

# Desalojos con Menores y Otros Incapaces Aristas Dogmáticas (Convencionales, Constitucionales, Legales y Jurisprudenciales)

## REFERENCIA:

Tanto los Pactos Internacionales de Derechos del Niño, Niña y Adolescente y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas incorporados a la Constitución Nacional en el año 94, como la misma Carta Magna, consagran en su art. 14 bis el derecho a una vivienda digna. Estos derechos se ponen en tensión con el derecho a la propiedad en un juicio de desalojo. Este estudio trata de abordar esa problemática.

## Importancia de la cuestión

La justicia de Circuito de la Provincia de Santa Fe, según la Ley Orgánica de Tribunales, art. 111 le compete el conocimiento de todo litigio que ver-se sobre desalojo inc. 2) del artículo mencionado, de allí la importancia que le concedemos el estudio de la cuestión propuesta ya que a diario nos

encontramos en la necesidad de ordenar desalojos en donde aparecen involucrados menores y/o discapacitados que son el centro sobre el que ha hecho foco nuestro presente estudio.

Si a esto sumamos el derecho constitucional contenido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto al acceso a una vivienda digna, cuanto los numerosos dispositivos de los Pactos Internacionales del Derecho del Niño, Niña y Adolescente y del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, de los que el Estado no sólo ha sido signatario sino que incorpora como derechos individuales y sociales a la Carta Magna según la reforma a la misma del año 1994, se nos aparece en forma inmediata la importancia señalada. También abordan esta cuestión la Resolución del Defensor General de la Nación DFG N°91/11 del 05.05.11 y las Cartas de Derechos de las Personas ante

la Justicia en el espacio Judicial Iberoamericano y las Reglas de Brasilia de acceso a la Justicia de las Personas en situación de vulnerabilidad.

Esto es así por cuanto la vinculación de estos derechos con la situación de vulnerabilidad (de menores e incapaces) es evidente conforme las Reglas (que así los consideran) y el Protocolo adicional mencionados precedentemente y porque además tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como de la Corte Suprema de Justicia local han establecido su doctrina manifestando la obligatoriedad de los jueces y funcionarios judiciales en realizar de oficio el control de convencionalidad y constitucionalidad de las normas que se aplican, así la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Rodríguez Pereira<sup>1</sup> (entre muchos otros) destaca «la jurisprudencia -Corte Interamericana de Derechos Humanos- reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los paí-

DR. DANTE M. E. FORMENTINI | Juez de 1<sup>ra</sup> Instancia de Circuito N<sup>ro</sup> 2, Santa Fe.

DRA. MARÍA JOSÉ HAQUÍN | Jueza de 1<sup>ra</sup> Instancia de Ejecución de Circuito, Santa Fe.

DRA. TERESITA BONAVÍA | Secretaria del Juzgado de 1<sup>ra</sup> Instancia de Circuito N<sup>ro</sup> 2, 1<sup>ra</sup> Secretaría, Santa Fe.

DR. ALFREDO A. LUNA | Secretario del Juzgado de 1<sup>ra</sup> Instancia de Circuito N<sup>ro</sup> 2, 2<sup>da</sup> Secretaría, Santa Fe.

DRA. MARÍA ITATÍ GÖHRINGUER | Prosecretaria del Juzgado de 1<sup>ra</sup> Instancia de Circuito N<sup>ro</sup> 2, 1<sup>ra</sup> Secretaría, Santa Fe.

DRA. YANINA LOTTO GÓMEZ | Prosecretaria del Juzgado de 1<sup>ra</sup> Instancia de Circuito N<sup>ro</sup> 2, 2<sup>da</sup> Secretaría, Santa Fe.

MARTÍN STEFFANI | Oficial de Policía, Seccional 2<sup>da</sup> URI, Santa Fe.

ses que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado.

Igualmente la Corte Local Santafesina ha establecido similar doctrina en la causa Cabrera<sup>2</sup> que ha de tenerse presente que la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a nuestro bloque constitucional con la reforma de 1994 (arg. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional) impone a los jueces el deber de respetar los derechos allí reconocidos y velar que sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y, en pos de ello, cobra especial relevancia la interpretación que de éstos hacen los organismos internacionales.

En tal sentido, es deber de los jueces seguir las decisiones emanadas de

los organismos internacionales en la interpretación de los Pactos que rigen en materia de derechos humanos, a modo de doctrina legal y ello a fin de evitar la responsabilidad del Estado como un compromiso de buena fe, derivado del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Sabido es que con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos el control de constitucionalidad evolucionó a un control de convencionalidad. Específicamente, cuando el Estado de Argentina ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio (art. 1.1, C.A.D.H.) adoptando las medidas legislativas o «de otro carácter» que fueran necesarias para hacerlos efectivos (art. 2, C.A.D.H.). En tal sentido se ha sostenido con particular referencia al Poder

Judicial que «cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ellas...» (caso Cabrera Diego Fabian<sup>3</sup>) como se ve la implicación de ambos temas y la necesidad de su control de constitucionalidad y convencionalidad es evidente por lo reseñado y por ello nos obliga al presente estudio.

### La situación de los Menores frente al Desalojo

Las Cámaras Nacionales y también la Cámara de Circuito de Rosario han venido tratando este tema en numerosos pronunciamientos incluso en sentido discordante.

Recientemente en fallo de Agosto de 2013, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse sobre la cuestión y realizar su abordaje, en la causa Escobar, Silvina<sup>4</sup>.

## Por los Fueros

Desalojo con menores y otros incapaces

Si bien con argumento oblicuo se ha debatido si los menores son o no son parte en los juicios de desalojo y con ello si le son aplicables o no las normas convencionales.

Nos adentraremos en esta cuestión.

### El Caso

En el caso Escobar Silvina<sup>5</sup> los hechos son los siguientes: el 22/09/2009, Alejandra R. se presentó ante la Comisaría N° 24 de la Policía Federal y, en carácter de co-propietaria del inmueble de la calle Brandsen, denunció que la casa había sido ocupada por personas desconocidas. En el curso del proceso por el delito de usurpación se acreditó tanto el carácter invocado por la denunciante como el hecho de la ocupación de la vivienda por varias familias entre cuyos integrantes había niños y adolescentes.

Los intrusos pretendieron justificar la posesión mediante contratos falsos que fueron fácilmente descalificados como títulos legítimos para permanecer en el lugar.

El Fiscal a cargo consideró que se encontraban reunidas las condiciones que establece el último párrafo del art. 335 Cod. Procesal Local para hacer lugar a la cautelar de restitución del inmueble y, en consecuencia, solicitó al Juzgado interviniente el desalojo de los ocupantes.

La Asesoría Tutelar en lo Penal, Contravencional y de Faltas tomó conocimiento de la existencia de ese pedido y requirió al Juez una vista de las actuaciones a fin de emitir un dictamen en relación a los derechos e intereses de los menores de edad que residían en el inmueble que pudieren verse afectados por el desalojo.

El Juez resolvió que la Asesoría Tute-

lar carecía de legitimación para actuar en el proceso, pues a tenor del art. 40 de la Ley Local N° 2451 (Régimen Penal Juvenil) su intervención en causas penales estaba limitada en supuestos en que menores de edad fueren imputados, víctimas o testigos de delitos, condición que no revestían en el caso.

El Asesor Tutelar apeló la decisión por considerar que era lesivo del Derecho del Niño a ser escuchado e intervenir en todo procedimiento que lo afecte en su persona, reconocido por normas de nivel constitucional como legal. En ese sentido, postuló que el desalojo podía menoscabar el derecho a la vivienda digna en función de lo cual los intereses de los menores debían ser intervenidos.

La apelación fue rechazada *in limine* por la alzada bajo el mismo argumento de la ausencia de legitimación para ser parte en procesos penales en los que el menor no reviste la calidad de

imputado, víctima o testigo.

Contra ese pronunciamiento se interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal superior de la ciudad que no fue concedido. La queja por recurso denegado fue, asimismo, desestimada por la mayoría del Tribunal superior local por considerar, en lo sustancial que la cuestión no era apta para ser conocida por esa instancia de excepción pues versaba en la aplicación del derecho procesal y carecía de relación directa e inmediata con las cláusulas constitucionales invocadas.

Esa resolución fue objeto del recurso extraordinario cuya denegación fue motivo de esta queja.

### **En resumen**

Lo que se discute en este caso es si los menores en cuestión son parte del proceso de desalojo o no lo son, pues

si son parte de dicho proceso sus derechos legales, constitucionales y convencionales se verán afectados, y por ende serán representados por el Defensor General en forma promiscua conforme el art. 59 CC (que ordena la representación promiscua del Defensor General).

Por el contrario, si no son partes y con ello no se ven afectada sus derechos de forma inmediata -con el desalojo-, no deben ser representados por el Defensor General.

### **Los argumentos**

El Defensor General ha postulado que el desalojo ordenado por la justicia ordinaria de la CABA, al no darle intervención a los menores a través de la representación promiscua del Asesor General Tutelar es violatorio:

1) de las garantías constitucionales de la defensa en juicio, derecho a par-

ticipar en un proceso justo amparado en el debido proceso legal (art. 18 CN), 2) derecho a la vivienda, la que debe considerarse como el espacio donde vivir en seguridad, paz y dignidad (cf. Observación Gral N° 4 art. 11 párrafo 1 adoptada el 13/12/91, reconocido por la Declaración de Vancouver de 1976, Observación General N° 7 sobre «El derecho a una vivienda adecuada», párr. 1 del art. 11 del Pacto: los desalojo forzoso 16° período de sesiones, 1997, 3) derecho a la supervivencia y al desarrollo en la máxima medida posible (Conv. D. Niño), 4) derecho de ser oídos ( art. 12 CDN), 5) de participar activamente en todo asunto que los afecta e involucra, con relación a un derecho fundamental, como lo es el derecho de una vivienda digna, 6) de la obligación asumida por el Estado Nacional de la aplicación de los Pactos Internacionales,

## Por los Fueros

Desalojo con menores y otros incapaces

myf

422

El Defensor postula los agravios que con la decisión perjudican a su defendido: 1) se desconoció su calidad de sujeto de derecho, 2) se desconoció el interés superior en juego (eje rector de toda decisión judicial), 3) su derecho de defensa en juicio, 4) derecho a acceder a la justicia, 5) derecho a participar y peticionar activamente en todo asunto que lo afecta e involucra ya sea en forma directa, a través de su representante promiscuo o de un abogado especializado; máxime cuando una cuestión de fondo afecta a su derecho a un adecuado desarrollo psico-físico y a una vivienda digna, derechos reconocidos tanto en el orden nacional como internacional por los artículos 14 bis, 75 inc. 22 CN, art. 10 y 31 de la CCABA, art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 27 Convención Sobre los Derechos del Niño, art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y

Deberes del Hombre.

Enfatiza que a los niños, por su condición, se les ha reconocido que gozan de los mismos derechos que corresponden a toda persona más un plus dado justamente por su realidad de personas en situación de vulnerabilidad (siendo esta su única especificidad) conforme a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad XIV – Cumbre Judicial Iberoamericana. (Regla 3, 5, 30, 78).

Manifiesta que se ha violentado lo dispuesto en las Observaciones Generales N° 4 y 7 del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pone de relieve que también se ha vulnerado con lo dispuesto en la Ley 26061, Derechos del niño, niña y adolescentes y las Recomendaciones efectuadas por el Comité sobre los

Derechos del Niño en su Observación N° 12 respecto del reconocimiento del derecho de todo niño a participar y peticionar en el caso bajo análisis.

Considera que en el caso no se ha tenido en cuenta la exigencia por parte de los padres o tutores a que le informen de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que puedan adoptarse y sus posibles consecuencias, derecho fundamental a la información lo que constituye una condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del menor.

Por su parte la Procuración General de la Nación solicita a través de su dictamen sea desestimada la queja interpuesta, fundándose por su parte:

1) El niño no tiene legitimación pasiva en el caso en examen ya que no recae en su cabeza la titularidad de la relación jurídica que representa la imputación del delito de usurpación

como tampoco la que se origina con un inmueble ni de alguna relación personal con su propietario que pueda justificar la pretensión autónoma de resistir el desalojo.

2) En el caso, no se estarían vulnerando las normas constitucionales y convencionales que garantizan a todas las personas el derecho al debido proceso, la defensa en juicio y la protección judicial contra todo acto que lesione sus derechos fundamentales (arts. 18 CN y 25 CADH) y en particular al art. 12. 2 CDN que establece que se dará al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, puesto que no es un proceso en el que el niño sea sujeto directo de la relación jurídica.

3) Por ello, al no ser parte los menores del litigio, no se vulneran las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia (Reglas 3, 5 30 y 78, entre otras).

4) Como argumento tomado del *a quo* observa que sería absurdo que, si los menores fueran parte en el desalojo con legitimación autónoma, la asesoría tutelar debería intervenir también como parte necesaria en toda causa penal en que pudiera resultar sancionada una persona con sus hijos menores, puesto que siempre en tal caso los intereses de los niños podrían verse indirectamente comprometidos.

5) Ausencia de nexo lógico en los argumentos emitidos por la Asesoría, atento a que no es tolerable la ocupación ilegal de una casa a los fines de satisfacer el derecho a la vivienda del niño en contradicción con el derecho de propiedad privada del que reclama un desalojo colocando en la persona del propietario individual la obligación de satisfacer el derecho a una vivienda adecuada a costa de su derecho propio.

6) El derecho a la vivienda entendido

como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad. Entre los aspectos que atañen al concepto de vivienda adecuada figura la seguridad jurídica de la tenencia, por ello considera que no se trata del mero estar en una casa sino de estar allí con derecho.

7) Afirma que si en el caso existiera alguna afectación al derecho a la vivienda de los niños, ésta sería anterior al desalojo que se pretende resistir y no como consecuencia de él.

Finalmente asevera que la vía del proceso alegado carece de relación directa con los intereses de los niños, pero no quiere decir que éstos no merezcan una primordial tutela por parte del Estado a través de las vías legales pertinentes.

### **El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

## Por los Fueros

Desalojo con menores y otros incapaces

myf

424

La Corte Suprema hace suyo el dictamen de la Procuración General y establece que los menores no son partes en estos procesos y que el interés sustancial y directo que alega el Asesor Tutelar en términos del derecho a la vivienda adecuada no tiene nexo lógico con el reclamo que procura satisfacer (evitar el desalojo).

Teniendo en cuenta que si existiera alguna afectación al derecho a la vivienda de los niños, ésta sería anterior al desalojo que se pretende resistir y no consecuencia de él, y lo establecido en el art. 27 de la CDN con relación al nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental espiritual, moral y social de aquél corresponde disponer que los jueces de la causa iniciada por el delito de usurpación pongan en conocimiento de las autoridades competentes la situación de las niñas y/o adolescentes que pudieran verse afectadas en autos a los fines del pertinente resguardo de su

derecho constitucional.

### La situación en la Justicia de Circuito de la Provincia de Santa Fe

#### Conclusión

En la práctica laboral corriente de Circuito los desalojos se realizan dentro de los parámetros establecidos concretamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con anterioridad a dicho fallo ya la Excelentísima Cámara de Circuito de Rosario había decidido en igual sentido en los autos: Petinari, Horacio Daniel<sup>6</sup>.

Es de práctica anoticiar a las autoridades municipales y provinciales con competencia en la cuestión de que podría dictarse una sentencia que deje a los menores en situación de desamparo.

Cabe mencionar que el Decreto N°

619/10 reglamentario de la Ley Provincial N° 12967 (Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes) en su Anexo I – Artículo 30 establece niveles de intervención de los organismos estatales siendo el primero los conformados por los Municipios y Comunas y en segundo nivel los Provinciales.

Determina que en ningún caso dichos servicios (los Provinciales de Segundo Nivel), ni los equipos intervinientes de Segundo Nivel podrán ser convocados por otros poderes del Estado Provincial para realizar tareas de supervisión y/o seguimiento de decisiones tomadas por organismos ajenos al Poder Ejecutivo Provincial.

No obstante dicha normativa es de práctica frecuente en la justicia de circuito dar anoticiamiento también a las autoridades provinciales porque ello no importa convocar a otros organismos del estado provincial para

realizar de tareas de supervisión y/o seguimiento sino poner en conocimiento a los funcionarios competentes del Poder Ejecutivo de eventuales situaciones de desamparo que deberán solucionar.

Ello es el acuerdo que al se llegó en las Primeras Jornadas Provinciales de Jueces de Circuito organizadas por Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Santa Fe en Rincón en el mes de octubre de 2013.

Responde con la obligación que la Corte Nacional pone en cabeza de los jueces de poner en conocimiento a las autoridades de menores en situación de desamparo.

Si bien la Observación General N° 7 sobre Desalojo Forzado del Comité del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su párrafo tercero in fine establece que lo ordenado en dicho

pacto «no es aplicable a los desalojos forzados efectuados legalmente», no implica que no deban observarse en lo pertinente estándares internacionales como ser algunos de los contenidos en la Observación N° 7 antes referidas ya que no respetarlos acarrearía la violación a la dignidad humana. Estos son:

- 1) Que sean en horas diurnas y en jornadas de buen tiempo.
- 2) Cantidad proporcional de personal policial a la cantidad de personas a desalojar.
- 3) Deberán estar todos los agentes de seguridad que intervengan previamente identificados.
- 4) Deberá registrarse todo en un soporte fílmico.
- 5) Las mujeres que se encuentren en el predio deberán ser desalojadas por personal femenino de la fuerza.
- 6) Las familias que al momento de desalojo se encuentren en una situación de desamparo absoluto, es decir, situación de calle, deberá la

autoridad administrativa competente adoptar las medidas necesarias para asignar a dichas familias un lugar provisorio de conformidad a lo dispuesto en la Recomendación N° 16 (que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda). ■

1- “Rodríguez Pereira Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/Daños y Perjuicios” Resol. 401 XLIII del 27/11/12.

2 - Cabrera Diego Fabian s/ Revisión Penal” Expte. C.S.J. N° 375 Año: 2012 A y S Tomo 409456.

3 - Idem.

4 - “Escobar, Silvina y otros s/ Inf. Art. 181, inc. 1° CP” S. C. E. 213/10, L XLVI.

5 - idem.

6 - “Petinari, Horacio Daniel c/ Amalla Carolina B. y ot. S/ Desalojo. Expte. N° 273/11 de la Cámara de Apelaciones de Rosario”.