

Juzgado N° a02 Secretaría N°

**Nombre del Expediente: "ASESORIA TUTELAR N°1 (OFICIO ECIE 1848/13) CONTRA GCBA
SOBRE INCIDENTE DE APELACION"**

Número: A7611-2014/1

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de octubre de 2014.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. Que, a fs. 155/157 vta., el Sr. juez de grado desestimó el planteo que había realizado el Sr. fiscal interino ante la primera instancia y, en consecuencia, rechazó el planteo de falta de legitimación activa de la Sra. asesora tutelar para promover esta acción, en la que se pretende que se ordene al Gobierno de la Ciudad que adopte las obras pertinentes para garantizar las condiciones edilicias adecuadas y seguras en la Escuela Primaria de Jornada Completa N°17 D.E. 10 "Dr. Juan Balestra", sita en la calle Arcos N°2440.

Para así decidir, en primer lugar, apuntó la existencia de un caso justiciable, en tanto el planteo realizado por la Sra. asesora involucraba el derecho a la educación. Asimismo, consideró que la representante del Ministerio Público Tutelar se hallaba legitimada dado que la naturaleza colectiva del pleito hacía conveniente la deducción de una sola acción. Sobre estas bases, entendió que "... *los padres de los menores involucrados pudieron haber considerado injustificado el inicio de diversas acciones individuales para proteger el derecho de cada uno de los menores involucrados, dado los costos de tiempo y dinero que demandaría accionar individualmente*" (fs. 156 vta.).

2. Que, contra lo así dispuesto, el Sr. fiscal interino interpuso recurso de apelación (v. fs. 159/167), que fue sostenido por la Sra. fiscal ante la Cámara a fs. 181.

Se agravó por cuanto el *a quo* desconoció que la Sra. asesora tutelar carecía de legitimación activa; ello así, en la medida en que no se había identificado en el escrito de demanda ningún menor por el cual se hubiera promovido la acción. También dijo que la asesora no contaba con aptitud procesal para postular la defensa de la totalidad de los menores que concurren a dicho establecimiento educativo.

Señaló, además, que no existía "caso" o "causa" en los términos del artículo 106 de la CCABA. Por último, precisó que la representación que pretendía ejercer la Sra. asesora tutelar, desconocía las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre representación legal.

Dispuesto el pertinente traslado, a fs. 191/198 vta., el Sr. asesor tutelar ante la Cámara respondió los agravios introducidos por el Ministerio Público Fiscal.

3. Que, esta sala se pronunció en una temática que guarda analogía con la debatida en el *sub examine*, en los autos "Asesoría Tutelar N°1 c/ GCBA s/ amparo", expte. N°A2284-2014/0, de fecha 02/10/14, y "Villarubia, Alejandra y otros c/ GCBA y otros s/ amparo", expte. N°A57998-2013/0, sentencia dictada en el día de la fecha.

Sobre dichas bases, cabe señalar que, para resolver adecuadamente la cuestión, resulta necesario determinar si en el caso es necesario que la acción es promovida, cuanto menos, por alguno de los representantes legales de los menores cuyos derechos el Ministerio Público Tutelar supone afectados o si los titulares de dicho área jurisdiccional contaban con legitimación como para hacerlo de forma autónoma. Ahí redunda el núcleo de la cuestión, al

tiempo que se afina la sustancia de los agravios, aspecto que, en tanto se presenta como dirimente respecto de la prosecución o no del trámite de la acción, merece atención primaria de este tribunal.

3.1. Así, en primer lugar, corresponde recordar que el bien jurídico que pretende protegerse a través de este proceso es el derecho a la educación de los menores.

Al respecto, la asesora tutelar de primera instancia adujo que se encontraba *“...legitimada a promover la presente acción para la protección de los derechos de los alumnos/as de la Escuela Balestra, constituyendo todos/as ellos/as el ‘grupo’ o ‘clase’ afectado por la riesgo instalación eléctrica y numerosas filtraciones...”* (v. fs. 2 vta./3). Asimismo, fundó su legitimación en lo establecido en los artículos 14, 2º párrafo y en el artículo 125, inciso 3º de la Constitución de la Ciudad. Y luego dijo que *“... conforme el art. 53, inc. 2 y 4 de la Ley 1.903 (...) atento se encuentra afectado un interés público que excede el derecho de los representantes legales de los alumnos de la escuela y en tanto [su] representación complementa y completa la forma en que los padres de los alumnos/as de la escuela Balestra los representan”* (fs. 4 vta., el énfasis pertenece al original).

