la constitución local actuar ante estos estrados.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispuso en el art. 124 que el Ministerio Público tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial, estableciendo que se encuentra a cargo de un o una Fiscal General, un Defensor/a General y un/a Asesor/a General.

En esta inteligencia, entre las funciones asignadas estableció, en lo que aquí interesa:

a) la promoción de la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y
b) velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

Por otra parte, la ley orgánica del Ministerio Público N° 1.903, modificada por la ley 4891, previó dentro de las competencias del art. 17),

"1.- Intervenir en todos los asuntos en los que se hallaren involucrados el interés de la sociedad y el orden público. 2.- Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (...) 5.- Intervenir en los procesos en que se cuestione la validez constitucional de normas jurídicas de cualquier jerarquía, y en los que se alegare privación de justicia. 6.- Velar por la observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales. 7.- Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales, asegurar la normal prestación de la función judicial y velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal...".

Por su parte, el art. 3 establece que el Ministerio Público ejerce la defensa del interés social de modo imparcial.

De lo expuesto se colige que el Ministerio Público Fiscal, en tanto actúa de manera imparcial, no ejerce la representación de parte en el proceso, en uso de las funciones y atribuciones conferidas le compete primordialmente la estricta defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, la normal prestación del servicio de justicia, la satisfacción del interés social, el resguardo del debido proceso y la observancia de las normas. Dicha tutela, excede el mero interés particular y de sus planteos, siendo por tanto bienes indisponibles para las partes en particular.

Así lo ha sostenido la doctrina que ha señalado que "El Ministerio Público (...) es una parte especial que representa, en el proceso, al interés social en abstracto, independiente de la mayoría gobernante. Representa a la sociedad en su totalidad, como elegido defensor del orden jurídico al que la comunidad, en su conjunto, se somete. Por ello, al dictaminar, obliga que el juzgador pondere la interpretación que de la ley efectúa (...) No es menos

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

obvio que la ley deberá, a su vez, establecer los casos en que la vista al fiscal, en todas las instancias, inclusive la de la Corte Suprema, ha de ser obligatoria y no optativa, como a veces se lo considera a raíz del resabio de la errónea idea de concebir al fiscal como un mero asesor del tribunal, en lugar de aceptarlo como lo que es en rigor: El representante en el juicio del interés social, al que el juzgado, por tanto, le debe atender sus planteos. De esa suerte, el justiciable verá que sus reclamos, en los aspectos que hacen al orden público y al derecho federal serán resueltos a través de la coincidencia con los argumentos del fiscal, o bien por fundadas razones encaminadas a demostrar lo errado de éstos..." (v. Obarrio, Felipe Daniel, en El Ministerio Público: Cuarto poder del Estado, La Ley, 1995-C, 870, citado por Sabsay, Daniel Alberto, ob. Cit., ps. 390/391).

Asimismo, la CSJN ha hecho hincapié en éstas funciones asignadas al Ministerio Público, diferenciándolas de aquellas asignadas a los órganos que tienen por objeto defender a la Administración, al indicar que su actuación "...trasciende el exclusivo propósito persecutorio; y que el art. 25 de la ley encomienda a dicho órgano –entre otras funciones- promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (inc. a), representar y defender el interés público (inc. b), velar por la observancia de la Constitución Nacional y de las leyes de la República (inc. g) y por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal (inc. h)...", indicando que le compete "...no sólo como titular de la pretensión punitiva que se ejerce en la esfera penal, sino también como magistratura de control, a fin de custodiar el orden público y la defensa del orden jurídico en su integridad..." (CSJN, Líneas Aéreas Privadas Argentinas S/ infracción ley 11.683", Recurso de Hecho, del 31/10/2006, voto en disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).

Con tal criterio expuesto, en cumplimiento de la manda constitucional y legal citada se ejercerá la respectiva tutela la cual podrá abstraerse de los agravios que pudieran ser planteados por las partes intervinientes en el proceso.

## IV.- ADMISIBILIDAD

En cuanto a la admisibilidad de la queja, cabe señalar que de las constancias de la causa surge que quien apeló la sentencia de grado fue la Asesoría Tutelar y no así la parte demandada, como erróneamente indicó ésta en su escrito de interposición de recurso de inconstitucionalidad.

Es decir, la parte demandada no ha apelado la decisión de grado confirmada luego por la Cámara, razón por la cual ha consentido la misma, lo que pone en evidencia que carece de agravio, tal como lo remarca la actora al momento de contestar el traslado del recurso de inconstitucionalidad (conf. fs. 406 vta. /408), máxime si se tiene en consideración que la Cámara falló, en definitiva y aclaratoria mediante, rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Asesoría Tutelar.

No es otra la interpretación que puede efectuarse de lo ocurrido en autos, si se tiene presente que la decisión primigenia de la Cámara había resuelto hacer lugar parcialmente a la apelación deducida y luego directamente corrigió su decisión rechazando ese remedio procesal.

Conforme a ello, tampoco corresponderá expedirse en relación a que el fallo del *a quo* se expidiera, remitiendo a otros precedentes de la Sala, respecto de cuestiones ajenas a las que excitaron su intervención, pues ello resultó, en definitiva, corregido mediante la resolución que admitió la aclaratoria.

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

En consecuencia, dado debería rechazar el recurso de queja.

## V. LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO TUTELAR

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, en virtud del aludido rol fiscal, cabe señalar también que la resolución de la Alzada dio tratamiento al recurso de apelación interpuesto por la Asesoría Tutelar, incurrió en un vicio *in procedendo*, en la medida que aquella carecía de legitimación para recurrir.

Ello así por cuanto, tal como surge de las constancias de la causa, la resolución de primera instancia fue consentida por la parte actora.

De esta forma, el cuestionamiento de la sentencia fue opuesto en forma autónoma por el Ministerio Público Tutelar, por sobre la actividad y voluntad de la parte actora, indicando que lo solicitado podía estar incluido en el objeto de la demanda interpuesta por la actora en relación a que la misma requería que "se brinde orientación en la búsqueda de estrategias de solución habitacional definitiva".

Sin perjuicio de ello, el recurso interpuesto por la Asesoría Tutelar impulsó una revisión de la sentencia en exceso de las facultades mismas de dicho ámbito ministerial, lo que convierte a la sentencia de la Sala, a criterio del suscripto, en arbitraria.

En este sentido, cabe indicar que más allá de lo considerado por la Asesoría Tutelar, lo cierto es que tal interpretación, en el caso y tal como ha sido planteado por el ámbito tutelar, no puede ir más allá de la propia actuación de la parte, la que se demuestra en el propio expediente y en particular mediante el consentimiento de la sentencia al omitir apelar la misma.

Ello así por cuanto, el Ministerio Público Tutelar, fuera de los

supuestos de representación autónoma contemplados en la norma orgánica del Ministerio Publico Tutelar, no cuenta con competencia per se para superponer o suplir la representación de la parte actora, que en el caso no ha recurrido la sentencia.

Conforme señalara esta Fiscalía General recientemente (cfr. Dictamen FG 157/14, en los autos **Expte. Nº 9817/13** "Ministerio Público – Asesoría Tutelar ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Orue Galindo, Leslye Susan c/ GCBA s/ daños y perjuicios", del 16/6/2014), la ley orgánica del Ministerio Público, dispuso en relación a las específicas funciones del Ministerio Público Tutelar, "...1) asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ente 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, 2) Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad o de los/as incapaces o inhabilitados/as de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos últimos, 4) 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/as incapaces y entablar en defensa de estos/as las acciones y recursos pertinentes sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios..." (art 53 ley 4891, el subrayado me pertenece).

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

Tales previsiones concuerdan con lo específicamente previsto en el Código Civil, en tanto el mismo dispone que la representación de las

personas por nacer y menores no emancipados, está a cargo de sus padres o tutores (art 57 inc. 1° y 2°). Si bien el art. 59 del Código Civil de la Nación dispone la intervención necesaria del Ministerio Tutelar, establece que a éste le cabe una representación promiscua respecto de los representantes necesarios.

De esta manera, la actuación del Ministerio Público Tutelar, se encuentra limitada a las circunstancias que expresamente prevé el legislador en el art. 61 CC -y que son replicadas en la ley local-, esto es: cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes.

De un análisis sistémico de la normativa expuesta, se advierte que el Ministerio Público Tutelar debe necesariamente intervenir en los procesos en los cuales se encuentren involucrados niños, niñas y/o adolescentes y/o incapaces, debiendo representar sus intereses en forma promiscua, toda vez que conforme dispone el CC, ellos son primeramente representados a través de los representantes que la ley dispuso para ello.

De las normas cotejadas resulta, a criterio de éste Ministerio Púbico Fiscal, que el Asesor Tutelar podrá actuar en forma autónoma, sin el consentimiento del representante legal del menor y/o del incapaz en caso de que éstos: a) carecieren de asistencia o representación legal; b) fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo, c) hubiere que controlar la gestión de estos últimos y d) existieran intereses contrapuestos entre el incapaz y su representante.

Cualquier actuación por sobre las mencionadas colisiona las competencias asignadas por el legislador al Ministerio Público Tutelar, a la vez que demuestra una suerte de paternalismo estatal opuesto al sistema jurídico vigente.

Ello ha sido indicado recientemente por ese TSJ, al señalar que "...cabe concluir que la intervención del Ministerio Público Tutelar no ha sido instaurada para que oficie como una suerte de defensa técnica adicional, con capacidad suficiente para duplicar o incluso superponerse a la actuación de quien sí ejerce dicho rol, sino que su participación en cualquier proceso ha sido regulada a favor de determinados colectivos —niños, niñas y adolescentes y/o incapaces o inhabilitados— en función de una especial "condición de vulnerabilidad", que es su misión velar para que sea tenida en cuenta y respetada..." (Expte. n° 9688/13 "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos: Navarro, Aldana Cristina y otros s/ art(s). 181, inc. 1, usurpación (despojo), CP (p/L 2303, de fecha 20/11/2013, del voto de la Dra. Conde).

Asimismo, ha dispuesto que: "El carácter promiscuo de la representación ejercida por el Asesor Tutelar (art. 59 del Código Civil) determina que su legitimación para efectuar planteos como los que introdujera en autos se encuentra supeditada a la ausencia o defecto de una adecuada tutela por parte de los representantes necesarios de los menores. Si el ministerio pupilar 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 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 tutela del interés superior del niño..." (Conf. "Comisión Municipal de la Vivienda c/Gómez Mónica Elena s/Desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad concedido", sentencia del 15 de mayo de 2002, del voto de la jueza Conde).

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

En el caso, se advierte que la actividad recursiva instada

autónomamente por el Ministerio Público Tutelar no ha indicado ni argumentado en modo alguno cuál sería la falencia de la actuación de los representantes de la personas menores de edad asistidos en el caso por el Ministerio Público de la Defensa, quiénes consintieron los términos de la sentencia de grado.

De esta forma, al acoger los argumentos del Sr. asesor tutelar, la Sala se ha expedido por sobre la actividad procesal de la parte actora, cuya manifestación debe desprenderse únicamente de su actuación en el proceso que, en el caso, significó consentir la resolución de primera instancia.

## VII.- PETITORIO

Por lo expuesto precedentemente, amén de las observaciones formuladas en el punto que antecede, opino que corresponde que el Tribunal Superior de Justicia rechace el recurso de queja interpuesto.

Fiscalía General, 31 de marzo de 2015.

**Dictamen FG N° 145 CAyT/15.-**

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A