3.2. En fin, el Ministerio Público Tutelar se presentó en representación de un grupo determinable de menores (quienes concurren al instituto educativo en cuestión), en defensa del derecho indicado, que considera de incidencia colectiva y del tipo individual homogéneo.

4. Que, dicho ello, es menester subrayar que entre las atribuciones del Ministerio Público Tutelar se encuentra la de tomar la necesaria intervención en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias cuando se encontrasen comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, emitiendo el pertinente dictamen (art. 49, inc. 1º, ley N°1903). Asimismo, se establece la atribución de 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, de los/las incapaces o inhabilitados/as en el supuesto en que carecieren de asistencia o representación (art. 49, inciso 2º, ley N°1903). Finalmente, en el inciso 4º de ese artículo, se dispone que el órgano en cuestión puede intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afectase los derechos de menores o incapaces, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios.

Sobre estas bases, se infiere que *“...para que el Asesor Tutelar pueda iniciar una acción judicial en representación de las personas menores de edad y de los incapaces debe demostrar que aquellos no tienen representación legal o que carecen de asistencia o bien un interés público que predomine sobre el derecho que tuviere el representante del menor o incapaz y cuya promoción le esté atribuida al asesor tutelar. La representación llamada ‘promiscua’ en el marco de lo dispuesto en el artículo 59 del Código Civil no significa que se desatienda la representación legal, sino que tiene por finalidad completar o compensar las potenciales deficiencias que tiene el representante de la persona menor o incapaz”* (Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAYT N°2 c/ GCBA s/ amparo”, expediente N°9264/12, de fecha 19/12/13, del voto del juez Lozano, al que adhirieron los jueces Casás y Conde, el subrayado es del tribunal).

En estos términos, cabe concluir en que, como regla, en la ley local se viabiliza, de modo concordante con lo que se preceptúa en el artículo 59 del Código Civil, la intervención promiscua de la asesoría tutelar en el caso en que los menores tuvieren representantes legales.

5. Que, ello asentando, en primer lugar es menester poner de relieve que, conforme ha sido planteada la acción y en virtud de su objeto, la tutela pretendida en autos no recae sobre un bien colectivo, sino sobre derechos plurindividuales.

Téngase presente que en autos no se encuentra en juego ni discutido si la educación pública se trata de un bien colectivo, sino si, de acuerdo con la pretensión de quien se constituyó como parte actora, el Ministerio Público Tutelar está legitimado para representar de modo autónomo al grupo de menores cuya afectación de derechos se invoca.

Así, en búsqueda de la respuesta al interrogante planteado, no debe soslayarse que la conducta ilegítima atribuida al GCBA consiste en la omisión de la ejecución de obras

tendientes a que adopte las obras pertinentes para garantizar las condiciones edilicias adecuadas y seguras en la Escuela Primaria de Jornada Completa N°17 D.E. 10 “Dr. Juan Balestra. Es decir, el demandante considera que se encuentra afectado el derecho a la educación desde su faz integral por cuanto la seguridad física de los menores que asisten a dicho establecimiento educativo estaría en riesgo, en función de las inadecuadas condiciones edilicias y estructurales a las que [aquéllos] se encuentran sometidos.

De modo que, como se dijo, aquí no se persigue una pretensión vinculada directa e inmediatamente con la afectación al derecho a la educación pública como bien jurídico colectivo (si es que así cupiera considerarlo), “...lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna” (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 112), mas sí, como lo indica el propio Ministerio Público Tutelar, concerniente a intereses individuales - se consideren o no homogéneos- y, por tanto, enteramente divisibles.

6. Que, en ese marco, y en la hipótesis de que se considerase válido el encuadre jurídico que hace la asesoría tutelar en lo relativo a subsumir el caso en un supuesto de afectación de derechos individuales homogéneos, cabe recordar que quienes se encuentran habilitados a promover una acción en defensa de esa categoría de derechos -de incidencia colectiva- son: el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la protección de dichos derechos (art. 43 CN). A ello debe añadirse que, en el ámbito local, también están legitimados para hacerlo “...cualquier habitante y [en sintonía con la CN] las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos...” (art. 14 CCABA), así como el Defensor del Pueblo de esta ciudad (art. 137 CCABA).

Pues bien, teniendo en miras dicha regulación normativa y el supuesto acaecido en autos, el agravio introducido por el Ministerio Público Fiscal encuentra sustento en el ordenamiento jurídico aplicable al caso y en el sistema a través del cual se sostiene la posibilidad de acudir al Poder Judicial invocando la legitimación extraordinaria introducida en el régimen jurídico interno a partir de la reforma constitucional de 1994.

Es que el Ministerio Público Tutelar no puede asimilarse a una “persona” o a un “habitante” a los efectos de sortear el obstáculo legal que puede presentarse al tiempo de actuar como lo hizo en estos obrados. Se trata de un organismo específico de los que integran el Ministerio Público de la CABA (art. 124 CCABA), el cual, a su vez, compone el Poder Judicial (art. 107 CCABA). No es, al cabo, una persona jurídica en los términos del artículo 30 y siguientes del Código Civil, preceptiva que actúa como norma de reenvío respecto de toda aquella en la que se haga referencia a este tipo de figura jurídica. Al respecto, y desde lo más llano, se ha dicho que “[p]ara saber si un ser cualquiera es una persona jurídica, basta con determinar si es susceptible de convertirse en sujeto de derechos” (conf. Marienhoff, Miguel F., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 364, con cita de Waline, Marcel, *Manual élémentaire de droit administratif*, Paris, 1946, p. 153). En definitiva, lo que debe contemplarse es si se trata de un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30 Cód. Civil).

6.1. A partir de las pautas expuestas, puede entenderse que el Ministerio Público está habilitado para promover una acción de estas características cuando: (i) se viera afectada alguna de las atribuciones a él conferidas legalmente o bien, conforme lo expresado en el considerando 4°; (ii) cuando los representantes legales de los eventuales menores o incapaces cuyos derechos se encontrasen presuntamente afectados omitieran actuar cuando ello resultase necesario; o, (iii) cuando mediase un interés público que excediera el derecho que pudieran tener los representantes legales y la promoción de la acción tendiente a su defensa le esté atribuida al Ministerio Público Tutelar; siendo que ambas circunstancias deberían ser acreditadas por el presentante de modo suficiente.

7. Que, en el contexto dado, aun tomando la alternativa de máxima (esto es, que se encontrasen en juego intereses individuales homogéneos), no aparece acreditado en autos que los representantes legales del grupo de menores que asistirían al instituto educativo en cuestión hubiera adoptado una postura reticente respecto de la defensa de los derechos de éstos o que mediase una clara omisión en el interés de evitar que se produjera algún daño a la integridad física de sus representados. Y si esa inferencia proviene de indicios (constituyéndose, al cabo, en una presunción), siendo esta la línea de razonamiento que

pareciera haber seguido el *a quo*, del mismo modo podría conjeturarse, por ejemplo, que los representantes legales de los menores pudieron no haber promovido la acción por falta de información acerca de las posibilidades de hacerlo, siendo que, por lo demás, esta jurisdicción cuenta con la opción de actuar a través de esta vía gratuita (acción de amparo) y, en caso de reunir los requisitos habilitantes al efecto, incluso con el patrocinio letrado del Ministerio Público de la Defensa.

8. Que, alcanzado el estado de análisis actual, no se advierte que, en el caso de autos, se encuentren configurados los presupuestos que habilitarían la tramitación de esta acción del modo en el que se lo hizo. Por consiguiente, habida cuenta de que los presentes actuados fueron tramitados sin la intervención de quienes están autorizados legalmente al efecto, y que no ha sido demostrado de modo suficiente el impedimento para que así ocurriera o intereses contrapuestos entre la representación legal y la promiscua respecto del derecho del grupo de menores aquí identificado como afectado, como así tampoco un interés público predominante en los términos allí indicados, corresponde revocar el pronunciamiento de grado y, en consecuencia, declarar la falta de legitimación activa de la Sra. asesora tutelar para promover la pretensión en cuestión.

Por todo lo expuesto, el tribunal **RESUELVE**: revocar la decisión de grado; declarar la falta de legitimación activa del Ministerio Público Tutelar para promover la presente acción y, en consecuencia, rechazar la acción de amparo promovida. Sin especial imposición de costas.

La Dra. Mabel Daniele no suscribe por encontrarse en uso de licencia.

Regístrese, notifíquese por secretaria y oportunamente devuélvase.

Fernando E. Juan Lima
Dr. Esteban Cántararo
Juez de Cámara, Administrativo y Tributario
Conte la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires