



2024

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

N° 19



Elaborado por la Asociación de Magistrados
y Funcionarios de la Justicia Nacional

PRESENTACIÓN

Boletín de Jurisprudencia sobre Derechos Humanos del Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur N° 19

Estimados colegas y lectores,

Es con gran orgullo y satisfacción que presentamos esta nueva edición del Boletín de Jurisprudencia de Derechos Humanos del Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur (BLODEPM), publicación que ha tenido como eje la recopilación y difusión de decisiones judiciales relevantes en materia de derechos humanos emanadas de tribunales de toda nuestra región. En un contexto global donde la protección de los derechos humanos se vuelve cada vez más crucial, esta revista se propone ser una herramienta fundamental para la promoción y consolidación de los estándares internacionales de derechos humanos en nuestro continente.

La jurisprudencia en derechos humanos desempeña un papel vital en la interpretación y aplicación de los principios consagrados en tratados internacionales y en nuestras propias constituciones. Cada fallo y cada sentencia representan no sólo la resolución de un caso particular, sino también la oportunidad de establecer precedentes que fortalezcan el marco normativo y garanticen una mayor protección de los derechos fundamentales para todas las personas.

En esta senda, la labor de los defensores y defensoras públicas resulta esencial pues, en tanto se enfrentan cotidianamente a los desafíos de representar a personas en situación de vulnerabilidad, se constituyen como actores clave en el impulso y desarrollo de una jurisprudencia que adopte y aplique estándares internacionales de derechos humanos. Su compromiso y dedicación contribuyen significativamente a la evolución de nuestro sistema de justicia, promoviendo un enfoque que prioriza la dignidad humana y el respeto irrestricto de los derechos fundamentales.

La importancia de contar con una publicación como ésta radica en la posibilidad de compartir y difundir conocimientos y experiencias que pueden enriquecer la práctica de todos los operadores de justicia en la región. Al reunir en un solo lugar las decisiones más relevantes de diversos tribunales latinoamericanos, esta revista pretende ser una fuente de consulta obligada para defensores públicos, jueces, fiscales, académicos y estudiantes de derecho, proporcionando una perspectiva comparada que puede inspirar y guiar en la resolución de casos complejos.

Es crucial entender que la riqueza de tal compendio de resoluciones no reside únicamente en la cantidad de fallos, sino en la profundidad y calidad de los argumentos utilizados, en la solidez de los fundamentos jurídicos y en la capacidad de influir positivamente en futuras decisiones. Los pronunciamientos judiciales aquí compilados evidencian, por un lado, la aplicación de estándares

internacionales y, por otro, también reflejan un compromiso con la justicia social y la protección de los derechos humanos, especialmente en contextos donde estos derechos son frecuentemente vulnerados.

Para las defensorías públicas de la región, esta revista ofrece una oportunidad única de acceso a un compendio actualizado y sistematizado de jurisprudencia relevante. Este recurso no sólo facilitará la preparación de defensas más robustas y fundamentadas, sino que también promoverá una mayor articulación y colaboración entre las diferentes defensorías nacionales. Al conocer y entender los pronunciamientos de otros tribunales latinoamericanos, podemos fortalecer nuestras estrategias de litigio, fomentar la innovación jurídica y contribuir al desarrollo de una línea de precedentes jurisprudenciales más coherente y armonizada en toda América Latina.

Finalmente, queremos expresar nuestro agradecimiento a todas las personas, asociaciones e instituciones que han contribuido a la realización de esta revista. Su apoyo y colaboración han sido indispensables para hacer realidad este proyecto que, tenemos el convencimiento, será de gran utilidad para la totalidad de profesionales del derecho férreamente comprometidos con la defensa y la promoción de los derechos humanos.

Les dejamos formulada entonces nuestra invitación a explorar y utilizar este valioso recurso, con la esperanza de que su contenido inspire y fortalezca nuestra labor conjunta en la construcción de una sociedad más justa y respetuosa de los derechos humanos.

María Carolina Ocampo

Vicepresidenta de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional
por el Ministerio Público de la Defensa República Argentina

Clarisa Galán

Presidenta de la Comisión del Ministerio Público de la Defensa
Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional República Argentina

ÍNDICE

ARGENTINA	05
1. Por el MPD	05
1.1) "A., S. H. c/ OSFATLYF – Obra Social de la Federación Argentina de Trabajadores de Luz y Fuerza s/ amparo ley 16.986)	05
1.2) "G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción"	09
2. Por la AMFJN	22
2.1. "R., B. A. s/ Audiencia de sustanciación de impugnación"	22
2.2 RETAMBAY, Joaquin Natanael c/Armada Argentina – División Río Grande s/ Amparo Ley 16.986	32
2.3. "Rivero Víctor Gabriel y Relañez Claudia Mónica s/ Infracción Art. 138 del C.P según ley 24410 Supresión de estado civil"	36
2.4. Caso: "Reynoso". Causa N° 80860/2024. 29/6/2024	41
2.5. Zelaya, Víctor Manuel Nro. FMP 23692/2015/TO1/19/1/CFC10 (Registro nro.: 1342/22) ..	84
2. 6. CSJ 2561/2018/RH1 Aguirre, Gabriela Yolanda c/ Quevedo, Eulalia y otro s/ daños y perjuicios (accidente de trabajo)	98
3. Por ADEPRA	103
3.1. "G., M. A. -Su Denuncia S/ Recurso de Casación"	103
3.2. "D. G. W. D. S/Abuso Sexual"	105
3. 3. Expediente sac: 12287667 - Habeas corpus presentado en favor del menor LMZ (ppal sac 12183741) - recurso de casación protocolo de sentencias. número: 422 del 19/10/2023	106
BRASIL	119
1. 3ª Vara Federal de la Subsección Judicial de Santa María/RS"	119
2. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 70411 – RJ (2022 /04024 68- 4)	121
3. AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS N° 136.961 – RJ (2020 /0284 469-3)	122
4. Primer Clase del Tribunal Regional Federal de la 3ª Region	124

CHILE	127
1. SCS Rol N° 9886-2024	127
2. SCS ROL N°190.096-2023	130
3. SCS ROL N°236.977-2023	134
ECUADOR	139
1. SENTENCIA No. 10-18-CN/19	139
2, SENTENCIA No. 1116-13-EP/20 (Voto concurrente)	142
3. CASO: No. 8-20-CN	144
PARAGUAY	149
1. "Hugo Rodríguez Ortiz Uriarte S/ Medida Cautelar"	149
VENEZUELA	153
1. Expediente: N° 09-1440	153

ARGENTINA

A) DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN CASO 1

ASH (Causa N° 4440)

Caso: A., S. H. c/ OSFATLYF – Obra Social de la Federación Argentina de Trabajadores de Luz y Fuerza s/ amparo ley 16.986.

Tribunal que resolvió: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fecha de la decisión: 4-jul-2023.

Resumen de los hechos: Una niña con discapacidades psicosociales requería tratamientos de rehabilitación y prestaciones educativas bajo indicación médica. Sin embargo, su grupo familiar se hallaba en situación de vulnerabilidad socioeconómica ya que el único ingreso del hogar provenía del progenitor y era escaso. Por ese motivo, se les dificultaba afrontar el costo de las prácticas. En consecuencia, el hombre –con la asistencia de la defensa pública– inició una acción de amparo para que su cobertura médica solventara el 100% de los tratamientos que su hija necesitaba. En su presentación, como medida cautelar solicitó que la demandada solventara todas las prestaciones médicas con carácter urgente hasta el dictado de la sentencia definitiva. El juzgado admitió en forma parcial la medida cautelar. Para decidir de esa manera, entendió que los servicios de aquellos profesionales no incluidos en la cartilla de la accionada debían ser costeados en función de los valores establecidos por el Ministerio de Salud junto con un porcentual por zona desfavorable. Contra lo resuelto, la parte actora presentó un recurso de apelación. Por su parte, la Cámara revocó la sentencia de la anterior instancia. En ese sentido, dispuso que la cobertura debía ser otorgada en su totalidad porque, de lo contrario, se afectaba el derecho a la salud de la niña y se agravaba la situación económica de su familia. Luego, el tribunal dictó una medida para mejor proveer. En concreto, intimó a las partes a demostrar cómo impactaba en sus finanzas la diferencia entre los valores del nomenclador del Ministerio de Salud y de las prestaciones médicas requeridas. Una vez cumplido, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto al fondo. Sobre ese aspecto, señaló que los gastos de los tratamientos –en particular los correspondientes al acompañante terapéutico– excedían de manera desproporcionada los montos de cobertura. Consideró que ello afectaba el

funcionamiento del sistema de obras sociales. Por lo tanto, determinó que debido a que el acompañante terapéutico no estaba contemplado en el Programa Médico Obligatorio, debía ser incorporado en los módulos de rehabilitación integral previstos por el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad. Por su parte, el defensor oficial interpuso un recurso extraordinario federal que fue rechazado. Entonces, planteó una queja. Entre sus argumentos, sostuvo que la resolución de la Cámara afectaba el derecho a la cobertura integral que preveía la normativa y colocaba en mayor situación de vulnerabilidad a la niña y a su familia.

Resumen de la Decisión: La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y, por lo tanto, revocó la sentencia de Cámara. Asimismo, ordenó que las actuaciones regresaran al juzgado de primera instancia para que se dictara un nuevo fallo ajustado a lo resuelto (magistrados Rosatti, Rosenkrantz, Maqueda y Lorenzetti).

Argumentos:

1. Personas con discapacidad. Vulnerabilidad. Derecho a la salud. Tratamiento médico. Cobertura integral.

"[E]ste Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que, en caso de basarse el recurso extraordinario en dos fundamentos, uno de los cuales es la arbitrariedad, corresponde examinar este en primer término pues, sin perjuicio de la existencia de materia federal estricta, de constatarse tal tacha no habría en rigor, sentencia propiamente dicha. Si bien las impugnaciones remiten al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de derecho procesal, ajenas –en principio y por su naturaleza- al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a esa regla cuando, como ocurre en el caso, la alzada ha omitido considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito y ha incurrido en una reformatio in pejus, vulnerando en forma directa e inmediata el derecho de propiedad y la garantía de defensa en juicio del demandante (Fallos: 317:638; 330:4459 y 339:408, entre muchos más)..." (considerando N° 9).

"[E]llo es así porque la alzada, por sentencia interlocutoria, ordenó a las partes –para mejor proveer- que demostraran los `extremos vinculados directamente a la magnitud e incidencia económica que implican las (...) diferencias de valores' del tratamiento indicado [...], empero, al dictar la sentencia de fondo, se desentendió del resultado de esa medida. [L]a cámara consideró central determinar el impacto que produciría en la economía familiar el tener que afrontar los gastos médicos de la menor, y juzgó necesario comprobar si –a la luz de dichas constancias- el derecho a la salud de la niña estaba en peligro. Sin embargo, finalmente, no tuvo en cuenta dicha incidencia en modo alguno..." (considerando N° 10).

"[L]a medida para mejor proveer dejó fehacientemente probado que, para enero de 2018, el remanente salarial del actor, de \$ 20.157,86 –como máximo, pues no se hallan probados los gastos de comida y vestimenta – no era suficiente para costear los \$ 24.696 que necesitaba para continuar con el tratamiento de su hija, aspecto que lo coloca en la eventualidad plausible de tener que suprimir alguna de las terapias necesarias para su rehabilitación..." (considerando N° 11).

"[S]e advierte que la demandada estaba dispuesta a pagar \$ 180 por cada sesión de acompañante terapéutico, con más un 20% por zona fría, lo que arrojaba un total de \$17.280, por 80 horas mensuales o de \$ 21.600 para los meses en que se prestaran 100 horas de asistencia. [E]stos importes quedaron reducidos a \$ 12.104,50 [...], al haber encuadrado la cámara dicha prestación en el `Módulo Integral Simple' del nomenclador del Ministerio de Salud. Ello implica que la alzada ha colocado a la única apelante en una peor situación que la resultante del pronunciamiento de primera instancia, violando el límite de su competencia, circunscripto a las cuestiones controvertidas (Fallos: 311:2687; 312:1985 y sus citas; 326:4237, entre muchos otros)..." (considerando N° 12).

FCR 4440/2017/2/RH1

A., S. H. c/ OSFATLYF – Obra Social de la Federación Argentina de Trabajadores de Luz y Fuerza s/ amparo ley 16.986.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 4 de julio de 2023

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa A., S. H. c/ OSFATLYF – Obra Social de la Federación Argentina de Trabajadores de Luz y Fuerza s/ amparo ley 16.986”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el actor, en representación de su hija D., A. A., inició una acción de amparo contra la Obra Social de la Federación Argentina de Trabajadores de Luz y Fuerza, a fin de que se la condenara a cumplir con el 100% de cobertura de los tratamientos que su hija requiere. Asimismo, y en atención a la urgencia del caso, solicitó que la demandada, de forma cautelar, y hasta el dictado de la sentencia definitiva, se hiciera cargo del total de las prescripciones médicas indicadas a la menor.

2º) Que para fundar su pretensión, el demandante relató que su hija padece autismo, trastorno generalizado del desarrollo y del lenguaje, motivo por el cual se le otorgó el correspondiente certificado de discapacidad. A raíz de su cuadro, la niña requiere diversas prácticas de rehabilitación y prestaciones educativas especiales, tales como fonoaudiología, psicopedagogía, psiquiatría infanto-juvenil, terapia ocupacional y acompañamiento terapéutico durante la jornada escolar, según fue ordenado por los médicos que la atienden.

3º) Que la medida cautelar fue admitida de forma parcial por el juzgado interviniente, que consideró que, para el caso en que las prestaciones fueran brindadas por profesionales externos a la cartilla, la cobertura debía limitarse a los valores establecidos por el Ministerio de Salud, con más un 40% por zona desfavorable (fs. 82/84 del incidente de medida cautelar agregado a los autos principales).

4º) Que, apelada dicha sentencia interlocutoria por el defensor oficial, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia la revocó y reconoció el derecho de la menor a obtener de la obra social el pago del 100% de los tratamientos requeridos. A tal efecto, valoró que la cobertura parcial de las prestaciones médicas necesarias ponía en riesgo la salud de la niña, porque implicaba un sacrificio económico que no podía ser afrontado por el grupo familiar. Destacó además que tal restricción no respetaba los objetivos legales, orientados hacia las personas en especial situación de vulnerabilidad, como son quienes padecen de un impedimento físico (fs. 100/102 del incidente citado, énfasis agregado).

5º) Que, al resolver el fondo del asunto, el juez de primera instancia de Comodoro Rivadavia reiteró el criterio adoptado al expedirse respecto de la medida cautelar, en el sentido de que la cobertura debía limitarse a los valores establecidos por el Ministerio de Salud, aspecto que fue nuevamente materia de agravios por parte del defensor oficial ante la Cámara Federal con asiento en dicha localidad.

6º) Que, en esta oportunidad, en virtud de la jurisprudencia sentada por esta Corte en Fallos: 340:1269 y para despejar el interrogante central de la controversia referido a la desnaturalización del derecho a la salud del amparista por no poder afrontar los gastos que la obra social no cubriera, el tribunal de alzada intimó a las partes a acreditar la magnitud e incidencia económica derivada de la diferencia de valores entre los montos que prevé el nomenclador del Ministerio de Salud y los costos de las prestaciones. Consideró que solo a partir de dicho cotejo se podría establecer si el derecho a la salud se encontraba afectado.

7º) Que, cumplida la medida, la cámara resolvió confirmar la sentencia de la instancia anterior. Para así decidir, tuvo en cuenta que los gastos que demandaba el tratamiento de la niña –en particular el “acompañante terapéutico”- superaban ampliamente las erogaciones reconocidas por la obra social, dado que de los costos de psicopedagogía y fonoaudiología solo se reintegrarían \$ 475 por sesión, contra los \$ 800 y \$ 750 presupuestados por los profesionales, y la demandada solo estaba dispuesta a pagar \$ 180 más 20% por zona desfavorable por cada una de las 80 sesiones del acompañante terapéutico, contra los \$ 400 cotizados por el especialista.

Consideró –en apretada síntesis- que aunque el derecho a la salud no puede ser reglamentado de manera tal que se desnaturalice su goce, tampoco pueden avalarse prácticas asistenciales o

educativas ajenas a la cobertura de la entidad cuyos costos excedan de manera desproporcionada los valores fijados por el Ministerio de Salud, pues de tal modo se desbarataría el sistema sobre el que se articula el funcionamiento de las obras sociales.

Sobre esa base, juzgó que, al no estar previsto el acompañante terapéutico en el Programa Médico Obligatorio, correspondía encuadrar dicha prestación en los módulos de rehabilitación integral que el nomenclador de la resolución 428/99 califica como "módulo integral simple".

8°) *Que* contra dicha sentencia, el señor Defensor Oficial dedujo el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja en examen.

Plantea que en autos existe cuestión federal para la admisibilidad de la vía intentada pues el *a quo* ha aplicado el nomenclador del Ministerio de Salud (resolución 428/99), que, en el caso, afecta la integralidad de cobertura a que hace referencia la ley federal 24.901 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Asimismo, aduce que se ha demostrado la condición de vulnerabilidad socioeconómica que presenta el actor y su grupo familiar, que le impide afrontar los gastos que demandan las diferencias existentes entre lo previsto por el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y el costo que efectivamente implican las terapias indicadas para el tratamiento de su hija, y que tal extremo fue soslayado por el pronunciamiento, lo que equivale a haberle negado a la niña el acceso al tratamiento que necesita.

Añade que la decisión de la alzada de encuadrar la prestación de "acompañante terapéutico" en el "Módulo Integral Simple" de la mencionada resolución, ha colocado a su parte en peor situación que la que tenía antes de apelar la sentencia de primera instancia, pues hasta entonces, la obra social reintegraba por dicho concepto la suma de \$ 17.280, contra los \$ 13.990 que corresponden en la actualidad en virtud de lo decidido por el *a quo*.

Por último, destaca que en el caso se verifican circunstancias fácticas distintas a las que dieron origen al precedente de esta Corte de Fallos: 340:1269, en el que se basó la cámara.

9°) *Que* este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que, en caso de basarse el recurso extraordinario en dos fundamentos, uno de los cuales es la arbitrariedad, corresponde examinar este en primer término pues, sin perjuicio de la existencia de materia federal estricta, de constatare tal tacha no habría en rigor, sentencia propiamente dicha (conf. Fallos: 329:5019; 330:4706; 339:930, entre muchos otros).

Si bien las impugnaciones remiten al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de derecho procesal, ajenas –en principio y por su naturaleza– al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a esa regla cuando, como ocurre en el caso, la alzada ha omitido considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito y ha incurrido en una *reformatio in pejus*, vulnerando en forma directa e inmediata el derecho de propiedad y la garantía de defensa en juicio del demandante (Fallos: 317:638; 330:4459 y 339:408, entre muchos más).

10) *Que* ello es así porque la alzada, por sentencia interlocutoria, ordenó a las partes –para mejor proveer– que demostraran los "extremos vinculados directamente a la magnitud e incidencia económica que implican las (...) diferencias de valores" del tratamiento indicado (fs. 284/286), empero, al dictar la sentencia de fondo, se desentendió del resultado de esa medida.

Dicho de otro modo, la cámara consideró central determinar el impacto que produciría en la economía familiar el tener que afrontar los gastos médicos de la menor, y juzgó necesario comprobar si –a la luz de dichas constancias– el derecho a la salud de la niña estaba en peligro. Sin embargo, finalmente, no tuvo en cuenta dicha incidencia en modo alguno.

11) *Que*, en efecto, en dicha oportunidad, quedó demostrado que el demandante era el único sostén del hogar, (compuesto por su esposa y dos hijos menores de edad); que su trabajo de vigilador les deparaba un ingreso familiar neto de \$ 31.901, para enero de 2018 (fs. 290); que los gastos fijos familiares por servicios públicos, préstamos hipotecarios y personales e impuestos ascendían –para la misma época– a la suma de \$ 11.743,14 (fs. 301/306) y que las diferencias disponibles no alcanzarían para cubrir los gastos derivados de la cobertura parcial de la acompañante terapéutica, psicopedagoga y fonoaudióloga que generan un costo mensual de \$ 32.000, \$ 6.400 y \$ 6.000, respectivamente, de los cuales la obra social –en virtud de la sentencia apelada– solo abonará \$ 12.104,50, \$ 3.800 y \$ 3.800 (fs. 288, 293, 295, 298 y fs. 343).

En suma, la medida para mejor proveer dejó fehacientemente probado que, para enero de 2018, el remanente salarial del actor, de \$ 20.157,86 –como máximo, pues no se hallan probados los gastos de comida y vestimenta– no era suficiente para costear los \$ 24.696 que necesitaba para continuar con el tratamiento de su hija, aspecto que lo coloca en la eventualidad plausible de tener que suprimir alguna de las terapias necesarias para su rehabilitación.

12) Que, por último, se advierte que la demandada estaba dispuesta a pagar \$ 180 por cada sesión de acompañante terapéutico, con más un 20% por zona fría, lo que arrojaba un total de \$17.280, por 80 horas mensuales o de \$ 21.600 para los meses en que se prestaran 100 horas de asistencia (ver fs. 288). Estos importes quedaron reducidos a \$ 12.104,50 (ver fs. 343), al haber encuadrado la cámara dicha prestación en el “Módulo Integral Simple” del nomenclador del Ministerio de Salud.

Ello implica que la alzada ha colocado a la única apelante en una peor situación que la resultante del pronunciamiento de primera instancia, violando el límite de su competencia, circunscripto a las cuestiones controvertidas (Fallos: 311:2687; 312:1985 y sus citas; 326:4237, entre muchos otros).

13) Que, en tales condiciones, **corresponde descalificar** la sentencia apelada, que no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias derivadas de la causa.

Por ello, el Tribunal resuelve: Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, dicte un nuevo fallo con arreglo a la presente. Con costas. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Recurso de queja interpuesto por **S. H. A., parte actora**, representada por el **Dr. Alberto José Martínez, Defensor Público Oficial ante el Juzgado Federal y Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Comodoro Rivadavia**.

CASO 2

GAC (Causa N° 2517)

Caso: “G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción”

Tribuna que resolvió: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha de la decisión: 20-abr-2023.

Resumen de los hechos: Una mujer se desempeñaba como empleada y realizaba tareas de limpieza en la casa de un hombre en Posadas, Misiones. En marzo de 2012 dio a luz a una niña en esa ciudad. Sin embargo, la mujer consideró que no podría llevar adelante su crianza. Por esa razón, cuando luego del nacimiento entregó a la niña para su cuidado al hijo del hombre para el que trabajaba y a su pareja, que vivían en Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires. En ese marco, meses después la pareja interpuso ante esa jurisdicción una demanda para obtener la guarda con fines de adopción de la niña. Sin embargo, el juez consideró que no era competente, pues la niña había nacido en otra jurisdicción. De esa manera, la causa se remitió al Juzgado de Familia de Posadas. El juzgado asumió la competencia, pero rechazó la demanda sin darle curso al procedimiento. Para decidir así, la jueza sostuvo que no surgía del escrito inicial que se hubieran cumplido los recaudos dispuestos por la normativa provincial en los procesos de adopción. La norma exigía a los progenitores que propusieran guardadores que probaran de forma acabada que conocían las circunstancias personales, sociales

y familiares de esas personas. En ese marco, la jueza consideró que debía respetarse el orden de los inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Adopción de Misiones. En consecuencia, convocó a la progenitora y a la niña a una audiencia con intervención del Ministerio Público de la Defensa local. Luego, la progenitora y los guardadores interpusieron recursos de apelación. Sin embargo, la cámara los rechazó. En su decisión, sostuvo que no se había cumplido con la legislación vigente en materia de adopción y que el solo transcurso del tiempo no podía convalidar una situación irregular. Por consiguiente, la pareja y la progenitora presentaron un recurso extraordinario provincial de inaplicabilidad de ley. Entre sus argumentos, advirtieron que el rechazo de la demanda desde el inicio no había permitido escuchar la voluntad de la progenitora y había vulnerado así su derecho de defensa. A su vez, señalaron que la resolución afectaba el interés superior de la niña porque la privaba de continuar forjando vínculos con sus guardadores. En ese marco, en diciembre de 2018 el Supremo Tribunal de Justicia de Misiones declaró inadmisibles los recursos por considerar que no se trataba de una sentencia definitiva. Contra esa decisión, la pareja de guardadores interpuso un recurso extraordinario federal. En esa oportunidad, expresaron que la decisión vulneraba la tutela judicial efectiva y el interés superior de la niña. Sin embargo, en octubre de 2019 el Superior Tribunal rechazó el recurso por considerarlo inadmisibles. Sobre ese aspecto, señaló que no existía cuestión federal y que no se trataba de una sentencia definitiva. Así las cosas, la pareja presentó un recurso directo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese contexto, la Defensora General de la Nación dictaminó que el recurso extraordinario federal no debía admitirse. Entre sus consideraciones, sostuvo que la resolución apelada no era definitiva y que el caso no involucraba la cuestión federal prevista por la normativa para su curso. Sin perjuicio de ello, la Defensora General hizo hincapié en la pasividad de los operadores judiciales y en la afectación al plazo razonable. A su vez, remarcó que tanto la normativa internacional como nacional exigían que se agotaran todos los recursos internos antes de separar a los niños de su familia de origen. Además, agregó que el Código Civil y Comercial prohibía de manera expresa la entrega directa de niños. Por último, solicitó que se exhorte a las autoridades provinciales a escuchar a la niña y regularizar su situación de manera urgente.

Resumen de la Decisión: La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente la queja y admisible el recurso extraordinario federal. De esa manera, dejó sin efecto la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda sin dar curso al procedimiento. En consecuencia, ordenó que el expediente volviera a esa instancia para darle el trámite correspondiente y para que se adoptaran las medidas que permitieran definir la situación familiar de la niña. En ese marco, ordenó que se mantuviera la guarda provisoria de la niña a cargo del matrimonio guardador (magistrados Rosatti, Maqueda, Rosenkrantz y Lorenzetti).

Argumentos:

1. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Derecho a ser oído. Derecho de defensa. Guarda de niños. Guarda de hecho. Adopción. Tiempo. Principio de realidad. Socioafectividad. Tribunales de familia.

“[E]ste Tribunal ha enfatizado firmemente sobre la necesidad de resolver los conflictos que atañen a los infantes, en tanto sujetos de tutela preferente, a la luz del principio del interés superior del niño, principio que encuentra consagración constitucional en el art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental que recepta con esa jerarquía a la Convención sobre los Derechos del Niño, e infra-constitucional en el art. 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y 4 de la ley provincial n° 16, y en los arts. 595, inc. a, y 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación. [A]simismo, ha afirmado que el citado principio debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al

juzgamiento de los casos que los involucran en todas las instancias, incluida esta Corte Suprema, y ha resaltado el deber inexcusable que tienen los jueces al decidir asuntos como los del sub examine de garantizar a los infantes situaciones de equilibrio a través del mantenimiento de escenarios que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos o espacios de incertidumbre cuyas consecuencias resultan impredecibles. [L]os órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el citado principio estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de los niños, niñas y adolescentes se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten. En ese marco de ponderación, la existencia de un riesgo cierto para la infante derivado del desplazamiento de la guarda que se mantiene inalterada desde su nacimiento por más de 9 años en cabeza del matrimonio guardador, producto de la inevitable modificación de la situación socio-afectiva familiar en la que se encuentra inserta y cuyas consecuencias no pueden desatenderse en estos asuntos, así como la imperiosa necesidad de garantizar el derecho de aquella a crecer en el seno de una familia, exigen una respuesta diferente..." (considerando N° 4).

"[R]esulta pertinente atender al principio inveterado de esta Corte Suprema según el cual sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario. Esta doctrina adquiere una especial consideración cuando aquellas importan modificar o mantener relaciones interpersonales que se enmarcan en una dinámica propia con incidencia en la respuesta jurisdiccional y de las que no es posible prescindir a fin de adoptar una decisión que atienda de manera primordial al interés superior del niño. La configuración del citado 'interés superior del niño' exige examinar las particularidades y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple –en su máxima extensión– la situación real de la infante. Más allá de las razones que sustentaron las resoluciones adoptadas durante el trámite de este proceso iniciado en el año 2012, cobra particular trascendencia el escenario en el que hoy se enmarca el asunto. La información otorgada por el juez de grado [...] con relación a la audiencia celebrada con el matrimonio guardador, la madre biológica y la niña con posterioridad a la interposición del recurso bajo examen, da cuenta de la realidad social y familiar en la que se encuentra inserta la infante hace más de 9 años, como también de la situación personal de cada uno de los involucrados, de sus deseos y de sus posibilidades para asumir la crianza de la pequeña, manifestaciones que sustentan la inconveniencia, al presente, de mantener la decisión aquí cuestionada. La apreciación conjunta de las manifestaciones allí volcadas ponderadas a la luz del referido principio del interés superior, conducen a propiciar la continuación del trámite del proceso a fin de que, oportunamente y con los recaudos que devienen imprescindibles en estos supuestos, se adopte una decisión que permita disipar –de manera definitiva– la incertidumbre sobre la situación familiar que en la actualidad pesa sobre la infante, de modo de tornar efectivo su derecho a crecer en el seno de una familia..." (considerando N° 5).

"[D]ado el tiempo transcurrido desde el comienzo de estas actuaciones, mantener en la actualidad una decisión adoptada en un momento y contexto determinado de manera preliminar y sin mayor sustanciación, que desestimó la pretensión inicial del matrimonio guardador, compartida por la madre biológica, por cuestiones estrictamente formales y dispuso la elección de nuevos postulantes para asumir la guarda y, en su caso, la adopción de la niña, importaría hoy una evaluación del asunto alejada de las directrices constitucionales que deben guiar el caso (art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental; art. 3° de la citada Convención sobre los Derechos del Niño). Solución que se refuerza frente a la ausencia de elementos que aseguren –o cuando menos indiquen– que su mantenimiento resulta más beneficioso para el sujeto que requiere de una protección especial. [L]a necesidad

y obligatoriedad de sujetarse a las normas que rigen en toda clase de juicio y, con mayor intensidad en estos asuntos, no puede conducir a que se omita apreciar que, de manera excepcional y en razón de la trascendencia de los derechos comprometidos, las circunstancias particulares del caso autorizan una solución que los atienda de manera primordial. El respeto al debido proceso y la sujeción a las normas procesales y sustanciales que rigen el instituto de la adopción constituyen premisas fundamentales que no pueden ser soslayadas ni desconocidas tanto por quienes la solicitan como por quienes deben decidir al respecto, en resguardo del derecho de defensa y de la seguridad jurídica (art. 18 de la Constitución Nacional). No obstante, frente a situaciones de marcada excepcionalidad como la de autos, a la hora de decidir, la satisfacción del interés superior exige atender a una visión de conjunto. [Q]ueda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda valorar. [A] la hora de definir una controversia, los jueces no deben omitir atender a las consecuencias que se derivan de ella a fin de evitar que, so pena de un apego excesivo a las normas, se termine incurriendo en mayores daños que aquellos que se procuran evitar, minimizar o reparar, conclusiones que [...]adquieren ribetes especiales cuando se trata de niños, niñas y adolescentes. [L]a importancia y efectos que el paso del tiempo –por motivos que le son ajenos– tiene en los primeros años de vida de los infantes cuya personalidad se encuentra en formación. [E]s en ese curso temporal en el que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje, convirtiéndose entonces el tiempo transcurrido, en un factor que –pese a no ser lo deseable y cuya configuración como elemento de ponderación debería procurarse evitar– adquiere una consideración especial a la hora de definir el asunto y determinar ‘su interés superior’ en el caso en concreto que, como tal, no cabe que sea desatendido por quienes tienen a su cargo dicha tarea...” (considerando N° 6).

“[A]unque las circunstancias señaladas llevan a dejar sin efecto la decisión que rechazó in limine la demanda, ello no importa admitir sin más la pretensión de los guardadores frente a la ausencia de informes especializados que devienen imprescindibles en la materia, sino juzgar sobre la improcedencia de mantener una resolución desestimatoria de un pedido de guarda con fines de adopción cuando las circunstancias actuales del caso orientan, prima facie, en sentido contrario. Máxime cuando [...] ello importaría desandar un camino recorrido en una etapa crucial en la vida de la infante sin que se hubieran acreditado elementos que demuestren con certeza un mayor beneficio para aquella, lo que no se condice con la prudencia judicial que, con mayor rigor, debe guiar las decisiones que se adopten en estos supuestos. Corresponderá a los jueces de la causa en el marco de su jurisdicción, en ejercicio de las funciones que le son propias y a la luz de la normativa aplicable, disponer la realización de las medidas pertinentes para evaluar la aptitud del matrimonio guardador con miras al otorgamiento de la guarda con fines de adopción, sin perjuicio de advertir que dicha idoneidad no ha sido controvertida ni puesta en duda en autos. Ello así, pues la circunstancia de que la consideración primordial del principio del interés superior del niño [...]propicie en el presente caso la continuación del trámite del proceso no implica pasar por alto las evaluaciones [...] que exigen este tipo de juicios. La decisión judicial que deviene en estos asuntos reviste una trascendencia sociojurídica importante desde que pone en juego la efectiva vigencia de un imperativo irrenunciable como lo es la tutela de los derechos de la infancia, lo cual requiere inexorablemente contar con ‘toda la información pertinente y fidedigna’. [R]esultará pertinente tener presente la importancia que reviste la opinión de los infantes cuando las condiciones de edad y madurez así lo permitan. Una ponderación adecuada del citado interés superior [...] exige escuchar a los destinatarios principales de aquellas y quienes

requieren de una protección especial por parte de todos los operadores judiciales (conf. art. 12 de la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño; art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación; art. 18 de la ley local II n° 16 y Fallos: 344:2669). Más allá de las escuchas que se lleven a cabo con motivo de lo que aquí se resuelve, la opinión de la infante manifestada en la audiencia celebrada por ante el juez de la [...] pone de relieve la necesidad e importancia de atender a su opinión a la hora de juzgar sobre la pretensión principal de modo de alcanzar –en su máxima extensión– la tutela de su interés superior...” (considerando N° 7).

2. Niños, niñas y adolescentes. Guarda de hecho. Adopción. Tribunal superior. Retardo de justicia. Plazo razonable. Socioafectividad. Debido proceso.

“La posibilidad de que la decisión recurrida modificara la situación de la niña, aun cuando fuera irregular desde su nacimiento [...] obligaba al superior tribunal provincial a intervenir y dictar una sentencia que ordenara el procedimiento y dispusiera los remedios necesarios para evitar las consecuencias negativas de la irrazonable prolongación del pleito y de la pasividad de los jueces en hacer cumplir en tiempo y forma la decisión dictada cuando la niña tenía apenas un año de vida. La demora de más de cuatro años en pronunciarse sobre el recurso extraordinario local, sumado al tiempo que ya había insumido el trámite en las anteriores instancias, era determinante para que dicho tribunal no se desentendiera de las consecuencias que ello había tenido en la vida de [la niña] (doctrina de Fallos: 312:869) [...]. Al declarar inadmisibles el recurso extraordinario local, el Superior Tribunal de Justicia afectó el derecho al debido proceso garantizado por nuestra Constitución Nacional y prescindió del deber de velar para que el interés superior del niño fuera la consideración primordial en el trámite de adopción...” (considerando N°6 del voto del magistrado Rosenkrantz).

“[L]a entrega directa de niños en guarda está expresamente prohibida por ley, la que impone la intervención previa de un juez (arts. 316 y 318 del anterior Código Civil vigente al momento de los hechos; arts. 607, 609, 611, 612 y 613 del Código Civil y Comercial de la Nación). El nuevo código de fondo mantuvo dicha prohibición [...] y habilitó a los jueces a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, con la única excepción de que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en un vínculo de parentesco con los pretendidos guardadores del niño (art. 611, segundo párrafo). [L]as normas sobre adopción deben ser rigurosamente cumplidas por quienes intervienen en dichos procesos. La finalidad de la prohibición de las entregas directas es la de preservar tanto la legalidad del trámite de adopción como la seguridad y los derechos de quienes intervienen en dichos procesos, en especial el interés superior del niño —sujeto protegido por la ley— para impedir que sean víctimas de vías de hecho —incluso del tráfico de niños— que lo priven de un procedimiento que desde el inicio impone que sea el Estado, a través de un juez, el que otorgue la guarda con fines de adopción...” (del considerando N° 8 del voto del magistrado Rosenkrantz).

“[L]a circunstancia de que la ley disponga que sea un juez el que con exclusividad otorga la guarda con fines de adopción y lo habilite para separar al niño de los pretendidos guardadores en caso de entrega directa, conlleva la necesidad de que las decisiones para lograr dicho cometido sean rápidas y eficaces. En los casos de entregas directas de niños, dicho mandato exige una decisión inmediata para revertir la situación irregular expresamente prohibida por la ley, más allá de las instancias judiciales por las que pudiera transitar el proceso. Ello supone, asimismo, que esa decisión sea ejecutada también sin demora. No proceder de ese modo importa directamente tolerar y mantener una situación irregular que afecta, en general, el sistema legal de adopciones y, con el transcurrir del tiempo, el interés superior del niño en particular, dificultando la misión de los jueces de hacer cumplir la ley. [A]l momento en que el Superior Tribunal de Justicia de Misiones rechazó por falta de sentencia definitiva el recurso extraordinario local habían

pasado más de seis años desde la mencionada resolución del tribunal de Lomas de Zamora, no obstante lo cual se mantenía la situación irregular, con las previsibles consecuencias advertidas; esto es, el desarrollo de la vida de la niña con los pretensos guardadores y la afirmación de los lazos afectivos con quienes transcurrió toda su primera infancia. Llegada la situación a ese punto por la pasividad de los tribunales locales, no resultaba posible que el Superior Tribunal de Justicia rechazara el recurso extraordinario provincial por falta de sentencia definitiva, sin considerar las circunstancias imperantes en dicha oportunidad y las medidas que fueran necesarias para remediar la situación en forma inmediata, teniendo en cuenta los intereses en juego. No es admisible que los tribunales soslayen que el tiempo es un elemento esencial en todos los procesos en los que intervienen los niños, especialmente en los trámites vinculados con la adopción. Durante estos procesos transcurren etapas de particular trascendencia en las que los niños adquieren hábitos y afectos que contribuyen a la formación de su personalidad (Fallos: 312:869). [E]l factor tiempo tiene un efecto constitutivo en la personalidad del niño, pues es en esa etapa en la que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje, por lo que los jueces no pueden prescindir de dicha circunstancia al momento de tomar decisiones en las que deben tener en consideración el interés superior del niño (‘S., C.’, Fallos: 328:2870, [...] y Fallos: 344:2471)...” (del considerando N° 9 del voto del magistrado Rosenkrantz).

CSJ 2517/2019/RH1

G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 20 de abril de 2023

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por E. L. G. K. y A. C. G en la causa G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que en el marco de un proceso de guarda con fines de adopción, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, Provincia de Misiones, confirmó la decisión de primera instancia en cuanto había rechazado in limine la demanda deducida por el matrimonio guardador de la niña L.C.D., con quien convive desde su nacimiento ocurrido el 21 de marzo de 2012 por decisión de su madre biológica, y había dispuesto que de conformidad con lo previsto en el art. 28 de la ley local XII n° 20, se procediera a citar a los postulantes inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a la Adopción en el orden de la lista correspondiente para definir la situación de la infante (conf. fs. 103/107 del expediente 333/2013 acompañado en copia en formato digital).

Para decidir de esa manera, hizo mérito de que los pretensos guardadores no habían acreditado debidamente el conocimiento sobre las circunstancias personales, sociales y familiares de la madre biológica, requisito que, a estar a los términos del art. 26 de la citada ley, debía cumplirse al momento de formular el pedido de guarda, siendo insuficiente la sola mención al respecto; que tampoco habían ofrecido prueba a esos fines por lo que no podían invocar que se les hubiera vedado su producción, y que no existía una crítica adecuada a la falta de inscripción en el mencionado registro de aspirantes a adopción por parte de los interesados, sin que la sola manifestación en sentido contrario resultara suficiente.

Añadió que aunque el tiempo constituía un factor importante a ponderar en los supuestos de guarda y adopción, ello no podía ser invocado para eludir el cumplimiento de la normativa vigente, prevista en protección de los derechos de las niñas y niños (art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño). Asimismo, formuló algunos cuestionamientos a la conducta de los peticionarios y estimó inoficiosa la audiencia con las partes fijada por el magistrado de grado con posterioridad a la decisión de rechazar liminarmente el pedido bajo examen.

2°) Que el Superior Tribunal de Justicia de la referida provincia, después de un dilatado trámite vinculado con su integración, rechazó, por mayoría, el recurso de inaplicabilidad de ley deducido por el matrimonio guardador con sustento en que la decisión recurrida no constituía una senten-

cia definitiva que habilitara la vía intentada desde que la desestimación de la guarda con fines de adopción no causaba estado y podría ser planteada nuevamente (conf. fs. 145/178 y 179/184 del referido expediente).

Contra dicho pronunciamiento el matrimonio guardador dedujo recurso extraordinario que, denegado por mayoría de votos, dio origen a la presente queja.

3°) Que es criterio reiterado de la Corte Suprema que las resoluciones por las cuales los superiores tribunales de provincia deciden acerca de la procedencia o improcedencia de los recursos extraordinarios de carácter local deducidos por ante ellos no son, en principio, revisables en la instancia del art. 14 de la ley 48; empero, dicho criterio admite excepción cuando la sentencia impugnada conduce, sin fundamentos suficientes o mediante una inadecuada ponderación de las circunstancias del caso, a una limitación sustancial de la vía utilizada por los recurrentes, afectando su derecho de defensa en juicio y debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional; Fallos: 326:2397 y 330:1907).

Tal situación se presenta en el caso, habida cuenta de que, contrariamente a lo sostenido por el superior tribunal local, la decisión de la cámara que confirmó el rechazo in limine de la demanda de guarda con fines de adopción en los términos señalados resulta equiparable a sentencia definitiva, desde que por un lado, es susceptible de causar un agravio de insuficiente o dificultosa reparación ulterior con clara repercusión en los derechos de la niña involucrada dada la incidencia que tendrá en su vida actual y futura, y por otro, torna inoperante para los interesados la posibilidad de deducir una nueva pretensión con idéntico objeto, aspectos que habilitan la admisibilidad del recurso (conf. doctrina de Fallos: 308:90; 316:1833; 319:2325; 323:337; 325:1549; 331:147 y 941, y 344:759 y 2471).

La circunstancia de que la decisión cuestionada no cause estado, en tanto -en palabras del superior tribunal- puede deducirse una nueva demanda, no altera la conclusión señalada precedentemente. La posibilidad de realizar un pedido similar al que se había rechazado conduce, a estar a los propios términos de la resolución, no solo a modificar la realidad familiar de la infante sin atender a las consecuencias que tal proceder podía suscitar en aquella "desde que ningún informe socio-ambiental y/o interdisciplinario fue ordenado a esos fines", sino también a frustrar la posibilidad de que el matrimonio guardador pueda obtener idéntica pretensión en un nuevo proceso ajustado, según lo invocado en las anteriores resoluciones, a la normativa que rige el caso con las implicancias que ello trae aparejado.

4°) Que este Tribunal ha enfatizado firmemente sobre la necesidad de resolver los conflictos que atañen a los infantes, en tanto sujetos de tutela preferente, a la luz del principio del interés superior del niño (confr. doctrina de Fallos: 328:2870; 341:1733), principio que encuentra consagración constitucional en el art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental que recepta con esa jerarquía a la Convención sobre los Derechos del Niño, e infra-constitucional en el art. 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y 4 de la ley provincial II n° 16, y en los arts. 595, inc. a, y 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación.

Asimismo, ha afirmado que el citado principio debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que los involucran en todas las instancias, incluida esta Corte Suprema, y ha resaltado el deber inexcusable que tienen los jueces al decidir asuntos como los del sub examine de garantizar a los infantes situaciones de equilibrio a través del mantenimiento de escenarios que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos o espacios de incertidumbre cuyas consecuencias resultan impredecibles (confr. doctrina de Fallos: 328:2870; 344:2647 y 2901). Ello así, pues los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el citado principio estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de los niños, niñas y adolescentes se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten.

En ese marco de ponderación, la existencia de un riesgo cierto para la infante derivado del desplazamiento de la guarda que se mantiene inalterada desde su nacimiento por más de 9 años en cabeza del matrimonio guardador, producto de la inevitable modificación de la situación socio-afectiva-familiar en la que se encuentra inserta y cuyas consecuencias no pueden desatenderse en estos asuntos, así como la imperiosa necesidad de garantizar el derecho de aquella a crecer en el seno de una familia, exigen una respuesta diferente.

5°) Que aun cuando lo hasta aquí expresado conlleva a descalificar la sentencia del superior tribunal local, atento los derechos e intereses en juego -de indudable naturaleza federal- y a fin

de evitar que se prolongue aún más la adopción de una solución definitiva acerca de la situación de la infante, corresponde que este Tribunal entienda en los planteos sobre el fondo del asunto vinculados con la desestimación in limine de la demanda y la búsqueda de postulantes con miras al otorgamiento de la guarda de la niña con fines de adopción.

En esa tarea, resulta pertinente atender al principio inveterado de esta Corte Suprema según el cual sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (confr. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865; 344:1149, entre muchos otros). Esta doctrina adquiere una especial consideración cuando aquellas importan modificar o mantener relaciones interpersonales que se enmarcan en una dinámica propia con incidencia en la respuesta jurisdiccional y de las que no es posible prescindir a fin de adoptar una decisión que atienda de manera primordial al interés superior del niño. La configuración del citado "interés superior del niño" exige examinar las particularidades y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple -en su máxima extensión- la situación real de la infante.

Más allá de las razones que sustentaron las resoluciones adoptadas durante el trámite de este proceso iniciado en el año 2012, cobra particular trascendencia el escenario en el que hoy se enmarca el asunto. La información otorgada por el juez de grado -en respuesta al pedido efectuado por este Tribunal- con relación a la audiencia celebrada con el matrimonio guardador, la madre biológica y la niña con posterioridad a la interposición del recurso bajo examen, da cuenta de la realidad social y familiar en la que se encuentra inserta la infante hace más de 9 años, como también de la situación personal de cada uno de los involucrados, de sus deseos y de sus posibilidades para asumir la crianza de la pequeña, manifestaciones que sustentan la inconveniencia, al presente, de mantener la decisión aquí cuestionada.

La apreciación conjunta de las manifestaciones allí volcadas ponderadas a la luz del referido principio del interés superior, conducen a propiciar la continuación del trámite del proceso a fin de que, oportunamente y con los recaudos que devienen imprescindibles en estos supuestos, se adopte una decisión que permita disipar -de manera definitiva- la incertidumbre sobre la situación familiar que en la actualidad pesa sobre la infante, de modo de tornar efectivo su derecho a crecer en el seno de una familia (confr. documentación remitida por el Juzgado de Familia n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Misiones, agregada a la presente queja el 17 de diciembre de 2021).

6°) Que en efecto, dado el tiempo transcurrido desde el comienzo de estas actuaciones, mantener en la actualidad una decisión adoptada en un momento y contexto determinado de manera preliminar y sin mayor sustanciación, que desestimó la pretensión inicial del matrimonio guardador, compartida por la madre biológica, por cuestiones estrictamente formales y dispuso la elección de nuevos postulantes para asumir la guarda y, en su caso, la adopción de la niña, importaría hoy una evaluación del asunto alejada de las directrices constitucionales que deben guiar el caso (art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental; art. 3° de la citada Convención sobre los Derechos del Niño). Solución que se refuerza frente a la ausencia de elementos que aseguren -o cuando menos indiquen- que su mantenimiento resulta más beneficioso para el sujeto que requiere de una protección especial.

Cabe recordar que la necesidad y obligatoriedad de sujetarse a las normas que rigen en toda clase de juicio y, con mayor intensidad en estos asuntos, no puede conducir a que se omita apreciar que, de manera excepcional y en razón de la trascendencia de los derechos comprometidos, las circunstancias particulares del caso autorizan una solución que los atienda de manera primordial (confr. doctrina de Fallos: 331:147, 2047; 344:2901, entre otros).

El respeto al debido proceso y la sujeción a las normas procesales y sustanciales que rigen el instituto de la adopción constituyen premisas fundamentales que no pueden ser soslayadas ni desconocidas tanto por quienes la solicitan como por quienes deben decidir al respecto, en resguardo del derecho de defensa y de la seguridad jurídica (art. 18 de la Constitución Nacional). No obstante, frente a situaciones de marcada excepcionalidad como la de autos, a la hora de decidir, la satisfacción del interés superior exige atender a una visión de conjunto.

Esta Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las

circunstancias del caso que la ley manda valorar (Fallos: 331:147, 2047 y 344:2901, entre otros). Del mismo modo, ha destacado que a la hora de definir una controversia, los jueces no deben omitir atender a las consecuencias que se derivan de ella a fin de evitar que, so pena de un apego excesivo a las normas, se termine incurriendo en mayores daños que aquellos que se procuran evitar, minimizar o reparar (confr. doctrina de Fallos: 326:3593; 328:4818 y 331:1262), conclusiones que –valga remarcar– adquieren ribetes especiales cuando se trata de niños, niñas y adolescentes.

En esa particular evaluación no cabe desconocer la importancia y efectos que el paso del tiempo –por motivos que le son ajenos– tiene en los primeros años de vida de los infantes cuya personalidad se encuentra en formación. Ello pues, es en ese curso temporal en el que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje, convirtiéndose entonces el tiempo transcurrido, en un factor que –pese a no ser lo deseable y cuya configuración como elemento de ponderación debería procurarse evitar– adquiere una consideración especial a la hora de definir el asunto y determinar “su interés superior” en el caso en concreto que, como tal, no cabe que sea desatendido por quienes tienen a su cargo dicha tarea.

7°) Que aunque las circunstancias señaladas llevan a dejar sin efecto la decisión que rechazó in limine la demanda, ello no importa admitir sin más la pretensión de los guardadores frente a la ausencia de informes especializados que devienen imprescindibles en la materia, sino juzgar sobre la improcedencia de mantener una resolución desestimatoria de un pedido de guarda con fines de adopción cuando las circunstancias actuales del caso orientan, prima facie, en sentido contrario. Máxime cuando –valga reiterarlo– ello importaría desandar un camino recorrido en una etapa crucial en la vida de la infante sin que se hubieran acreditado elementos que demuestren con certeza un mayor beneficio para aquella, lo que no se condice con la prudencia judicial que, con mayor rigor, debe guiar las decisiones que se adopten en estos supuestos.

Corresponderá a los jueces de la causa en el marco de su jurisdicción, en ejercicio de las funciones que le son propias y a la luz de la normativa aplicable, disponer la realización de las medidas pertinentes para evaluar la aptitud del matrimonio guardador con miras al otorgamiento de la guarda con fines de adopción, sin perjuicio de advertir que dicha idoneidad no ha sido controvertida ni puesta en duda en autos. Ello así, pues la circunstancia de que la consideración primordial del principio del interés superior del niño, consagrado en la referida Convención sobre los Derechos del Niño, propicie en el presente caso la continuación del trámite del proceso no implica pasar por alto las evaluaciones –propias, necesarias y específicas– que exigen este tipo de juicios. La decisión judicial que deviene en estos asuntos reviste una trascendencia sociojurídica importante desde que pone en juego la efectiva vigencia de un imperativo irrenunciable como lo es la tutela de los derechos de la infancia, lo cual requiere inexorablemente contar con “toda la información pertinente y fidedigna” (confr. arg. Fallos: 331:2047).

En esa tarea, resultará pertinente tener presente la importancia que reviste la opinión de los infantes cuando las condiciones de edad y madurez así lo permitan. Una ponderación adecuada del citado interés superior, en tanto principio que debe orientar y condicionar las decisiones de quienes tienen a su cargo resolver los conflictos que los involucran, exige escuchar a los destinatarios principales de aquellas y quienes requieren de una protección especial por parte de todos los operadores judiciales (conf. art. 12 de la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño; art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación; art. 18 de la ley local II n° 16 y Fallos: 344:2669).

Más allá de las escuchas que se lleven a cabo con motivo de lo que aquí se resuelve, la opinión de la infante manifestada en la audiencia celebrada por ante el juez de la causa a que se ha hecho mención en el considerando 5° de este pronunciamiento, pone de relieve la necesidad e importancia de atender a su opinión a la hora de juzgar sobre la pretensión principal de modo de alcanzar –en su máxima extensión– la tutela de su interés superior.

Por ello, y habiendo tomado intervención la señora Defensora General de la Nación, se declara procedente la queja y formalmente admisible el recurso extraordinario, se revoca el pronunciamiento apelado y, en uso de la facultad prevista en el art. 16 de la ley 48, se deja sin efecto la sentencia que rechazó in limine la demanda. Vuelvan las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dé trámite al presente proceso y se adopten las medidas necesarias para definir la situación familiar de la infante, debiendo mantenerse ínterin la guarda provisoria de la niña a cargo del matrimonio guardador. Costas en el orden causado en atención al tema debatido

en autos (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, devuélvanse digitalmente los autos principales y remítase la queja para su agregación.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

1º) Que el 1º de junio de 2012 los actores solicitaron, ante el Tribunal de Familia n° 3 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, la guarda con fines de adopción de la niña L.C.D., nacida el 21 de marzo de ese año en la Provincia de Misiones. Invocaron, en lo sustancial, que la niña les fue entregada por su progenitora en virtud de la imposibilidad de hacerse cargo de su crianza dada su precaria situación socioeconómica y de conocerlos con motivo de haber trabajado como empleada doméstica del padre de uno de ellos (fs. 30/34 del expediente 333/2013 remitido en copia digital).

El 30 de julio de 2012 el referido tribunal atribuyó la competencia al juez de familia de Posadas e indicó que debía adoptar las medidas necesarias en tiempo razonable. Consideró que los peticionarios eran ajenos a la provincia de origen de la niña y estaban a su cuidado por una presunta entrega directa por la progenitora, expresamente prohibida por el art. 318 del Código Civil. Destacó que, por ser una situación irregular, la guarda debía manejarse con diligencia y celeridad excepcional, pues el transcurso del tiempo favorecía la creación de lazos con la familia tenedora de hecho y podía ser perjudicial para los intereses de la niña y de su familia biológica; asimismo, libró oficio a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la Nación para que tomara conocimiento de lo decidido (fs. 37/42).

2º) Que radicada la causa ante el Juzgado de Familia n° 2 de la Provincia de Misiones, el 17 de junio de 2013 su titular rechazó in limine la solicitud de guarda con fines de adopción y fijó una audiencia para que concurriera la progenitora con su hija en presencia del Ministerio Pupilar a fin de que iniciara medidas de protección integral. Se fundó en que el art. 26 de la ley provincial XII n° 20, que rige el proceso de adopción, dispone que los progenitores que propongan guardador determinado deben demostrar el conocimiento que tengan de las circunstancias personales, sociales y familiares de las personas propuestas —resultando insuficiente la mera declaración de los peticionarios— y que la omisión de tales recaudos autoriza al rechazo in limine de la petición. Destacó que los peticionarios no acreditaron los extremos requeridos por la norma y que no se daba la excepción prevista en la ley para otorgar la guarda sin consultar previamente al registro provincial de aspirantes a la adopción. Señaló que la decisión atendía al interés superior del niño pues la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) debía conjugarse con las normas provinciales que tienden a la protección integral de los niños, como ser la mencionada ley XII n° 20 (fs. 55/57).

Según surge de las actuaciones, la audiencia fijada no se realizó por no haber comparecido la progenitora ni la niña (fs. 58), en tanto que los recursos de apelación de los peticionarios y la progenitora de L.C.D. contra la mencionada resolución fueron concedidos con efecto devolutivo (fs. 60 y 77). La señora Defensora Oficial, pese a destacar las irregularidades del caso, adhirió al recurso de la progenitora invocando el tiempo transcurrido (fs. 87).

Mientras que la señora Defensora de Cámara propició el rechazo de los recursos por considerar que el pedido no cumplía con la ley local —la que, según destacó, fue dictada “luego de varios escándalos” en la provincia por entrega de menores— (fs. 96), el señor Fiscal de Cámara opinó lo contrario en virtud de que el tiempo durante el cual la niña vivió con los actores había originado vínculos afectivos y psicológicos que debían ser considerados para hacer prevalecer el interés superior del niño conforme lo previsto en el art. 3.1 de la CDN (fs. 98/100).

El 18 de junio de 2014 la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial confirmó lo decidido por la jueza de primera instancia. Sostuvo que los peticionarios no habían cumplido con la ley de adopción y, pese a reconocer que el tiempo jugaba un papel relevante en los casos de guarda, concluyó en que no podía convalidar la situación irregular motivada por la conducta de las partes. Recordó que las normas sobre adopción persiguen la protección del interés superior del niño y que su observancia y la diligencia de los procedimientos judiciales son esenciales para resguardar ese interés. Reprochó a la jueza los términos en que había dispuesto la audiencia para que se presentara a la menor y que no se cumpliera la sentencia no obstante el efecto devolutivo con el que concedió la apelación, pues la dilación perjudicaba el interés de la niña. Sobre esa base, dispuso que la jueza cumpliera en forma inmediata con lo dispuesto en el art. 28 de la ley XII n° 20 para no agravar la situación de la menor y que en lo sucesivo arbitrara los medios para hacer cumplir las decisiones dictadas (fs. 103/107).

Los peticionarios interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Alegaron, en síntesis, que la cámara aplicó erróneamente la ley XII n° 20 que exige a los progenitores —y no a los pretendidos guardadores— acreditar las circunstancias previstas en el art. 26 y que el rechazo in limine del pedido privó a la madre biológica de probar los requisitos legales para la procedencia de la entrega de la niña al matrimonio guardador. Invocaron que la decisión es arbitraria por incurrir en un exceso de rigor formal que afecta el debido proceso y el interés superior de la niña reconocido en la CDN, pues la priva de continuar viviendo con la familia elegida por la madre con la que ha creado vínculos desde su nacimiento. Cuestionaron la exigencia de inscripción en el registro de adoptantes provincial con fundamento en que la ley 25.854 creó un registro nacional único por lo que era válida la inscripción en el registro correspondiente a su domicilio. Destacaron el derecho a obtener una eficaz definición judicial dentro de un plazo razonable (fs. 117/129).

3°) Que en esas condiciones el expediente fue recibido en octubre de 2014 por el Superior Tribunal de Justicia (fs. 138 vta.) que, después de un prolongado trámite para alcanzar mayoría, dictó sentencia el 19 de diciembre de 2018 y declaró inadmisibles los recursos extraordinarios local y provincial por considerar que la sentencia de cámara no es una resolución definitiva ni asimilable a tal. Sostuvo que la cuestión de la guarda con fines de adopción podía ser planteada nuevamente ante la justicia (fs. 179/183).

4°) Que contra esa decisión los peticionarios interponen recurso extraordinario federal. Por un lado, se fundan en la arbitrariedad de la sentencia por entender que se alcanzó la mayoría mediante una errónea aplicación de normas procesales locales. Afirman que ya se había alcanzado mayoría en la primera votación y cuestionan uno de los votos por haberse excedido en el análisis de la admisibilidad formal del recurso. Por otro lado, alegan que el fallo es definitivo al frustrar la única vía para el reconocimiento de sus derechos y del interés de la menor de edad en un proceso que lleva más de cinco años de duración, y que hay cuestión federal pues fueron privados de una decisión judicial válida, lo que afecta sus garantías constitucionales a la defensa en juicio y al debido proceso. Cuestionan el rechazo in limine de la demanda por importar un exceso ritual que veda la protección del Código Civil de la Nación (ley 340) para los casos en que los progenitores deciden dar a su hijo en guarda con fines de adopción e invocan que se violó el interés superior del niño (fs. 193/211).

El 16 de octubre de 2019 el Superior Tribunal de Justicia denegó, por mayoría, el recurso extraordinario federal (fs. 221/225), lo que motivó la queja de los pretendidos guardadores ante esta Corte Suprema.

5°) Que la señora Defensora General de la Nación pidió que se desestime el recurso y se exhorte a las autoridades provinciales a escuchar a la niña y regularizar su situación de manera urgente. Entiende que la decisión no es definitiva pues el rechazo de la pretensión no impide que sea reeditada. Agrega que las cuestiones federales invocadas no guardan relación directa con la solución del pleito y que los agravios importan meras discrepancias con las normas sobre la adopción.

Sin perjuicio de ello, en forma circunstanciada y categórica sostiene que hubo una “importante pasividad por parte de los operadores judiciales provinciales, que generaron una afectación al plazo razonable que debe regir especialmente en esta clase de procesos” y “propiciaron que la situación irregular en la que mi defendida se encuentra inmersa se prolongue desde su nacimiento hasta el día de la fecha, pasados más de ocho años”. Enfatiza que “los jueces se limitaron a rechazar de plano la acción instaurada y se desentendieron de la situación de la niña, jamás se ocuparon de constatar su situación y eventualmente, tomar medidas para su protección y que se resuelva su estado familiar”. A ello añade que “entre la sentencia de cámara y la declaración de inadmisibilidad del recurso extraordinario local pasaron más de cuatro años. A esa altura la niña ya llevaba seis años residiendo con los guardadores”. Concluye que el solo transcurso del tiempo sin una determinación de la situación jurídica de la niña causa un perjuicio de imposible reparación posterior que debe ser resuelto con la premura que esta afectación al plazo razonable implica.

Destaca que la CDN y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) autorizan a que los niños y niñas sean separados del grupo familiar como medida proveniente del Estado, como excepción y previo agotamiento de todas las instancias posibles, siempre guiándose por el interés superior del niño. También señala que el Código Civil y Comercial de la Nación prohíbe las entregas directas en guarda de niños (arts. 611 y 613).

6°) Que si bien las resoluciones por las cuales los superiores tribunales de provincia deciden acerca de la procedencia o improcedencia de los recursos extraordinarios de carácter local no son,

en principio, revisables en la instancia del art. 14 de la ley 48, ello admite excepción cuando la sentencia impugnada conduce, sin fundamentos suficientes o mediante una inadecuada ponderación de las circunstancias del caso, a una limitación sustancial de la vía utilizada por los recurrentes, afectando su derecho de defensa en juicio y debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional; Fallos: 326:2397; 330:1907 y 345:285).

Tal situación es la que se presenta en el caso. En efecto, la sentencia de cámara recurrida ante el Superior Tribunal de Justicia, confirmó la dictada en 2013 en la anterior instancia que había rechazado in limine la guarda con fines de adopción, fijado una audiencia para que se presentara a la niña al juzgado y dispuesto que el Ministerio Pupilar iniciara medidas de protección integral; asimismo, la cámara reprochó a la jueza no haber ejecutado la sentencia y expresamente dispuso que se procediera de inmediato según el art. 28 de la ley XII n° 20 para no agravar la situación de la menor de edad. Dicha norma establece que “[c]uando no quede acreditado el vínculo o el conocimiento de las circunstancias personales de los guardadores propuestos, el Juez, sin más trámite, procede a llamar a los inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a la Adopción en el orden de la lista”.

De tal modo, el superior tribunal, al rechazar en diciembre de 2018 el recurso extraordinario local por entender que lo relacionado con la guarda de un menor de edad es un paso necesario pero no definitivo para la adopción y que no causa estado al poder plantearse nuevamente, soslayó las circunstancias del caso y el daño serio que su decisión podía causar a la niña. Esa decisión importó que después de cinco años pudiera modificarse en lo inmediato la situación familiar en que la niña, de casi siete años de edad a ese momento, había transcurrido toda su vida. Es decir, aun cuando el desplazamiento de la guarda pudiera considerarse, en abstracto, una decisión no definitiva, su crucial incidencia para la vida actual y futura de L.C.D. determinaba, en el caso concreto —como consecuencia necesaria de las particulares circunstancias mencionadas—, la configuración de un agravio no susceptible de ulterior reparación. La existencia de un riesgo cierto para la salud psíquica de la niña imponía, en las circunstancias descriptas, equiparar el pronunciamiento sobre la guarda a la sentencia definitiva que requiere la ley procesal local para la admisibilidad del recurso extraordinario (doctrina de Fallos: 312:869 y su cita).

La posibilidad de que la decisión recurrida modificara la situación de la niña, aun cuando fuera irregular desde su nacimiento en 2012 —conforme lo consideraron tanto los jueces como los defensores que intervinieron en la causa—, obligaba al superior tribunal provincial a intervenir y dictar una sentencia que ordenara el procedimiento y dispusiera los remedios necesarios para evitar las consecuencias negativas de la irrazonable prolongación del pleito y de la pasividad de los jueces en hacer cumplir en tiempo y forma la decisión dictada cuando la niña tenía apenas un año de vida.

La demora de más de cuatro años en pronunciarse sobre el recurso extraordinario local, sumado al tiempo que ya había insumido el trámite en las anteriores instancias, era determinante para que dicho tribunal no se desentendiera de las consecuencias que ello había tenido en la vida de L.C.D. (doctrina de Fallos: 312:869), quien continuó en la referida situación irregular no obstante que la sentencia rechazó la guarda solicitada en esas condiciones (del acta de la audiencia judicial que tuvo lugar el 7 de mayo de 2021 en la ciudad de Posadas —remitida a esta Corte Suprema el 17 de diciembre de 2021— surge que la niña permaneció con los pretensos guardadores desde su nacimiento). Al declarar inadmisibile el recurso extraordinario local, el Superior Tribunal de Justicia afectó el derecho al debido proceso garantizado por nuestra Constitución Nacional y prescindió del deber de velar para que el interés superior del niño fuera la consideración primordial en el trámite de adopción, tal como lo disponen la CDN aprobada por la ley 23.849 (art. 21) y el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 595).

7°) Que aun cuando lo expuesto es suficiente para admitir el recurso extraordinario federal, descalificar la sentencia recurrida de acuerdo con la doctrina de la arbitrariedad y revocarla para que se dicte un nuevo pronunciamiento que haga mérito de las circunstancias actuales de la niña, la gravedad de la situación impone efectuar las siguientes consideraciones que deberán ser tenidas en cuenta por el Superior Tribunal de Justicia para decidir el caso.

8°) Que la entrega directa de niños en guarda está expresamente prohibida por ley, la que impone la intervención previa de un juez (arts. 316 y 318 del anterior Código Civil vigente al momento de los hechos; arts. 607, 609, 611, 612 y 613 del Código Civil y Comercial de la Nación). El nuevo código de fondo mantuvo dicha prohibición —incorporada por la ley 24.779 al anterior código— y habilitó

a los jueces a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretensu guardador, con la única excepción de que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en un vínculo de parentesco con los pretendidos guardadores del niño (art. 611, segundo párrafo).

El art. 21 de la CDN dispone que “[l]os Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y; a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”.

De ello se sigue que las normas sobre adopción deben ser rigurosamente cumplidas por quienes intervienen en dichos procesos. La finalidad de la prohibición de las entregas directas es la de preservar tanto la legalidad del trámite de adopción como la seguridad y los derechos de quienes intervienen en dichos procesos, en especial el interés superior del niño —sujeto protegido por la ley— para impedir que sean víctimas de vías de hecho —incluso del tráfico de niños— que lo priven de un procedimiento que desde el inicio impone que sea el Estado, a través de un juez, el que otorgue la guarda con fines de adopción.

En los dictámenes de las comisiones de ambas cámaras del Congreso de la Nación previos a la sanción de la ley 24.779 —que sustituyó varias de las normas del Código Civil anterior en materia de adopción—, se destacó que los valores tenidos en cuenta fueron “la celeridad, la economía de trámite y su seguridad. Otorgando seguridad jurídica a las adopciones [...] no solo se ayudará a combatir el tráfico de niños entre otros efectos, sino que se asegura que la adopción favorecerá a los menores integrándolos a un núcleo familiar del cual carecen” y que “la guarda sólo se otorgará con intervención judicial” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 17ª Reunión — Continuación de la 9ª Sesión Ordinaria — septiembre 14 de 1994, páginas 2122/2123), como así también que “Se establece un estricto procedimiento para otorgar a los menores en guarda. [...] A partir de la sanción de esta ley, será únicamente el juez o tribunal quien disponga la entrega de menores en guarda. Esta nueva disposición tiene como principal objeto el desalentar e impedir la entrega de menores, que en forma absolutamente fraudulenta y en infracción a normas legales se lleva a cabo en nuestro país. Esta modificación tiene como principal fundamento evitar el tráfico de niños” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 78ª Reunión — 31ª Sesión Ordinaria (continuación) —28 de noviembre de 1996, páginas 7382/7384).

9º) Que la circunstancia de que la ley disponga que sea un juez el que con exclusividad otorga la guarda con fines de adopción y lo habilite para separar al niño de los pretendidos guardadores en caso de entrega directa, conlleva la necesidad de que las decisiones para lograr dicho cometido sean rápidas y eficaces.

En los casos de entregas directas de niños, dicho mandato exige una decisión inmediata para revertir la situación irregular expresamente prohibida por la ley, más allá de las instancias judiciales por las que pudiera transitar el proceso. Ello supone, asimismo, que esa decisión sea ejecutada también sin demora. No proceder de ese modo importa directamente tolerar y mantener una situación irregular que afecta, en general, el sistema legal de adopciones y, con el transcurrir del tiempo, el interés superior del niño en particular, dificultando la misión de los jueces de hacer cumplir la ley.

Del expediente judicial remitido en copia digital a esta Corte Suprema surge que el 30 de julio de 2012, apenas presentada la solicitud de guarda, el Tribunal de Familia n° 3 de Lomas de Zamora —en oportunidad de declinar la competencia a favor de los jueces del lugar de nacimiento de la niña— advirtió que los peticionarios estaban a su cuidado mediante una presunta entrega directa expresamente prohibida por el art. 318 del Código Civil y que, por ser una situación irregular, debía procederse con diligencia y celeridad excepcional, pues el transcurso del tiempo favorecía la creación de lazos con la familia tenedora de hecho y podía ser perjudicial para los intereses de la niña y de su familia biológica (fs. 37/42). Ese era, justamente, el deber que tenían los jueces de la causa que intervinieron durante el proceso.

En cambio, al momento en que el Superior Tribunal de Justicia de Misiones rechazó por falta de sentencia definitiva el recurso extraordinario local habían pasado más de seis años desde la men-

cionada resolución del tribunal de Lomas de Zamora, no obstante lo cual se mantenía la situación irregular, con las previsibles consecuencias advertidas; esto es, el desarrollo de la vida de la niña con los pretensos guardadores y la afirmación de los lazos afectivos con quienes transcurrió toda su primera infancia.

Llegada la situación a ese punto por la pasividad de los tribunales locales, no resultaba posible que el Superior Tribunal de Justicia rechazara el recurso extraordinario provincial por falta de sentencia definitiva, sin considerar las circunstancias imperantes en dicha oportunidad y las medidas que fueran necesarias para remediar la situación en forma inmediata, teniendo en cuenta los intereses en juego.

No es admisible que los tribunales soslayen que el tiempo es un elemento esencial en todos los procesos en los que intervienen los niños, especialmente en los trámites vinculados con la adopción. Durante estos procesos transcurren etapas de particular trascendencia en las que los niños adquieren hábitos y afectos que contribuyen a la formación de su personalidad (Fallos: 312:869). Así pues, el factor tiempo tiene un efecto constitutivo en la personalidad del niño, pues es en esa etapa en la que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje, por lo que los jueces no pueden prescindir de dicha circunstancia al momento de tomar decisiones en las que deben tener en consideración el interés superior del niño (“S., C.”, Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay y Fallos: 344:2471).

Por ello, habiendo intervenido la señora Defensora General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión apelada. Devuélvanse digitalmente las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente. Costas en el orden causado en atención al tema debatido en autos (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase la queja para su agregación.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

B) ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA NACIONAL **Comisión del Ministerio Público de la Defensa**

CASO 1

Caso “R., B. A. s/ Audiencia de sustanciación de impugnación”

Tribunal que resolvió: Cámara Federal de Casación Penal República Argentina

Fecha de resolución: 5-abr-2023.

Resumen de los hechos: Un Tribunal de la frontera norte argentina condenó a B.A.R. a la pena de 3 años de prisión de ejecución condicional, por considerarla autora del delito de transporte de estupefacientes. La defensa pública recurrió dicho pronunciamiento, bajo el entendimiento de que la imputada había obrado en estado de necesidad justificante, con motivo de las necesidades socio económicas que presentaba, en el marco de una coyuntura cultura, familiar y de género específica.

Resumen de la decisión: La Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a la impugnación, aunque consideró que el caso respondía a un supuesto de irreprochabilidad (estado de necesidad disculpante), y correspondía dictar una sentencia absolutoria. **Fundó esa decisión en estándares de la Corte IDH, el Comité CEDAW, la Convención de Belem do Pará, la CIM, la CDN y los principios de la CADH.**

Para así resolver, el órgano de alzada analizó el caso a la luz de los principios rectores de los instrumentos internacionales de derechos humanos y, primeramente, enfatizó en lo sostenido por la Corte IDH en "Furlan vs. Argentina": "(t)oda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre" (párr. 134), para enfatizar que aún en casos de mujeres acusadas de delitos, "son sujetos de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación".

Entonces, en un caso de extrema vulnerabilidad como el resuelto, consideraron que se encontraba reducida la autodeterminación de la autora y por tanto inexigible un obrar de acuerdo a derecho; y lo fundamentaron en principios del DIDH.

Legajo Judicial FSA 9861/2022/9

///nos Aires, a los 5 días del mes de abril de dos mil veintitrés, integrada la Cámara Federal de Casación Penal de modo unipersonal por el señor juez doctor Diego G. Barroetaveña y de conformidad con lo dispuesto en las Acordadas 24/21 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y 5/21 de esta Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), a los efectos de resolver la revisión interpuesta en la Carpeta Judicial N° FSA 9861/2022/9, caratulada: R., B.A. s/Audiencia de sustanciación de impugnación, de la que RESULTA:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de Salta, integrado en forma unipersonal por la señora jueza Marta Liliana Snopek, el 25 de noviembre de 2022, resolvió: "(1)- CONDENAR a [B.A.R.] a la pena de tres (3) años de prisión de ejecución en suspenso y multa mínima de cuarenta y cinco (45) unidades fijas, por resultar penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes en carácter de autora conforme a los artículos 45 del CP y 5 inciso C de la ley 23.737; debiendo quedar sometida por el tiempo de la condena a las reglas de conducta que a continuación se detallan, bajo apercibimiento de revocación de la condicionalidad impuesta en caso de incumplimiento, conforme a los arts. 26, 27 y 27 bis incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Código Penal: 1) fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato; 2) abstenerse de concurrir a lugares y de relacionarse con personas, vinculadas al tráfico de drogas; 3) abstenerse de usar de estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; 4) finalizar sus estudios primarios; 5) capacitarse laboralmente; 6) continuar con su tratamiento psicológico; y 7) continuar trabajando en su ocupación actual o adoptar alguna acorde a sus capacidades y las que vaya adquiriendo. CON COSTAS (arts. 386 y c.c. del CPPF)" (Lo destacado y las mayúsculas son del original).

II. Que, contra esa sentencia, la defensora pública oficial en representación de B.A.R. interpuso impugnación, la que fue concedida por el tribunal de mérito el 19 de diciembre de 2022.

En ese sentido, la parte recurrente se agravió "(p)or cuanto entiende que en el caso se produjo cuanto menos un incorrecto análisis y valoración de las circunstancias del caso y de la prueba producida en el debate, que derivaron en una resolución condenatoria con una insuficiente motivación".

Al respecto sostuvo que "(Q)uedó probado a lo largo del juicio, con distintas declaraciones testimoniales que [B.] es una mujer de 21 años, que desde su infancia, cuando tenía 8 o 9 años, sufrió diferentes ataques sexuales de familiares y que nunca recibió el apoyo de su madre, quien también la echó de su casa cuando, luego del fallecimiento del padre de [B.] formó nueva pareja y tenía celos de [B.]".

De seguido, indicó que "[B.] a los 12 años inició una relación de noviazgo con un hombre varios años mayor que ella, con quien vivía y de la cual fue víctima de violencia de género, recibió golpes físicos y fue forzada a tener relaciones sexuales".

También, remarcó que "(Q)uedó embarazada a los 13 años de una pareja 25 años más grande y fue allí donde dejó el colegio primario, no concluyendo ni la primaria. Su pareja la abandonó y

retomó a vivir con su madre, quien no le brindó apoyo ni acompañamiento con su bebé. En ese momento, su madre ya estaba enferma de cáncer y HIV (cabe valorar que falleció días después de que concluyera el juicio de [B.]”.

En esa senda, adujo que “(D)e las distintas declaraciones testimoniales prestadas en el juicio, surgió que [B.] vive sola, en un hogar monoparental, junto a sus tres hijos de 6 y los mellizos de 3 años, en una casa precaria sin baño, en la INDIGENCIA, no solo económica sino estructural”.

Asimismo, sostuvo que B.A.R. sustenta económicamente su hogar y que por las carencias que pasaba ejerció la prostitución.

Seguidamente, mencionó que “(L)a VULNERABILIDAD ECONÓMICA de [B.] y sus hijos no fue momentánea, sino que fue un cúmulo de situaciones que la llevaron a actuar como actúo y a considerar que la única alternativa para sortear la dificultad económica para construir un BAÑO EN SU DOMICILIO, fue transportar la droga”.

Además, indicó que B.A.R. realmente no contaba con otros medios eficaces para cubrir las necesidades básicas y esenciales de ella y su familia, porque su coyuntura social, cultural, familiar y de género, no le permitía, en lo inmediato, resolver esos problemas principales, y producto de su contexto fue llevada a trasladar la droga con la promesa de un dinero que, de otra forma, no lograría obtener.

Finalmente, señaló que “(L)as especiales condiciones de [B.]: violencia, vulnerabilidad económica, imposibilidad de acceder a trabajos registrados o mejor remunerados, redujeron sus posibilidades de elegir, de optar por otro camino para poder superar sus necesidades económicas y poder dignificar a sus hijos con un baño propio, esta es una necesidad básica INMINENTE”.

Por último, solicitó que se revoque la sentencia condenatoria, se admita el planteo solicitado por la defensa y, en consecuencia, se absuelva a la Sra. B.A.R. por aplicación del art. 34 inc. 3 del Código Penal (CP) sin reenvío -por estar expresamente vedado-.

III. Que el 1 de marzo del año en curso, se llevó a cabo la audiencia prevista por el artículo 362 del CPPF.

En aquella ocasión se concedió el uso de la palabra, en primer lugar, al defensor oficial de B.A.R. ante esta instancia, doctor Guillermo A. Todarello, quien reeditó los fundamentos de la impugnación interpuesta, solicitó se anule la condena y se absuelva a B.A.R.

Hizo reserva del caso federal.

Luego, en representación del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, expuso el doctor Raúl Omar Pleé, quien rebatió los argumentos de la defensa.

Así, el doctor Pleé sostuvo que B.A.R. ya venía realizando una conducta compatible con el transporte de estupefacientes, haciendo referencia a dos conversaciones que surgen de la causa mediante las cuales la encartada se comunicaba con distintas personas por celular coordinando el transporte de material estupefaciente.

Seguidamente, indicó que B.A.R. utilizaba el transporte de estupefacientes como un elemento más para la manutención de ella y de sus hijos.

Por otro lado, memoró que las necesidades básicas insatisfechas no implican que pueda exculparse a B.A.R. indicando que existía un mal inminente cuando no lo había.

A continuación, hizo referencia a que la construcción del baño no es una inminencia y que no se puede equiparar al caso “Maribel Carina Rodríguez s/infracción Ley 23.737”, donde Maribel tenía un hijo con una malformación y tenía que ser operado por los médicos antes de determinada edad.

Para finalizar, aseguró que no existe una causal de justificación porque la construcción de un baño no parece un mal grave e inminente.

Solicitó que se rechace la impugnación e hizo reserva del caso federal.

IV. Que tras la celebración de la audiencia, de lo que se dejó constancia en el Sistema de Gestión Judicial LEX 100, el caso se encuentra en condiciones de ser resuelto.

Y CONSIDERANDO:

I. Que, de manera liminar, es menester señalar que la impugnación deducida por la defensora pública oficial María Julieta Loutaif resulta formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es una de las decisiones impugnables conforme prevé el art. 356 del CPPF, la parte recurrente

se encuentra legitimada para impugnarla (art. 352, inc. "a", ídem), los planteos realizados encuadran en los motivos normados por el art. 358 del mismo cuerpo legal y se han cumplido los requisitos de tiempo y fundamentación (art. 360 del citado digesto procesal).

II. Con el fin de brindar un adecuado tratamiento a la impugnación bajo estudio resulta necesario efectuar una reseña de los antecedentes del caso.

Así, surge de la sentencia traída a revisión que la jueza del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta N°1, tomando en cuenta el acuerdo probatorio arribado entre las partes sobre la existencia del hecho delictivo, la participación de la imputada y la calificación legal, tuvo por probado que "[B.A.R.] el 12/07/2022, a las 19:30 horas aproximadamente, transportó 1.056,6 gramos [de] cocaína con una concentración del 85,90% de pureza lo que hubiera permitido obtener 9.076 dosis umbrales. Que el medio empleado para concretar el transporte fue a través de un 'remis compartido', tratándose de un automóvil marca Volkswagen modelo Gol. En cuanto a la forma utilizada por [R.] para concretar la maniobra ilícita fue ocultando el material estupefaciente en el interior de una cartera color negra la que llevaba en su poder. El tóxico estaba acondicionado en un paquete de forma rectangular y envuelto en cinta de color verde y en n[ai]lon. Que el proceder delictivo fue descubierto a través de un operativo público de prevención, el que tuvo lugar en el puesto de control fijo de la Sección Vial 'Carapari' dependiente del Escuadrón N° 61 'Salvador Mazza' de Gendarmería Nacional".

Seguidamente, entendió que "(c)onforme a las circunstancias fácticas acreditadas, queda claro que la conducta desplegada por [R.] se adecúa al delito de transporte de estupefacientes, en carácter de autora, previsto y reprimido en el artículo 5 inciso "c" de la ley N° 23.737 y art. 45 del CP, al encontrarse debidamente acreditadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo que conforman el tipo penal mencionado".

Sobre el punto, valoró que "(s)e estableció que la acusada transportó material estupefaciente dentro del territorio nacional, aspecto que configura el elemento objetivo del tipo, lo que se materializó en este supuesto con el traslado de la sustancia prohibida. A ello se le debe agregar, a los fines de configurar la norma penal, que esa conducta llevada adelante por [R.] contó con el elemento subjetivo del tipo penal bajo estudio, en el caso siendo necesario el dolo directo, lo que quedó en evidencia en cuanto se demostró que la acusada procedió con voluntad de concretar el accionar delictivo y también lo hizo con conocimiento de lo que se estaba transportando, por lo que el tipo penal escogido por la Fiscalía en función del hecho descripto y la conducta desplegada es la adecuada. A mayor abundamiento se dirá que dicho dolo directo resulta patente de la pericia celular practicada, de donde se desprende que la acusada negociaba el traslado de la droga, y que incluso regateaba un mayor precio para su trabajo ilícito".

Al analizar la responsabilidad en el hecho que no fue controvertido, señaló que "(s)e destaca que [R.] fue madre a temprana edad, que habría vivido episodios de violencia doméstica y conforme nos contó en este juicio, resultando creíble su testimonio, habría sufrido abusos sexuales. Aquello trajo aparejado que no pudiera conseguir un trabajo formal lo que repercutió en su situación económica y social, con la que tuvo que afrontar en soledad la crianza de 3 hijos, siendo un caso donde se puede advertir una serie de aspectos que colocan a [R.] como una persona vulnerable por su pobreza, su juventud con la que afrontó la maternidad y todo lo que se dijo acerca de su historia de vida".

De seguido, mencionó que "(E)n función de ello la defensa sostuvo, en el juicio de responsabilidad, que [R.] no tuvo alternativas al tomar la decisión de transportar el material estupefaciente, lo que contextualizó como un estado de necesidad justificante. Aquella postura esgrimida por la defensa obliga a reflexionar acerca del estado de necesidad justificante previsto en el art. 34 inciso 3 del CP. En ese sentido la norma prevé una causal de no punibilidad para aquel o aquella que causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño".

Respecto a este tópico, expuso que "(e)l legislador ha previsto para estos casos la inculpabilidad de quien ha transgredido una norma penal en procura de preservar un derecho personal, el que se estima - valorativamente- de mayor trascendencia que el infringido. Por lo tanto, la persona que obra bajo esas circunstancias tiene que haberse representado que su accionar está destinado a evitar un mal mayor que se produciría de no actuar de esa forma, siendo el mal que se quiere sortear inminente - urgente- y previo al hecho, es decir ex ante. Si bien es una tarea difícil y discutida por la jurisprudencia y la doctrina acerca de cómo ponderar los bienes jurídicos que se ponen en

juego frente a la disyuntiva con la que debe actuar el que está frente a un estado de necesidad, lo adecuado para zanjar este aspecto es [...] analizar el caso concreto, considerando las circunstancias personales y que rodearon al que procedió en ese contexto”.

Posteriormente, valoró que cuando B.A.R. actuó como lo hizo, estando acompañada, en ese momento, por uno de sus hijos, no fue con el propósito de evitar un mal mayor, sino que lo hizo para poder sortear su situación económica. En ese sentido, entendió que este caso escapa al supuesto del art. 34 inciso 3 del CP, pretendido por la defensa.

En esa senda, ponderó que “[R.] es una mujer que por su historia de vida es vulnerable, pero aquello no fue lo único que movilizó su proceder y por eso sostengo nuevamente que este aspecto debe ser analizado al momento de la determinación de la pena”.

Paralelamente, memoró que “(E)sta decisión se sustenta en la prueba de cargo, siendo relevante, por un lado, las escuchas telefónicas donde se advierte que [R.] planificaba con seguridad lo que estaba haciendo, negociaba el precio de lo que obtendría por su trabajo ilícito, es decir que actuaba en forma natural. Tampoco advierto cuál fue el mal más grave e inminente que pretendió evitar con su proceder, cuando en este juicio se dijo que uno de los motivos que la impulsó a realizar este transporte fue el de obtener una suma de dinero para construir un baño en su casa. Es decir que hubo una proyección económica facilista, desde luego determinada por su situación de vulnerabilidad, pero se advierte que contaba con otras formas para lograr su objetivo, como ser la actividad que emprendió ahora de vender empanadas e incluso la ayuda social que recibe del Estado. Sobre esto último [R.] dijo que tenía asistencia social del Estado a través de los planes sociales y que vendía empanadas. Aquello da la pauta de que contaba con herramientas para poder hacerse de recursos económicos lícitamente; sin embargo, optó para la forma rápida y contraria al derecho penal, conociendo de tal ilicitud tal como quedó demostrado”.

Por todo ello, entendió que correspondía “(r)echazar la causal de justificación invocada por la defensa en los términos del artículo 34 del Código Penal –estado de necesidad-, y en consecuencia determinar la responsabilidad penal de [B.A.R.] en orden al delito de transporte de estupefacientes perpetrado en carácter de autora, conforme a los artículos 45 del CP y 5 inciso C de la ley 23.737, siendo su estado de vulnerabilidad un aspecto de valoración en los términos del art. 41 del CP”.

III. Habida cuenta de que no hubo planteos acerca de la existencia del hecho, la participación de B.A.R. y la calificación legal de la conducta atribuida a aquélla, corresponde abocarse al agravio de la defensa vinculado al pronunciamiento del tribunal a quo en cuanto rechazó el pedido de absolución con cita en el art 34. inc. 3 del CP.

Establecido cuanto precede, la evaluación de los elementos reunidos en la carpeta judicial y la sentencia condenatoria cuestionada nos conducen a sostener que la decisión del tribunal con funciones de juicio no es susceptible de ser convalidada, aunque por razones diversas a las invocadas por la parte recurrente, como se analizará en los párrafos venideros.

Para realizar un juicio sobre el encuadre de la conducta por la que fue condenada la imputada resulta necesario atender y valorar, especialmente, que de la prueba producida se desprende que B.A.R. es una mujer joven y única referente parental de sus tres hijos menores de edad, de siete y tres años, con quienes convive en una vivienda de condiciones extremadamente precarias, consistiendo éste en una única habitación de techo de chapa y piso de cemento, sin servicios de luz, agua potable, cloaca ni instalaciones de baño.

A ello debe agregarse que la imputada es el único sustento económico de su hogar y no cuenta con trabajo formal alguno ni familia extensa de contención.

En esa senda, se encuentra probado que a los doce años de edad y a instancias de su progenitora inició una relación afectiva con un hombre mayor que ella, con quien se le impuso convivir y, en ese contexto, resultó víctima de abusos sexuales.

Surge, también, que durante los primeros años de su adolescencia, luego de ser expulsada del domicilio familiar por su progenitora, transitó la situación de calle, ámbito en el cual cayó en la prostitución como medio de subsistencia. A los trece años de edad ocurrió su primer embarazo, producto de una relación que mantuvo con un hombre veinticinco años mayor que ella, con quien convivió un tiempo exiguo hasta que fue abandonada por éste y regresó a vivir con su madre, quien se encontraba enferma.

Luego, cuando su primogénito contaba con un año de edad conoció a Franco Ferreyra, con quien mantuvo un noviazgo de cinco años de duración, relación de la cual, a sus dieciocho años, nacieron sus hijos mellizos, de actuales tres años de edad.

Nuevamente y habiendo resultado víctima de violencia por parte de su pareja -aspecto sobre el que se ampliará más adelante- en el año 2020 fue abandonada por el progenitor de sus hijos menores.

Ahora bien, tomando en consideración las condiciones y circunstancias de vida de B.A.R.-esquemáticamente señaladas en los párrafos que anteceden-, no caben dudas de que nos encontramos ante una persona que ha transitado su breve trayectoria de vida en un contexto de gran vulnerabilidad -socioafectiva, psíquica, económica, laboral y de violencia de género- que claramente influyó para que aquélla se haya involucrado en una actividad ilícita como salida para procurar una mejora habitacional en resguardo de la salud física de sus hijos pequeños, tal como se alega.

IV. Las circunstancias señaladas nos obligan a analizar el caso a la luz de los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional (art. 75 inc. 12, CN) a fin de dar una adecuada respuesta jurisdiccional al caso particular en cumplimiento de los deberes asumidos con el sistema de protección de derechos humanos.

Desde esa óptica, es útil memorar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos -CorteIDH- ha expresado que "(t)oda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre" (CorteIDH, "Furlan vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 134).

También es menester recordar que aún cuando se encuentren acusadas de delitos, las mujeres son sujetos de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación.

En ese sentido, es dable destacar la Recomendación General N° 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que, dentro de las recomendaciones sobre el acceso de la mujer a la justicia, en su párrafo 14.d) indica que "(L)a buena calidad de los sistemas de justicia requiere que todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos [...], sensibles a las cuestiones de género [...]".

En otras palabras, las y los operador(es) del derecho, al momento de resolver situaciones como la que se presenta en el caso en estudio, deben poner énfasis en el especial tratamiento que amerita la condición de mujer, y más aún cuando se suman otras circunstancias que la tornan especialmente vulnerable, contemplando las particularidades y el contexto en que se desarrollan las conductas reprochadas.

Aquellos principios rectores fueron cristalizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años en diferentes precedentes (ver Fallos 334:1204 y 336:392) y, más recientemente, el 17 de mayo de 2022, en la causa FMZ 41001077/2011/TO1/4/1/RH3 "Martel, Osvaldo Benito y otros s/ averiguación de delito" (Fallos 345:298), en el cual el alto Tribunal sostuvo que "(e)l juzgamiento de los hechos imputados debe necesariamente efectuarse con perspectiva de género, aspecto que resulta de obligatoria consideración en virtud de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, conforme a lo establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - `Convención de Belem do Pará´, de la cual Argentina es signataria desde 1996", circunstancia que impone a la judicatura a resolver bajo esa perspectiva.

A su vez, respecto de los delitos vinculados a las drogas, como el aquí en trato, diversos foros internacionales han propugnado su abordaje mediante un enfoque de género.

En ese sentido, la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) elaboraron un informe titulado "Mujeres y drogas en las Américas: Un diagnóstico de políticas en construcción", en el que se da cuenta de la necesidad de analizar la persecución penal de la narcocriminalidad bajo la perspectiva de género recogida, a su vez, en diversos instrumentos supranacionales.

De aquel informe se desprende que "(L)a mayoría de las mujeres que ingresan al mundo de las drogas ilícitas lo hacen al nivel más bajo, como portadoras humanas y como 'micro-trafficantes' en pequeña escala, y por lo tanto no ocupan un papel de liderazgo en el proceso de comercialización [...] los perfiles de las mujeres [...] participantes en la industria de las drogas indican que estas mujeres son jóvenes, pobres, analfabetas y con muy poca escolaridad, madres solteras y responsables por el cuidado de sus hijos y de otros miembros de su familia. En la mayoría de los casos, estas mujeres no tienen un papel preponderante en las redes de narcotráfico y se encuentran concentradas en los niveles más bajos de la cadena, en los cuales los premios son pocos y la violencia por lo general es muy común".

Se expresó también que "(L)os enfoques de políticas punitivas para los delitos relacionados con las drogas, incluidas las prolongadas sentencias o las sentencias con un mínimo obligatorio de reclusión, han demostrado ser en gran parte ineficaces como disuasivos para aquellas personas que son dominadas por la pobreza, la violencia y/o la drogodependencia [...] La mayor parte de los estudios realizados hasta el presente con las poblaciones de reclusas en la región indican que un alto porcentaje de mujeres reclusas en las Américas están cumpliendo sentencias por delitos no violentos relacionados con las drogas que en la mayoría de los casos son resultado directo de la pobreza y de la falta de otro tipo de oportunidades y/o mujeres que han sufrido la violencia y la coerción por parte de sus parejas o de otros hombres".

V. Ahora bien, circunscrito el agravio a la procedencia o no de la causa de justificación alegada por la defensa, adelantamos que, a nuestro modo de ver, la jueza Marta Liliana Snopek analizó adecuadamente los aspectos dogmáticos del estado de necesidad justificante previsto en el art. 34 inc. 3, CP, en cuanto a que consideró que la actuación de la señora B.A.R. no obedeció a evitar un mal mayor, en los términos y con el alcance que requiere la norma citada.

Con acierto, la jueza de la anterior instancia advirtió que es una tarea difícil -discutida por la doctrina y jurisprudencia- ponderar los bienes jurídicos en juego, o la entidad de los males (el que se causa y el que se pretende evitar), a los fines de evaluar el estado de necesidad justificante.

Es en este punto donde entendemos que radica la dificultad para determinar rigurosamente, en el caso, cuál es el valor de los bienes jurídicos en juego. Se nos presenta, por ende, un dilema complejo de resolver, por cuanto, sin abundar en la polémica, es cierto que, por un lado, se encuentra la importancia que tiene la concreta salud de los niños de la imputada (en particular, su afectación por la falta de acceso al agua potable e instalaciones sanitarias), pero tampoco es menos cierto que, del otro lado, está en juego la salud pública como bien jurídico afectado por el transporte de estupefacientes atribuido, con todos los males que esa conducta genera en la población en general y especialmente en la salud y desarrollo de los jóvenes y niños que tienen acceso a temprana edad a sustancias tóxicas.

Esas son las razones por las que entendemos que resulta prudente y más adecuado considerar configurado el injusto penal y valorar las circunstancias personales que rodearon al hecho en el estrato de la teoría del delito en el que corresponde vincular el injusto a su autor, es decir, en la culpabilidad.

VI. La jueza con funciones de juicio no pasó por alto las especiales circunstancias de vida de B.A.R., destacó su vulnerabilidad y la tomó en cuenta al graduar la pena. Incluso, resolvió con perspectiva de género al perforar el mínimo legal de la escala penal prevista para el delito por el que la encontró responsable, decisión que, además, fue aceptada por el Ministerio Público Fiscal habida cuenta de la evidente falta de agravio de esa parte ante esta instancia (cabe aclarar, en este punto, la opinión contraria del suscripto en cuanto a la perforación de los mínimos de las escalas penales previstas en el Código Penal).

Observó, especialmente, que "(a)l ser madre de tres hijos, siendo su deseo evitar que aquéllos tengan que pasar una historia de vida similar a la de ella, resulta equitativo brindarle una oportuni-

dad para que reconduzca su vida manteniendo el vínculo con sus hijos. Para ello considero necesario establecer la pena por abajo del mínimo previsto por la norma transgredida, con el propósito de darle una oportunidad a esta madre a rehacer su vida junto a sus hijos”.

La jueza decidió con fundamento en los principios de equidad y justicia, el fin resocializador de la pena y en función de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de Belém Do Pará y de acuerdo a los parámetros de los arts. 40 y 41 del CP, es decir, “(v)alorando la naturaleza del hecho (transporte de estupeficientes), la modalidad empleada (sin presentar ninguna sofisticación), su comportamiento procesal (conforme a derecho), las condiciones personales y en especial su situación de vulnerabilidad que fue detallada previamente, la inexistencia de antecedentes penales computables en su contra, son elementos que hacen a su personalidad y gravedad del hecho delictivo perpetrado, los que permiten concluir que resulta justa, equitativa y razonable la aplicación de una pena, orientada a la prevención especial, y fijarla en tres (3) años de prisión de ejecución condicional, más multa mínima de cuarenta y cinco (45) unidades fijas, bajo las reglas de conductas que a continuación se detallaran”.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, todas las consideraciones efectuadas por la jueza de la anterior instancia nos conducen a individualizar el caso en un supuesto concreto de inculpabilidad, encuadre que nos permite abarcar, en su cabal dimensión, la forma en que todos los condicionantes de vida de la imputada -pretéritos y coetáneos al hecho- la colocaron en una situación equivalente al estado de necesidad disculpante en el que se torna inexigible una conducta conforme a derecho.

Se trata de una disquisición propia de la teoría del delito, materia opinable por cierto, pero, como desarrollaremos en los párrafos siguientes, las circunstancias personales de B.A.R., obrantes en el legajo judicial, permiten, a través de un enfoque interseccional, arribar a la conclusión de que la opción por lo ilícito obedeció a una creencia -fundada en su historia vital- que la llevó a entender que aquella era la única opción viable o posible para brindarle a sus niños condiciones de higiene mínimas para evitar males mayores a su salud. Repárese en que la imputada, con anterioridad, había recurrido a otras alternativas para subsistir, con riesgo para su integridad y salud, y que es un dato de la realidad que el Estado no puso a su alcance las herramientas suficientes que le permitieran otra opción para salir de esa situación y de esa manera poder cubrir las necesidades básicas, en un contexto de extrema pobreza, al igual que padecen gran cantidad de personas en nuestro país que no tienen aún acceso a cloacas o agua potable según estadísticas oficiales.

Todo ello nos lleva a comprender que tendría asidero su percepción sobre su falta de opciones suficientes.

Entendemos que a la hora de analizar el grado de reproche a efectuar -que es la esencia de la culpabilidad normativa- debe previamente comprenderse en toda su extensión la situación personal y familiar de la imputada y luego preguntarnos hasta qué punto es posible recriminarle su injusto cuando su ámbito de autodeterminación se encontraba tan restringido, es decir, cuando su abanico de opciones era tan acotado.

No se trata de afirmar la inexistencia de otras alternativas conforme a derecho ni de una inevitable determinación a cometer el delito sino de que, a la hora de juzgar, las particularísimas circunstancias señaladas tornarían inexigible la pretensión de una conducta diferente.

El caso de inexigibilidad de una conducta conforme a derecho en el estrato de la culpabilidad dentro de la teoría del delito es el del estado de necesidad disculpante, y si bien no podríamos encuadrar con exactitud el caso en el célebre ejemplo de la tabla de Carneades, es posible extraer análoga conclusión en cuanto a que la reducción del ámbito de autodeterminación resulta tal que alcanza para neutralizar el reproche de la culpabilidad.

Según la opinión dominante en el derecho argentino “(l)a inculpabilidad encuentra fundamento en la concurrencia de un menoscabo anormal de la libre determinación de la voluntad del autor, originado en un contexto caracterizado por circunstancias especiales. Se verificaría en el estado de necesidad disculpante, la doble disminución del injusto y de la culpabilidad por el hecho, ya que 1) la legitimidad del fin perseguido incide sobre el desvalor de acción, pues el autor ha obrado para conjugar un peligro; 2) desde que se verifica un bien salvado, eso influye sobre el desvalor del resultado; 3) el contenido de culpabilidad por el hecho es menor, pues aunque la situación extraordinaria no excluye la autodeterminación conforme a la norma, la dificulta esencialmente; y 4) tampoco

la acción refleja una censurable actitud del autor ante el orden jurídico, pues no es asimilable a la concurrencia de circunstancias normales. Consecuentemente, pese a que el injusto y la culpabilidad no resultan excluidos sino disminuidos, debe renunciarse al reproche de esta última" (Righi, Esteban. Derecho Penal, Parte General. 1ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, páginas 344/345).

Conforme las constancias obrantes en esta carpeta, ponderando la singularidad del caso concreto donde se relevan circunstancias de pobreza estructural, correlativas a un déficit de contención normativa y afectiva que ha signado el desarrollo adolescente de la imputada y que resultaron condicionantes de situaciones de calle, prostitución, violencia y marginalidad social, económica, laboral y educativa, consideramos que el accionar de B.A.R. estuvo enmarcado, como ya explicamos, en un estado de necesidad disculpante en la medida en que a través de la conducta imputada intentó cubrir una necesidad básica de sus hijos menores como lo es contar con una infraestructura sanitaria y, por sobre todas las cosas, con el acceso al agua potable, consagrada en el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es sabido que la insatisfacción de estas necesidades básicas conlleva un riesgo de salud y que, más aún, éste se exagera cuando se trata de niños sin capacidad de autonomía en sus conductas de higiene y en épocas de temperaturas invernales.

En el contexto de vulnerabilidad socioeconómica extrema padecida por la nombrada -que lejos de ser circunstancial se avizoraba como estructural-, al que se agrega el estado de desamparo y desprotección en el que creció y se desarrolló, resulta verosímil considerar que "(u)n cúmulo de situaciones (...) la llevaron a actuar como actuó y a considerar que la única alternativa para sortear la dificultad económica para construir un baño en su domicilio, fue transportar droga. [B.] realmente no contaba con otros medios eficaces para cubrir las necesidades básicas y esenciales a ella y su familia, porque su coyuntura social, cultural, familiar, y de género, no le permitía, en lo inmediato, resolver esos problemas principales", tal como sostuvo la defensa.

Todos los padecimientos mencionados fueron probados durante el juicio, a su vez, por prueba testifical que permitió conocer suficientemente la singularidad del caso y comprender la forma en la que aquel contexto de vulneración de derechos fue condicionante en la subjetividad de B.A.R. para emprender la conducta por la que fue condenada, a fin de evitar el daño en la salud o la vida de quienes se hallaban confiados a su deber de cuidado.

En ese sentido, cabe traer a colación las declaraciones testificales brindadas en el debate por la licenciada Mónica Jarrúz y el licenciado Marcelo Alejandro Corona, ambos integrantes del equipo interdisciplinario de la Defensoría General de la Nación, quienes fueron coincidentes en destacar la trayectoria de vulnerabilidad familiar y económica de B.A.R.

Así, la licenciada Jarrúz resaltó que "(H)ay un punto concluyente en [B.] y notorio que ella vuelve a tener al cuidado de sus hijos temores exacerbados de que les pase algo, producto de que se reactualiza cargas no resueltas de esto compatible con haber vivido situaciones traumáticas relacionadas a lo sexual. Eso es lo que también se concluye de [B.], que, si bien pudo adaptarse al encuadre de las entrevistas, sostenerse y colaborar, le representó un esfuerzo porque tiene manifiesto este conflicto de las cargas no resueltas. Puede comunicarse con el lenguaje claro, fluido, pero sin embargo también muestra un proceso como pseudo maduro que hace un mecanismo de defensa que la ayuda a sortear estas exigencias y presiones que tiene desde el medio para poder funcionar o responder, sin embargo, tiene estos profundos conflictos en el área afectiva que también invaden lo intelectual y el desempeño de los mecanismos psíquicos. Por todas estas condiciones es que se observa que [B.] está en una situación vulnerable psicosocialmente y con indicación de terapia psicológica producto de que no se implica en las situaciones de haber vivido violencia de género, porque las describe desde una percepción casi tercerizada con un concepto de sí mismo muy desvalorizado, lo que la puede llevar a pensar que ingresa fácilmente a dinámicas vinculares abusivas".

Se señaló, además, que el relato de B.A.R. resultaba coincidente con lo sostenido por aquélla en ocasión de la junta médica realizada "(c)omo también es coherente cuando ella describe el contenido de una situación y los signos anímicos o afectivos que la sobrecargan y se angustia de aquellas situaciones sensibles que no puede manejar o elaborar. Entonces esto en la junta médica mostró aún más la coincidencia y ser compatible con estas situaciones de trayectoria vital un tanto traumáticas que todavía conserva por la falta de elaboración o de tratamiento en esto".

Por su parte, el licenciado Corona destacó ante el tribunal a quo la situación de precariedad económica que impera en la vida de B.A.R., quien "(a)ctualmente refiere recibir transferencias estatales a partir de la asignación universal por hijo de sus tres hijos, en el momento de la entrevista expresó que serían aproximadamente de 36.000 pesos, estos ingresos la ubicarían cercana a la línea de indigencia, muy por debajo a la línea de pobreza en aquel momento. Si bien explica que para cubrir otras necesidades tiene ayudas de un familiar, de una hermana puntualmente le ayuda a veces con alimentos, se observa una situación de precariedad sobre todo económica".

Agregó que las necesidades básicas de la imputada se encuentran insatisfechas y enfatizó que "(l)a condición de pobreza y vulnerabilidad en el caso en que hay menores de edad, se dan por la ausencia de agua potable, la ausencia de baño, y también por la ausencia de suministro de agua potable dentro de la vivienda, si bien tienen suministrada por un vecino prestada la electricidad, estos indicadores habitacionales muestran una situación de necesidad básica insatisfecha, sin mencionar también que uno de los puntos de necesidades básicas insatisfechas declara la necesidad de un adulto inserto en el mercado laboral formal e informal de manera estable. Y a partir de los métodos indirectos con lo que se denomina la línea de pobreza de una indigencia los ingresos mencionados en ese momento eran de 36.000 pesos, en el mes de agosto una canasta básica alimentaria para una mujer con 3 niños de esa edad, menores de 5 años, se conformaba alrededor de los 38.700 pesos, la línea de indigencia, mientras que la línea de pobreza se ubicaba en el mes de agosto en un aproximado de 88.000 pesos. Seguramente esta mujer debe contar con algún recurso por lo que expresó en materiales alimentarios de sus familiares, pero a partir de los ingresos que expresó sería únicamente de asignaciones universales, de transferencias estatales, se encontrarían cercanos a la línea de indigencia".

A su vez, de las constancias de la carpeta judicial se desprende que el 25 de enero de 2022, cuatro meses antes del inicio de la presente investigación, la imputada radicó una denuncia contra su ex pareja, Franco Ferreyra, la que tramita ante el Juzgado de Violencia Familiar y de Género del Distrito Judicial de Tartagal. De aquella surge que "(e)n [esa] fecha a horas 04:30 de la mañana el acusado ingresó a su domicilio por la puerta de acceso principal que se encontraba sin seguridad, fue hasta su dormitorio donde la dicente se encontraba dormitando y la sujetó con una piola por el cuello, a lo que intentó defenderse forcejeando con su ex pareja, cuando este agarró un cuchillo provocándole lesiones superficiales en la pierna derecha y [un] golpe en el muslo izquierdo, luego la denunciante comenzó a gritar pidiendo auxilio, logrando que el causante se retirara [...] minutos después observa que frente a su casa se paseaba el sr. Ferreyra vociferando 'te voy a matar' [...] adjunta certificado médico expedido por la Dra. Silvia Irina Zabczuk del hospital".

De lo expuesto, se observa que B.A.R. padeció una sistemática restricción del efectivo cumplimiento de los derechos sociales, culturales y económicos de los que es titular, la que condicionó que desde niña se vinculara con situaciones marginales las que, si bien advierte e intenta evitar para sus hijos, aún no ha podido elaborar por ausencia de una red de contención y acceso a la justicia oportuna. Aquella marginalidad, que ante su privación absoluta, fue la constante de su existencia, la llevó a que, con su escaso bagaje educativo y simbólico, realice la conducta de transgresión para mejorar las apremiantes condiciones básicas de vida de sus hijos.

Aún a riesgo de ser sobreabundantes, debemos tener presente las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" -aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada el 4, 5 y 6 de marzo de 2008-, las que consideran en condición de vulnerabilidad a "(a)quellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

De aquéllas se desprende también que "(P)odrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico".

Sostienen, a su vez, que "(L)a pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la jus-

ticia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad. Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia”.

En definitiva, vistas las múltiples causales de vulnerabilidad que atravesaba el devenir vital de B.A.R., al momento de resolver y dar una respuesta debemos hacerlo con la empatía y sensibilidad necesarias para poder ponernos en su lugar y, de esa manera, sopesar de un modo más sensible y menos inflexible su conducta antijurídica con las restantes circunstancias que rodean el caso, exigencia derivada de la debida diligencia reforzada que involucra también la actuación del sistema judicial como parte de las obligaciones a las que los Estados se comprometen en el sistema de protección de derechos humanos (cfr. sobre estas cuestiones, entre otros, el artículo de Colby, Thomas B., “In Defense Of Judicial Empathy”; Minnesota Law Review: 96:1944. En www.minnesotalawreview.org y CortelDH “Campo Algodonero vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009).

Y, con esa directriz, es que entendemos que la respuesta más adecuada y justa es considerar que se presenta una causal de inculpabilidad por reducción del ámbito de autodeterminación de B.A.R. que torna inexigible, en el caso sometido a revisión, una conducta conforme a derecho y neutraliza el reproche penal.

Por último, huelga aclarar que de lo decidido no se deriva la posibilidad de efectuar generalizaciones arbitrarias ni extender la particular solución de este caso a todas las situaciones donde se presentan sujetos vulnerables que atraviesan penurias, en tanto muchas personas con dificultades -aun severas- no acuden al delito, y otras que sí recurren a conductas antijurídicas tienen poder de autodeterminación, situaciones a las que, incluso, hizo alusión el Fiscal General ante esta instancia en la audiencia celebrada. El caso sometido a revisión, a diferencia de aquéllos, se encuentra por debajo del umbral mínimo de exigibilidad que funda el reproche normativo de la culpabilidad y fue por ello que, de manera excepcional, arribamos a la solución ya expuesta.

Las razones apuntadas nos permiten concluir, como adelantamos, que en el caso se presentó un estado de necesidad que disculpa la conducta desarrollada por B.A.R. y neutraliza el reproche de su injusto, por lo que corresponde su absolución (art. 34, inc. 2 del Código Penal).

Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE:

HACER LUGAR a la impugnación deducida por la defensa pública oficial de B.A.R., ABSOLVER a B.A.R. en orden al hecho que fue materia de acusación y REMITIR con carácter de urgente las presentes actuaciones a origen, sin costas (arts. 34 inc. 2 del CP, 308, 358 inc. b, 362, 365 y 386 del CPPF).

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Diego G. Barroetaveña.

CASO 2

Caso RETAMBAY, Joaquin Natanael c/Armada Argentina - División Río Grande s/Amparo Ley 16.986

Tribunal que resolvió: Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia.

Fecha de la resolución: 2-nov-2021.

Síntesis de los hechos: Un individuo que se desempeñaba como marinero segundo fue desvinculado luego de un año de servicios por incumplir con los requisitos establecidos por la Ley de Servicio Militar Voluntario (Ley 24.429), que en su artículo 8, inciso b, exige que los postulantes sean solteros. Por esta razón, se interpuso una acción de amparo solicitando que se declare la inconstitucionalidad del artículo 8, inciso b, de la Ley 24.429, y que se reincorpore al marinero a la Armada, por considerarla una norma discriminatoria.

Síntesis de lo resuelto: En el planteo se argumentó que una distinción basada en el estado civil de las personas constituye una categoría sospechosa que invierte la carga de la prueba, y que amerita que el Estado justifique las razones de la distinción, cosa que no se hizo.

El juzgado hizo lugar a la acción interpuesta, y la sentencia fue confirmada por la Cámara de Apelaciones, luego del recurso interpuesto por el Ministerio de Defensa. Para así resolver se argumentó que ese tipo de distinciones resultaban violatorias del principio de igualdad y no discriminación y por lo tanto contrarias a los instrumentos internacionales y a la Constitución Nacional. En ese sentido se indica que “la distinción que introduce la norma, en cuanto veda la posibilidad de ingreso a una fuerza armada y como soldados voluntarios, a los candidatos casados, carece de justificación objetiva y racional suficiente, lo que la torna ilegítima por contrariar los principios de igualdad de trato y prohibición de toda discriminación que surgen tanto del artículo 16 de la Constitución Nacional como de Tratados Internacionales de la más alta jerarquía.”

Asimismo, la resolución cita el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, que obliga al Estado a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2°).

Poder Judicial de la Nación Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia Expte. N°: FCR 2618/2021

Comodoro Rivadavia, 02 de noviembre de 2021.-

Estos autos caratulados: “RETAMBAY, JOAQUIN NATANAEL c/ARMADA ARGENTINA – DIVISION RIO GRANDE s/AMPARO LEY 16.986”, en trámite ante esta Alzada bajo el N° 2618/2021, provenientes del Juzgado Federal de Río Grande.

Y CONSIDERANDO:

I.- Llegan estas actuaciones al Acuerdo en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado por la demandada a fs. 47/51, contra la resolución de fs. 37 (foliatura del expediente digital) dictada por la Sra. Juez Federal de la ciudad de Río Grande.

II.- La decisión recurrida hizo lugar a la acción de amparo promovida por el Sr. Joaquín Natanael RETAMBAY contra la Armada Argentina, declarando la inconstitucionalidad del artículo 08, inciso b de la ley 24.429; y ordenándole, en consecuencia, la reincorporación del actor al Batallón de Infantería de Marina Número 5 en el que se desempeñaba, en la categoría de “Marinero de Segunda-Tropa Voluntaria”.

III.- Para decidir en tal sentido, interpretó la a quo, que la aplicación al caso, del requisito de “ser soltero” establecido en la normativa apuntada, resultaba carente de toda razonabilidad; en tanto vulneraba el derecho a formar una familia del postulante en base a un parámetro que no influye sobre su idoneidad para el puesto.

IV.- Contra dicha decisión, dedujo recurso de apelación la demandada a fs. 47/51, señalando que la magistrada había omitido considerar que el recaudo cuestionado tiene base legislativa y se asienta en un aspecto que calificó como intrínsecamente ligado a su idoneidad para la función militar.

Expuso que “Se trata en efecto de una situación de hecho estrictamente relacionada a la vivencia propia de la vida militar, y en particular a la sacrificada actuación que requiere participar en los cursos de ingresos instruidos para todos los agrupamientos y categorías de las Fuerzas Armadas. Una vida que difícilmente soporte quien ha optado, con todo su derecho, en construir un proyecto de vida con otra persona comprometiéndose en la institución del matrimonio”.

Añadió que la limitación que supone el artículo apuntado no es más que una de las múltiples renunciaciones que todos los postulantes efectúan voluntariamente en pos del servicio comunitario que

desean prestar, y que conlleva sacrificios incompatibles con los deberes de asistencia mutua y el proyecto familiar que supone el matrimonio.

Arguyó, por otro lado, que la normativa que regula el ejercicio de la función militar no prohíbe el matrimonio sino que se limita a exigir que sus ingresantes sean solteros; y que -una vez finalizado el curso de ingreso-, no existe limitación alguna para que modifiquen su estado civil.

Por último, enfatizó que RETAMBAY no tenía un derecho adquirido a formar parte de la Armada, sino que su incorporación definitiva, recién ocurriría en caso de concluir satisfactoriamente el período de dos años de su compromiso de servicio y ser propuesto para permanecer en actividad.

V.- Corrido el traslado pertinente, mereció réplica de la contraria mediante la pieza glosada a fs. 40/43, oportunidad en la que, por argumentos similares a los esbozados en su escrito de inicio, solicitó el rechazo del recurso intentado.

VI.- Elevadas las actuaciones a esta Alzada, se corrieron en vista al Fiscal General Interino, quien propició la confirmación del pronunciamiento recurrido conforme el dictamen incorporado a fs. 48/49.

VII.- Que no se encuentra controvertido en autos, que en el mes de noviembre del 2020, RETAMBAY se inscribió como voluntario para incorporarse a la Armada Argentina.

Entre la documentación suscripta a tal fin, completó un formulario en el que informó que era casado, estado que había adquirido en el año 2017, cuando contrajo matrimonio con Brisa Antonella Córdoba, cuyos datos como cónyuge conviviente fueron también incluidos en la apuntada documentación de ingreso.

Así, el 7 de abril del 2021 y luego de finalizar el curso de ingreso, obtuvo el nombramiento en la categoría de Marinero Segundo Tropa Voluntaria, luego de ser calificado con un promedio de 90/100, y alcanzando el puesto 07 en el orden de mérito, de entre un total de 39 aspirantes.

Dos días después, fue dado de baja, al advertirse que no cumplía con el requisito de ser soltero que establece el artículo 08, inciso b, de la ley 24.429, condición que la recurrente pretendió justificar a partir de "la sacrificada actuación que requiere participar en los cursos de ingresos instruidos para todos los agrupamientos y categorías de las Fuerzas Armadas (...) que difícilmente soporte quien ha optado, con todo su derecho, en construir un proyecto de vida con otra persona comprometiéndose en la institución del matrimonio".

Como punto de partida, debemos señalar, que este postulado (que pretende demostrar la razonabilidad de la norma en la aparente incompatibilidad que existiría entre los deberes del matrimonio y el nivel de exigencia que supone el curso de ingreso a una Fuerza Armada) no puede ser sostenido en este caso, habida cuenta que la baja del postulante fue resuelta después de que éste hubiera logrado superar con éxito el proceso de admisión.

Derivado de ello, cualquier tipo de cuestionamiento que hubiera podido efectuarse en cuanto a la dedicación e idoneidad de RETAMBAY para ingresar a la Fuerza pierde toda virtualidad, al haber quedado acreditado que, a pesar de las dificultades que el apelante señala, no sólo aprobó la capacitación con un elevado promedio (90/100), sino que además, resultó ser uno de los mejores candidatos que se postularon.

De allí que no resulte acertado (al menos en este caso) justificar la distinción que propone la norma a partir de una suerte de "presunción de fracaso" que se atribuye a los candidatos casados, en tanto los hechos demuestran que - muy por el contrario - ello no impide, que el procedimiento sea culminado satisfactoriamente.

Aunado a lo anterior, debemos remarcar que el único motivo por el que se resolvió desvincular a RETAMBAY de la Fuerza fue su estado civil, no habiéndose efectuado ningún tipo de cuestionamiento en torno a su desempeño o capacidad psicofísica, que constituyen los restantes requisitos para su incorporación.

Incluso, corresponde tener presente que fue él mismo, quien informó, desde el inicio del proceso de admisión, cuál era su estado civil; descartando así cualquier tipo de ocultamiento o discusión que pudiera efectuarse en cuanto a su ética u honestidad.

De esta forma, debemos concluir en que la solución adoptada en su contra, no encuentra un fundamento objetivo y racional que la justifique, a la luz de los principios constitucionales a los que toda normativa debe respetar.

Por otro lado, advertimos que (independientemente del nivel de exigencia del curso de ingreso) en ningún momento se señaló qué diferencia existiría entre las tareas o responsabilidades que le son asignadas a los candidatos ingresantes, respecto de las de aquellos que superaron el proceso de admisión y como tales firman el Compromiso de Servicio por el término de dos años, de lo que deriva la imposibilidad de justificar, desde ese punto de vista, que a unos se les exija que sean solteros, mientras que para el resto, sea un dato irrelevante.

Incluso quedó expresamente aclarado que ese condicionamiento rige únicamente al momento de solicitar el ingreso a la Fuerza, quedando sin efecto una vez concluido el curso de admisión, que es justamente la instancia en la que el actor se encontraba cuando fue desvinculado de la Fuerza.

Como corolario de lo anterior, entendemos que la distinción que introduce la norma, en cuanto veda la posibilidad de ingreso a una fuerza armada y como soldados voluntarios, a los candidatos casados, carece de justificación objetiva y racional suficiente, lo que la torna ilegítima por contrariar los principios de igualdad de trato y prohibición de toda discriminación que surgen tanto del artículo 16 de la Constitución Nacional como de Tratados Internacionales de la más alta jerarquía.

Puntualmente, el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, obliga al Estado a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2°).

En el ámbito legislativo nacional, a su vez, la ley 23.592 establece, en su artículo primero, que se deberá dejar sin efecto o hacer cesar todo acto discriminatorio, engendrando la obligación de resarcir el perjuicio que éste hubiera ocasionado.

La determinación de dicho carácter surge claramente del horizonte interpretativo que proponen estas normas, que sugieren que todo tratamiento arbitrario que tenga por objeto o resultado, impedir, obstruir, restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional (entre ellos, el de trabajar), constituye un acto discriminatorio que torna operativo el deber de dejarlo sin efecto, contenido en la ley 23.592.

A la luz de lo anterior, ninguna de las consideraciones que se han planteado en cuanto al régimen legal de los soldados voluntarios, o las facultades discrecionales de la administración en el manejo de su personal, le brinda legitimidad al accionar de la Fuerza Armada, al colisionar con normas de mayor jerarquía que le restan legitimidad.

Particularmente en cuanto a la invocación de las apuntadas facultades discrecionales, recordaremos que tales atribuciones constituyen, en definitiva, la libertad que la norma atributiva de competencia otorga al órgano estatal para adoptar determinada decisión o conducta. Esta libertad, por supuesto, debe ser siempre ejercida respetando el principio de razonabilidad, es decir en forma justa y manteniendo una relación de adecuación, proporcionalidad y/o necesidad con los fines normativamente perseguidos y los hechos que le sirven de causa.

Si bien en este supuesto, la norma atributiva de competencia administrativa resulta ser una ley, en todos los casos es necesario recordar, que dichas normas deben respetar el mentado principio de legalidad, integrado por el de razonabilidad, conf. art 28 C.N - y que su validez se encuentra condicionada por los preceptos receptados en la Constitución nacional.

En efecto, no obsta a esta conclusión, la circunstancia de que el requisito en trato haya sido introducido por vía legislativa, en tanto ya desde antiguo, la CSJN tiene dicho que "es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos"¹, doctrina reiteradamente invocada hasta la actualidad.

En virtud de las consideraciones expuestas, el Tribunal RESUELVE:

1) CONFIRMAR la resolución de fs. 37 y sgtes, venida en apelación, en todas sus partes.

2) IMPONER las costas de esta instancia a la demandada vencida.

3) REGULAR los honorarios del Sr. Defensor Público Oficial –Guillermo M. Garone- por su actuación ante esta Alzada y como representante del amparista, en 10 UMA equivalentes a \$61.600 (Ac. 21/21 CSJN).

Protocolícese, notifíquese, publíquese y devuélvase.-

Firmado: Javier M. Leal de Ibarra, Aldo E. Suarez y Hebe L. Corchuelo de Huberman

CASO 3

Caso: “Rivero Víctor Gabriel y Relañez Claudia Mónica s/ Infracción Art. 138 del C.P según ley 24410 Supresión de estado civil”

Tribunal que resolvió: Juzgado Federal de Primera Instancia de la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Isla del Atlántico Sur; Secretaría Penal nro. 2.

Fecha de la resolución: 27-nov-2020.

Síntesis de los hechos: El imputado Rivero junto con su pareja (Relañez) fue imputado por el delito de supresión de estado civil por haber reconocido como hijo biológico al hijo de la Sra. Relañez, cuyo padre en realidad no era el imputado.

La causa se había iniciado por la extracción de testimonios en una causa en trámite ante el fuero civil en la que Relañez pidió el divorcio y solicitó que no se fijara un régimen de visitas con Rivero porque era violento y no tenía por qué seguir viendo a su hijo, ya que no era el padre del menor.

En este sentido, la defensa argumentó que la mujer actuó compelida por la necesidad de proteger la integridad de su hijo, presentando pruebas de las agresiones a las que era sometida por parte de su expareja y se cuestionó el inicio mismo de las actuaciones aduciendo que se había violado la garantía contra la autoincriminación.

Se solicitó adoptar una mirada de género y se acompañó un informe en el que se relataba el historial de violencia a la que había sido sometida Relañez. De dicho informe surgía que Rivero se avergonzaba de estar con una mujer que tenía un hijo, ya que le representaba la idea de que había estado con otro hombre. Por eso decidió reconocer como hijo propio al menor, quien siempre supo que Rivero no era su padre.

Antes de que la Cámara resolviera el recurso, la fiscalía coincidió con el planteo de la defensa y el juzgado declaró la nulidad de todo lo actuado en contra de ella.

Síntesis de lo resuelto: Para así decidir, el Juzgado argumentó que “Que la violencia perpetrada contra las mujeres es una violación a sus derechos humanos, por el simple hecho de ser mujeres, es un fenómeno social, que está presente en nuestra sociedad” Y agregó que “(e)s importante destacar los factores que rodean a la violencia sufrida por la Sra. Relañez en su relación mantenida con Víctor Rivero. En primer lugar, la nombrada se encontraba en una expectativa de cumplimiento de un determinado rol para con Rivero, esto es cumplir con los mandatos sociales y culturales, y que ha llevado a Rivero a la creencia de un rol superior sobre ella”

Tras desarrollar argumentos relacionados con el impacto de la violencia de género en las vidas de las mujeres, el Juzgado concluyó que “(d)el descargo efectuado por la Sra. Relañez se puede inferir que la misma ha actuado bajo el poder de Rivero, quien la obligó a dar su consentimiento para que su hijo Agustín tuviera el apellido “Rivero”, actuando bajo un estado de necesidad, cuyo único objetivo era proteger su vida y la de su hijo ante las continuas amenazas por parte del imputado”.

Para finalizar, se sostuvo, con cita del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – ONU- Observación General Nro. 35: que “Debe desterrarse la idea de justificar la violencia en nombre de la tradición, cultura, la religión, ideologías fundamentalistas de los marcos jurídicos y de la política”. Es necesario prestar atención a esta problemática, que nos convoca hoy a replantearnos la problemática del fenómeno de violencia de género, y remover los patrones socio-culturales que promueven la desigualdad”

Por ello y por todos los motivos expuestos en la decisión, el juzgado concluyó que “ajustándonos a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en cuanto a la prevención y erradicación de la violencia de género, es que declararé la nulidad parcial del inicio de los presentes actuados respecto de la Sra. Claudia Mónica Relañez, y consecuentemente dictaré su sobreseimiento”.

Expte. FCR 16897/2017

“Incidente N° 1 - IMPUTADO: RELAÑEZ, CLAUDIA MONICA s/INCIDENTE DE NULIDAD”

Río Grande, 27 de noviembre de 2020.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa nro. FCR 16897/2017 caratulada: “RIVERO VICTOR GABRIEL Y RELAÑEZ CLAUDIA MONICA s/ INFRACCIÓN ART. 138 DEL C.P SEGÚN LEY 24410 SUPRESION DE ESTADO CIVIL”, en trámite por ante este Juzgado Federal de Primera Instancia de la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Isla del Atlántico Sur; Secretaria Penal nro. 2 y respecto de la situación procesal de CLAUDIA MÓNICA RELAÑEZ, de nacionalidad argentina, fecha de nacimiento 19 de junio del año 1967 en Buenos Aires, Documento Nacional de Identidad Nro. 18.344.453, domiciliada en calle 117 Nro. 774 Barrio Amador Vapeo;

Y CONSIDERANDO:

a.) Del inicio de las presentes actuaciones.

Las presentes actuaciones tienen su origen en fecha 19 de octubre del año 2017 a raíz de la remisión de testimonios por parte del Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 del Distrito Judicial Norte de la provincia de Tierra del Fuego, dando cuenta la existencia de una solicitud de demanda por divorcio efectuada por la Sra. Claudia Mónica Relañez.

En fecha 09 de agosto del año 2013, la nombrada contrajo matrimonio con el Sr. Víctor Gabriel Rivero, en la ciudad de Río Grande. De su unión no concibieron hijos, pero el Sr. Rivero, de común acuerdo en el año 2015, reconoció legalmente como propio al hijo de ella, A.M.S.R, nacido en el año 2002, quien hoy tiene mayoría de edad.

En relación a ese aspecto, la Sra. Relañez adjuntó como prueba documental, copia simple de la partida de nacimiento del menor, en donde se puede apreciar en la sección de notas marginales de ésta que “...el inscripto es hijo de Víctor Gabriel Rivero, DNI 28048166, según acta 70 T° II del libro de nacimientos del año 2015 de Río Grande, Tierra del Fuego...”

b.) De la situación procesal de Claudia Mónica Relañez

Que en fecha 13 de octubre del año en curso se dio por cumplida la audiencia indagatoria respecto de Claudia Mónica Relañez, asistida en su momento por el Dr. Jorge Omar Mojan, quien haciendo uso del derecho que le asiste, se negó a declarar.

Que a la Sra. Relañez se le imputó el: “Haber alterado la identidad del menor A.S.M.R. desde el día 02 de junio de 2015 hasta la actualidad, mediante la inserción de datos falsos o inexactos en la partida de nacimiento del menor. La maniobra consistió en declarar como padre del menor al Sr. Rivero Víctor, no siendo ni el padre biológico ni el padre adoptivo del mismo, sino sólo el cónyuge de la Sra. Claudia Mónica Relañez, madre biológica del menor”.

Que en fecha 22 de octubre del año en curso y con las medidas de pruebas obtenidas hasta esa instancia procesal, se resolvió decretar el procesamiento sin prisión preventiva en orden al delito previsto en el art. 293, 2do. párrafo del Código Penal de la Nación.

Así las cosas, la nombrada al ser notificada por su abogado particular Dr. Jorge Omar Mojan del procesamiento recaído, es que manifestó su deseo de ser defendida por la defensa oficial.

Que la Dra. Noelia Melina Galera, se presenta como Defensora Pública Oficial Coadyudante e interponer recurso de apelación. Que en dicho recurso se puso en conocimiento a este tribunal de la situación de vulnerabilidad que se encontraba la nombrada al momento de contraer matrimonio con el Sr. Rivero y de las situaciones de violencia de género padecidas a lo largo de este tiempo.

Entre otras cosas la defensa manifestó: "...A los ojos de Rivero, que en el seno de la familia que formó con Relañez el niño no portara su apellido, la desacreditaba y se lo hizo saber a mi asistida, quien ante los constantes episodios violentos a los que era sometida (incluso al punto de ser amenazada con un arma de fuego por parte de su ex pareja), entendió que obrar de acuerdo con lo requerido por Rivero era resguardar su propia vida..."; "...Relañez no tuvo libertad en su acción por haber obrado bajo amenaza y tampoco pudo obrar de otra manera, agobiada por los hechos de violencia a los que era sometida continuamente ...".

En el mismo orden, y conforme a los hechos expuestos, la Dra. Noelia Galera solicita que se le reciba ampliación indagatoria a su asistida por no poder en el momento oportuno expresar los motivos que rodearon el inicio de las presentes actuaciones.

Así las cosas, e invitada a efectuar su descargo conforme lo previsto por los arts. 73 y 279 del CPPN, todo ello en virtud de las circunstancias que envuelven a la comunidad por la pandemia COVID -19- es que la nombrada presento su descargo por escrito.

Que en dicho descargo la Sra. Relañez manifestó entre otras cosas: "Cuando Agustín tenía 11 años me casé con Víctor Rivero, quien cambó drásticamente después de que nos casamos. **Se volvió una persona agresiva**, yo le tenía muchísimo temor.

¿Él me decía que como iba a estar casada con él y tener un hijo de otro? Que necesitaba ponerle su apellido a Agustín. Mi miedo era tan grande que nunca le podía decir que no. **Amenazaba con matarme, yo no podía salir de esa situación de violencia.** Llegó un momento que ya no aguanté más, sobre todo cuando me amenazó con un arma y ahí lo denuncié y el juez ordenó la prohibición de acercamiento de Rivero para conmigo y con Agustín, pero él siempre la violaba... La situación me superaba y entonces decidí pedir el divorcio. **Como tenía tanto miedo de que le hiciera algo a mi hijo o que la justicia, por creerlo su padre, lo obligará a verlo, decidí informar que en realidad lo del reconocimiento fue todo decidido y llevado a cabo por Víctor.** Es más, ni siquiera participe del acto. Él tomaba todas las decisiones, la palabra de Agustín y la mía no importaba- Yo solamente fui a buscar la partida de nacimiento y no entiendo por qué me imputan a mí la falsedad de la información. Las denuncias por violencia que hice a lo largo de mi relación con Rivero fueron en la comisaría de la familia en el barrio Intevu y en la comisaría de Belgrano y San Martín, fueron muchas denuncias. También denuncié de que no podía contradecir nada porque se ponía agresivo a tal punto de meterme la cabeza a querer asfixiarme en la arena. También si le reclamaba que dejara de tomar o que tenía olor a alcohol, ¿me decía "¿QUE DIJISTE?!!!" y yo respondí "no nada" por temor a su represaría. Yo cerraba la puerta y él rompía la puerta o encontraba otra forma de entrar. Y que violaba la restricción..." (Lo resaltado me pertenece).

Que junto a su descargo obra un informe socio ambiental llevado a cabo por la Licenciada Analía Alonso, trabajadora social, perteneciente a la Defensoría General de la Nación.

De dicho informe se pudo detallar la situación de vida de la Sra. Claudia Mónica Relañez desde su nacimiento hasta la llegada a la ciudad de Río Grande, provincia de Tierra del Fuego.

Que la Sra. Relañez manifestó de su relación con Rivero: "al principio todo estaba más o menos bien, él no tenía casa fija y yo sí, entonces él venía y parecía que esta vez me podía ir mejor, o yo no me daba cuenta, porque **siempre fui una persona débil de carácter, pero cuando nos casamos todo cambió, es como que él tomo posesión.** Yo era costurera y en el Registro Civil, cuando nos casamos, cuando nos preguntaron a que nos dedicábamos, él contestó por mí, dijo que yo era ama de casa, no me dejó decir que era costurera, que es algo que a mí me da orgullo pero **él era petrolero, ganaba mucho más que yo en la fábrica...y no me dejó ni hablar y así fue en adelante, como él se transformó en "el hombre de la casa" y me empezó a pasar por encima en todo** "; "...yo estaba confundida, por un lado sentía que todo se me escabía de las manos pero también pensaba que era cierto, que en una de esas era mejor que él hablara con los profesores o que se

ocupara de muchas hasta que en un momento me di cuenta de que ya no manejaba mi propio sueldo, que él hacía y deshacía a su parecer en toda la casa” (Lo destacado me pertenece).

Respecto a los hechos de violencia de género la nombrada manifestó: “...**En 2015 hice la primera denuncia después de pasar muchas cosas horribles porque ese día me zamarreó, me rompió la ropa y me metió la cabeza en una montaña de arena que había en la entrada de la casa...**me di cuenta de que me podía matar y me fui a la comisaria de la mujer. Ordenaron que no se acercara, pero al mes o así mando a un amigo para que me diga que estaba arrepentido, que lo perdonara y todo eso.”; “...**Llegó un momento en que me di cuenta de que me iba a matar en serio y agarré al Agustín y me fui, dejando mi casa y no quise volver ni con la restricción de acercamiento porque sabía que él podía ir y matarme. Fue después de que me amenazó con un arma, parado en el umbral de la casa para que no salga.** Como Agustín llegó justo, le ordenó que agarre el revólver y le dijo: “pégame un tiro para que no mate a tu mamá” y yo le dije que no toque el arma y que deje todo en mano de Dios. Después de un rato se calmó y cuando pudimos, me fui con el nene y volví a denunciarlo. Otra vez dictaron la orden de que no se acerque, pero por las dudas, me fui yo y dejé la casa...” (Lo destacado me pertenece).

c.) Del Planteo de Nulidad y Sobreseimiento.

Que la Dra. Noelia Galera plantea la nulidad de las presentes actuaciones y en su defecto se dicte el sobreseimiento de la Sra. Relañez.

Entre otras cosas se expuso que: “...Sin perjuicio de lo expuesto, lo que esta defensa entiende es que la Sra. Relañez incurrió en una autoincriminación ante el desesperado intento por evitar que la justicia imponga un régimen de visitas entre Rivero y su hijo, al cual intentó proteger mediante la tan medular confesión... Concluyente resulta el último informe social para revelar cuál era el mal menor. Así, entre los hechos de violencia relatados por Relañez, me permito recordar el último que involucró no solo a mi asistida sino también a su hijo”.

Formado el respectivo incidente de nulidad y cursado la vista al Sr. Fiscal Federal, el mismo mediante dictamen penal Nro. 7553/2020, planteo su posición favorable al planteo esgrimido por la defensa de Relañez.

d.) Una mirada hacia la perspectiva de género y los hechos de violencia sufridos por Relañez.

Que es de real importancia resaltar los hechos acaecidos y que rodearon a la Sra. Claudia Mónica Relañez y de la cual este tribunal tomo conocimiento luego del dictado de su procesamiento.

Que de su descargo de ampliación indagatoria este tribunal tomo conocimiento del padecimiento sufrido por la Sra. Relañez a lo largo de su vida, y respecto a los hechos que dieran inicio a la presente causa.

Que comenzó a desempeñarse laboralmente a los 16 años, a los 19 años comenzó una relación de pareja con el padre de sus primeros tres hijos. Que en el año 2002 concibió a Agustín en el marco de una relación que no pudo sostenerse en el tiempo.

Que en el año 2003 junto a su hijo Agustín Sergio Matías, quien en la actualidad es mayor de edad, se instaló en una pensión de ésta ciudad pudiendo conseguir un empleo en una empresa textil, para luego recibir una oferta laboral en otra empresa.

Cuando Agustín Sergio Matías tenía ocho años, conoció a Víctor Rivero con quien llevó una relación muy traumática, sometida y con muchas situaciones de violencia.

Que la violencia perpetrada contra las mujeres es una violación a sus derechos humanos, por el simple hecho de ser mujeres, es un fenómeno social, que está presente en nuestra sociedad.

La Organización de las Naciones Unidas la define como: “Violencia contra las mujeres es todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga, o pueda tener como resultado, un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para con las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce, en la vida pública o privada”.

Al hablar de violencia de género, Pierre Bordieu en su libro “La dominación masculina” manifiesta que: “se caracteriza porque **transforma en naturales aquellas modalidades culturales que tienen por formalidad someter a un determinado grupo social, utilizando estrategias que han sido desarrolladas por aquellos que tienen el poder.** Es decir, es una violencia que convierte en natural lo que es una práctica de desigualdad social y, precisamente por ello, es una violencia contra la que suele oponerse poca resistencia”. (Lo destacado me pertenece).

Es importante destacar los factores que rodean a la violencia sufrida por la Sra. Relañez en su relación mantenida con Víctor Rivero. En primer lugar, la nombrada se encontraba en una expectativa de cumplimiento de un determinado rol para con Rivero, esto es cumplir con los mandatos sociales y culturales, y que ha llevado a Rivero a la creencia de un rol superior sobre ella.

Que Relañez contrajo matrimonio con Rivero, y el objetivo de la nombrada era conformar una familia, transformándose dicho deseo en un padecimiento para la misma, tomando el control Rivero de toda la estructura familiar y hasta del propio hijo de Relañez. La madre, no tuvo otra opción que aceptar estas situaciones de maltrato y violencia llevada a cabo por Rivero como único medio para resolver los conflictos constantes con el imputado.

Que otro de los factores determinantes del sometimiento de Relañez a esta relación, fue de encontrarse inferior en cuanto a lo económico, ya que Rivero al ser un trabajador petrolero le ponía en manifiesto su posición de poder.

La perspectiva de género es considerada como multidimensional, se encuadra al sexo en un determinado contexto social, los roles desplegado por cada persona, la manera en que se definen, perciben y viven.

Tal es así que, dependiendo de éste contexto se despliegan diferentes comportamientos, expectativas, responsabilidades sociales y económicas que vinculan siempre a las mujeres con los hombres, posicionándose éstos últimos con mayor poder.

Ello fue lo que determinó la relación de Rivero y Relañez, ideas preconcebidas que establecen relaciones de poder, las desigualdades sociales, económicas y políticas, situaciones que cercaron a la Sra. Relañez al momento de someterse hacia la voluntad de Rivero en las decisiones llevadas a cabo para su hijo y para el resto de su vida.

Una de las Conferencias Mundiales sobre la Mujer de las Naciones Unidas, la Conferencia de Beijing, fue exitosa en afirmar que la violencia contra las mujeres tanto en su ámbito público como en el privado constituye una violación a los derechos humanos de las mujeres.

Del descargo efectuado por la Sra. Relañez se puede inferir que la misma ha actuado bajo el poder de Rivero, quien la obligo a dar su consentimiento para que su hijo Agustín tuviera el apellido "Rivero", actuando bajo un estado de necesidad, cuyo único objetivo era proteger su vida y la de su hijo ante las continuas amenazas por parte del imputado.

En el caso de autos, obraba una partida de nacimiento del entonces menor, Agustín., constando en el margen superior derecho en la sección notas marginales lo siguiente: "el inscripto es hijo de Víctor Gabriel Rivero DNI 28048166, según acta 70 T.º II del Libro de Nacimientos del año 2015 de Río Grande, Tierra del Fuego. Conste, La Plata 17/06/20...".

Todo ello en razón de haber sido reconocido A.S.M.R. por parte de Víctor Gabriel Rivero en fecha 02 de junio del año 2015, cuya constancia obra en el acta remitida por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El sistema normativo argentino, tiene como objetivo resguardar a las personas de lo que se denomina la autoincriminación forzada, y en el caso de autos, existen suficientes elementos de prueba para considerar que Relañez admitió su ilícito en un claro intento de proteger a su hijo.

Que habiendo tomado conocimiento este tribunal de las circunstancias vividas por la nombrada y de acuerdo a su manifestación, y el informe socio ambiental presentado, hacen no más que descartar su participación en el hecho delictivo llevado a cabo únicamente por Rivero.

Que así lo ha manifestado la El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – ONU- Observación General Nro. 35: "Debe desterrarse la idea de justificar la violencia en nombre de la tradición, cultura, la religión, ideologías fundamentalistas de los marcos jurídicos y de la política".

Es necesario prestar atención a esta problemática, que nos convoca hoy a replantearnos la problemática del fenómeno de violencia de género, y remover los patrones socioculturales que promueven la desigualdad.

Se visualizó en los presentes y con esta prueba nueva aportada por la defensa la inequidad existente en esta relación entre Relañez y Rivero, cuyo único objetivo por parte de la nombrada era proteger a su hijo de los posibles maltratos llevados a cabo por Rivero. Que esto colabora en desmantelar una estructura ideológica, cultural.

De todo lo relatado, puedo afirmar que el consentimiento de la Sra. Relañez a fin de efectuar el reconocimiento por parte de Rivero, se encontró viciado, cuya validez se encuentra sujeta a que sea realizado con discernimiento, intención y libertad.

Es decir que, de la declaración efectuada por la nombrada, podemos concluir eficazmente que la misma es víctima de violencia de género, cuyo único objetivo era evitar la imposición de un régimen de visitas de su hijo con quien resulta ser su agresor; estamos frente a la desesperación sufrida por la Sra. Relañez, teniendo como único objetivo este tribunal evitar la revictimización y criminalización de las víctimas de violencia de género.

En ese orden y habiendo citado a prestar declaración testimonial a las testigos propuestas por la nombrada, Sánchez Portillo y Gallego Flores es que dejaré sin efecto dichas audiencias, debiendo comunicar a las nombradas y a la Comisaria Primera de lo ordenado precedentemente.

Remítase copia de la presente resolución y de las partes pertinentes de estas actuaciones, al Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 del Distrito Judicial Norte de la provincia de Tierra del Fuego en el cual tramita el Expediente Nro. 25024/2017 en autos caratulados "Relañez Claudia Mónica c/ Rivero Víctor Gabriel s/ Divorcio", a los fines expuestos en los considerandos.

Por ello y por todos los motivos expuestos precedentemente ajustándonos a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en cuanto a la prevención y erradicación de la violencia de género, es que declarare la nulidad parcial del inicio de los presentes actuados respecto de la Sra. Claudia Mónica Relañez, y consecuentemente dictare su sobreseimiento, por consiguiente es que;

RESUELVO:

I. HACER LUGAR A LA NULIDAD PARCIAL impetrada por la Defensora Oficial Coadyuvante, Dra. Noelia Melina Galera, por los motivos expuestos y en consecuencia dictar el SOBRESEIMIENTO respecto de CLAUDIA MONICA RELAÑEZ cuyos demás datos personales obrantes en autos, en orden al delito por la que fuera imputada, haciendo mención de que la formación de este proceso no afecta el buen nombre y honor que gozare con anterioridad (art. 336 inc. 4° del C.P.P.N.).

II. DEJESE SIN EFECTO las audiencias testimoniales respecto Sánchez Portillo y Gallego Flores debiendo comunicar a las nombradas y a la Comisaria Primera de lo ordenado precedentemente.

III. REMITIR copia de la presente resolución y de las partes pertinentes de estas actuaciones, al Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 del Distrito Judicial Norte de la provincia de Tierra del Fuego en el cual tramita el Expediente Nro. 25024/2017 en autos caratulados "Relañez Claudia Mónica c/ Rivero Víctor Gabriel s/ Divorcio", a los fines expuestos en los considerandos.

IV. Agréguese copia del presente resolutorio a las actuaciones principales FCR 16897/2017. Regístrese, protocolícese y notifíquese a las partes según corresponda.

Firmado: Mariel E. Borruto. Ante mí: Diego M. Spilotti

CASO 4

Caso: "Reynoso". Causa N° 80860/2024. 29/6/2024

Tribunal que resuelve: Juzgado de 1ra Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n°17 de la Ciudad de Buenos Aires.

Fecha de la resolución: 29-jun-2024.

Resumen de los hechos: El Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 17 estuvo de turno en la segunda quincena del mes de junio de 2024 en la zona oeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Entre el día 16 de junio de 2024 a las 00hs y el 24 de junio de 2024 a las 04.14 horas recibió 126 comunicaciones vinculadas con detenciones, requisas y secuestros sin orden judicial en virtud de la contravención de portar arma no convencional en la vía pública, conforme el artículo 103 del Código Contravencional.

A raíz de ello, el juzgado requirió al Ministerio Público Fiscal que pusiese a disposición judicial las constancias que sustentaban los actos policiales practicados, a los fines de efectuar el control negativo de legalidad sobre las detenciones para

requisar y los secuestros informados. Sin embargo, por cuanto no se cumplió con dicha disposición, se pasó a resolver con base en la información disponible que consistía en una escueta descripción de los hechos contenida en las comunicaciones vía mail o WhtasApp, en las que parecía reproducirse el contenido de un acta contravencional indicando que un funcionario policial recibía la convalidación de un fiscal aprobando lo actuado con la orden de labrar el acta contravencional y llevar a cabo los secuestros de los objetos.

Resumen de la decisión: Al analizar los casos se llegó a la conclusión de que las detenciones y secuestros sin orden judicial vulneraban la garantía contra las detenciones arbitrarias y contra la injerencia arbitraria en la esfera de la intimidad (art. 18 CN y art. 7.2 CADH) que se practicaron sobre personas en situación de calle o riesgo de situación de calle mientras realizaban actividades de subsistencia, tales como buscar materiales u objetos que les pudieran ser de utilidad en los contenedores de basura de la vía pública. También se verificó que en 65 casos se intimó a la persona para que cese con dicha conducta bajo advertencia de incurrir en el delito de desobediencia (art. 239 CP).

Ante este escenario, en el que se hicieron 126 detenciones y requisas —comunicadas y avaladas por el Ministerio Público Fiscal— no podía soslayarse que el artículo 7 de la CADH ampara contra cualquier clase de interferencia arbitraria o ilegal de la libertad, aunque se trate de una demora con fines de identificación. Asimismo, se hizo referencia al fallo la Corte IDH “Torres Millacura y otros vs. Argentina”, sentencia del 26 de agosto de 2011, mediante la cual se estableció que cualquier detención tiene que estar debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como constancia de que se dio aviso al juez de instrucción competente. Por ello, se resolvió que se había superado el margen de inmediatez requerido para poner a disposiciones del juez las actuaciones ante medidas coercitivas adoptadas sin orden judicial previa.

Amén de la mentada declaración de nulidad, se pasó a analizar la validez de las medidas precautorias efectuadas con base en la información disponible. Como consecuencia se obtuvo que, de las 126 detenciones practicadas, en 125 de ellas no existieron motivos válidos para avanzar sobre la libertad ambulatoria y la intimidad de las personas, ello con base a los lineamientos efectuados por la Corte IDH en el precedente “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina, sentencia de 1 de septiembre de 2020 (fondo y Reparaciones)”.

En efecto, de acuerdo con las declaraciones de los preventores y su análisis global, se llegó a la conclusión que 52 detenciones se realizaron por “conductas de merodeo” o “actitud sospechosa”; en 24 casos ni siquiera se menciona el motivo; 19 por cuanto las personas llevaban el elemento a simple vista, sin perjuicio de que en su mayoría eran personas que los estaban utilizando para cortar cartón o revolver contenedores; 13 de ellas se produjeron por encontrarse la persona realizando actividades de subsistencia; 4 por manifestar una “actitud evasiva” y 2 de ellas con motivo de “control poblacional” (vale aclarar, esas dos detenciones se produjeron sobre personas que estaban revisando la basura).

Como corolario se estableció que la actuación estatal en estos casos analizados, lejos de cumplir con la ley de personas en situación de calle y familia sin techo (Ley 27654), que especialmente establece que la situación de calle y el riesgo a la situación de calle son estados de vulnerabilidad social extrema que implican una grave restricción para el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art.5), ha demostrado que el Estado no ha cesado con sus prácticas estigmatizantes y discriminatorias, más aún mediante apercebimientos que implican el cese de una de las pocas herramientas de subsistencia con la que cuentan, afectando directamente su dignidad humana.

Así también se explicó que la Corte IDH en el caso “Tumbeiro” al referirse a las garantías de no repetición, instó al Estado argentino a capacitar a los cuerpos policiales, el Ministerio Público y el Poder Judicial, frente a lo que destaca la prohibición de fundamentar las detenciones sobre fórmulas dogmáticas y estereotipadas y la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisas sin orden judicial como parte del control de las detenciones (cons. 125).

Para finalizar se explicó que ello reviste especial relevancia e interés institucional por cuanto el objeto de la resolución radica en evitar riesgos serios e inminentes, no solo de recaer en responsabilidad internacional, sino antes bien de restringir derechos constitucionalmente protegidos, sobre los que se debe observar una debida diligencia reforzada.

En consecuencia, se resolvió declarar la nulidad todas de las detenciones y requisas practicadas y de las actas labradas para cada caso y se estableció que ello lleva aparejado la invalidez de los apercibimientos realizados respecto de la posible comisión del delito de desobediencia.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver respecto de las comunicaciones recibidas a la casilla de correos electrónicos de este Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nro.17 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la casilla denuncias@fiscalias.gob.ar, identificadas como DEN Nros. 1189911, 1189922, 1189888, 1189853, 1189851, 1189823, 1189639, 1189606, 1189598, 1189597, 1189560, 1189539, 1189512, 1189507, 1189503, 1189415, 1189295, 1189292, 1189263, 188977, 1188972, 1188969, 1188946, 1188932, 1188928, 1188927, 1188924, 1188900, 1188894, 1188887, 1188878, 1188864, 1188866, 11887863, 1188867, 1188803, 1188795, 1188734, 1188726, 1188717, 188710, 1188707, 1188692, 1188690, 1188672, 1188670, 1188642, 1190020, 1190035, 1190062, 1190071, 1190136, 1190109, 1190121, 1190100, 1190071, 1190175, 1190192, 1190200, 1190258, 1190282, 1190289, 1190290, 1190291, 1190294, 1190308, 1190336, 1190339, 1190344, 1190351, 1190355, 1190361, 1190372, 1190361, 1190392, 1190372, 1190436, 1190447, 1190473, 1190480, 1190489, 1190492, 1190519, 1190523, 1190524, 1190530, 1190531, 1190538, 1190548, 1190372, 1190591, 1190597, 1190617, 1190640, 1190653, 1190710, 1190711, 1190747 1190791, 1190794, 1190796, 1190800, 1190811 todas ellas vinculadas a procedimientos convalidados por el Sr. Fiscal Roberto Maragliano, titular de la Fiscalía PCyF Nro. 25 y Coordinador de la Unidad de Flagrancia Oeste, y las recibidas a través del grupo de WhatsApp, creado a fin de comunicar las detenciones realizadas en la zona OESTE durante la segunda quincena de junio, respecto de los Sres. Fabio David Baccon (DNI 22.963.740), Gisella Suárez (DNI 34.058.631), Leandro Alejandro Arias (DNI 38.912.611), Carlos Alberto Palomeque (DNI 30382767), Claudio Norberto Ocampo (DNI 42.405.631), Fernández Ramón Alberto (DNI 31.236.693), Alfredo Ezequiel Corneiro Lobo (DNI 41.285.939), Jorge Fernando Figueroa (DNI 39103534), Ezequiel Nicolás Barzala (DNI 36.787.458), Claudio Rubén Zarate (DNI 24.282.322), Lucas Daniel Santana (DNI 33.259.619) y Esteban Adrián Curio (DNI 30.531.094).

Y CONSIDERANDO:

1. Antecedentes relevantes

Este órgano jurisdiccional se encuentra de turno desde el día 16 de junio de 2024 con la zona oeste —conforme cuadro de turnos período 2023-2024 remitido vía mail por el Sr. Secretario General de la Cámara de Casación y Apelaciones del Fuero, el día 31 de octubre de 2022 a las 15:41hs—

Desde el comienzo del mentado turno se han recibido distintas comunicaciones vinculadas con detenciones, requisas y secuestros producidos en la vía pública que fueran calificados jurídicamente en la contravención de portar armas no convencionales (art. 103 CC), tanto a través del grupo de whatsapp creado ha dicho propósito, como también a la casilla de correos electrónicos de esta judicatura.

Así las cosas, el día 19 de junio de 2024 se dictaron dos providencias solicitando a los representantes del Ministerio Público Fiscal, tanto a los Auxiliares Fiscales que comunicaron el labrado de actas contravencionales y los secuestros como al señor Fiscal que convalidó las actuaciones, la re-

misión a la mayor brevedad posible y en un plazo no mayor a las 48 horas corridas, la totalidad de las actuaciones labradas y especialmente las actas circunstanciadas de los hechos y de secuestro sobre los efectos aludidos, a fin de realizar el debido control jurisdiccional (art. 22 LPC). Asimismo, los proveídos se notificaron debidamente realizando la disquisición en virtud del canal comunicativo por el cual ingresó la noticia a conocimiento del juzgado.

Ello respecto de las DEN Nros. 1189911, 1189922, 1189888, 1189853, 1189851,

1189823, 1189639, 1189606, 1189598, 1189597, 1189560, 1189539, 1189512, 1189507, 1189503, 1189415, 1189295, 1189292, 1189263, 188977, 1188972, 1188969, 1188946, 1188932, 1188928, 1188927, 1188924, 1188900, 1188894, 1188887, 1188878, 1188864, 1188866, 11887863, 1188867, 1188803, 1188795, 1188734, 1188726, 1188717, 1188710, 1188707, 1188692, 1188690, 1188672, 1188670 y 1188642, todas ellas vinculadas a procedimientos convalidados por el Sr. Fiscal Roberto Maragliano, y las actuaciones vinculadas a las medidas efectuadas respecto de los presuntos contraventores Fabio David Baccon (DNI 22.963.740), Gisella Suárez (DNI 34.058.631), Leandro Alejandro Arias (DNI 38.912.611), Carlos Alberto Palomeque (DNI 30382767), Claudio Norberto Ocampo (DNI 42.405.631) y Fernández Ramón Alberto (DNI 31.236.693).

Como contestación al pedido, el día 21 de junio de 2024, se recibió al correo electrónico oficial un pedido de aclaratoria efectuado por el señor Federico Tropea, en su carácter de Fiscal Coordinador de Unidad de Flagrancia, para que expresara cuál era la normativa en la que se basa el pedido de remisión de las actuaciones vinculadas con las presuntas contravenciones allí individualizadas, con el objeto de realizar el debido control jurisdiccional. Asimismo, indicó que por cuanto los casos solicitados se originaron en distintos días, horarios y comunas —y por lo tanto no se encuentran en el mismo estado de trámite—, materialmente no podría cumplir con lo requerido, atento a la cantidad y al breve plazo conferido.

Ahora bien, el día 24 de junio de 2024 se respondió dicho pedido de aclaratoria, declarando inadmisibles los incoados, por cuanto los pedidos de aclaratoria se dirigen únicamente a enmendar errores materiales y, en tanto no se advirtió, así como tampoco lo hizo el Sr. Fiscal, ningún error de dicha naturaleza y se intimó al cumplimiento de lo solicitado, para tomar efectiva intervención en los casos informados.

Asimismo, se solicitaron mayores actuaciones, a saber: las DEN Nros. 1190020, 1190035, 1190062, 1190071, 1190136, 1190109, 1190121, 1190100, 1190071, 1190175, 1190192, 1190200, 1190258, 1190282, 1190289, 1190290, 1190291, 1190294, 1190308, 1190336, 1190339, 1190344, 1190351, 1190355, 1190361, 1190372, 1190361, 1190392, 1190372, 1190436, 1190447, 1190473, 1190480, 1190489, 1190492, 1190519, 1190523, 1190524, 1190530, 1190531, 1190538, 1190548, 1190372, 1190591, 1190597, 1190617, 1190640, 1190653, 1190710, 1190711, 1190747, 1190791, 1190794, 1190796, 1190800 y 1190811, todas ellas vinculadas a procedimientos convalidados por el señor Fiscal Roberto Maragliano, titular de la Fiscalía PCyF Nro. 25, y actuaciones vinculadas con las medidas efectuadas respecto de los presuntos contraventores Alfredo Ezequiel Corneiro Lobo (DNI 41.285.939), Jorge Fernando Figueroa (DNI 39103534), Ezequiel Nicolás Barzala (DNI 36.787.458), Claudio Rubén Zarate (DNI 24.282.322), Lucas Daniel Santana (DNI 33.259.619) y Esteban Adrián Curio (DNI 30.531.094), informadas mediante el grupo de whatsapp, todo lo cual debía ser remitido a la mayor brevedad posible y en un plazo no mayor a las 48 hs. (art. 5 LPC), a los efectos de tomar intervención y realizar el debido control jurisdiccional (art. 22 LPC).

En respuesta, el día 26 de junio de 2024, se recibió otro correo electrónico a la casilla oficial de este juzgado, remitido por el señor Fiscal, titular de la Fiscalía PCyF Nro. 25 y Coordinador de la Unidad de Flagrancia Oeste, en el que informó que en respuesta a los proveídos de fecha 19 y 24 de junio de 2024, hacía saber que todos los casos solicitados se encuentran dentro de la órbita de la Unidad de Intervención Temprana Oeste.

Así las cosas, al día de la fecha no se ha recibido ninguna actuación vinculada con las 126 comunicaciones requeridas, sobre los secuestros practicados que se produjeron desde el día 16 de junio de 2024 a las 00.00 horas y el día 24 de junio de 2024 a las 04.14 horas.

Sentado lo anterior, cabe indicar que la falta de intervención efectiva mediante la judicialización de los casos en el sistema EJE o la imposibilidad de cualquier naturaleza para remitir las actuaciones policiales, no puede erigirse como un obstáculo infranqueable para el cumplimiento de las funciones de control del órgano jurisdiccional. En consecuencia, pasará a resolver.

2. El debido control jurisdiccional

Como expliqué, el Ministerio Público Fiscal está comunicando al grupo de WhatsApp del turno de la Zona Oeste y por vía de correo electrónico, en los términos del art. 22 LPC, las medidas de secuestro convalidadas por la actuación del señor Auxiliar Fiscal y el señor Fiscal titular de la Fiscalía Nro. 25 y también Fiscal Coordinador de la UFO durante el turno de la segunda quincena de junio de 2024.

Enterada así de los secuestros, solicité la remisión de las constancias que asentaban los actos policiales practicados para efectuar el control negativo de legalidad sobre las detenciones para requisar y los secuestros informados.

No cabe ninguna duda en cuanto a que la única interpretación constitucional que puede darse a la disposición contenido en el art. 22 LPC es que está orientada a permitir el control jurisdiccional, que naturalmente implica examinar la legalidad y razonabilidad de la medida de coerción adoptada por el personal policial convalidada por el fiscal sin orden judicial previa.

En ese sentido se ha pronunciado la cámara del fuero local, indicando que "...Si bien el art. 22, LPC no aclara su función específica, es importante destacar que, por razones constitucionales, su poder decisorio no puede quedar restringido al mantenimiento o no de la medida, sino que el juzgador deberá revisar (reexaminar) la actividad cumplida a través de un test de legalidad y razonabilidad —control jurisdiccional..." (De la decisión del 26 de diciembre de 2018, Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo PCyF, en autos "Celle, Cristina Nahuel sobre 83-usar indebidamente el espacio público c/fines lucrativos (no autorizadas) art. 86 CC. CUIJ: INC J-01- 00048372-5/2018-1").

Sobre el alcance de la intervención judicial en la oportunidad prevista por el art. 22 de la LPC es bien relevante el voto del juez de cámara Fernando Bosch que lidera la decisión de la Sala II adoptada por unanimidad, que se integra con los votos de la jueza de cámara Elizabeth A. Marum y el voto del juez de cámara Marcelo Vázquez, en la causa Nro. 2255/201-1, caratulada "Flamenco, Lucas sobre 239- Resistencia o Desobediencia a la Autoridad", del día 27 de abril de 2022. Ahí sostienen "... que la norma sub examine exige un doble control: en primer lugar por parte del fiscal, quien dirige el procedimiento y se encuentra en estrecha comunicación con las fuerzas de seguridad. En segundo lugar, dispone que luego de la consulta inmediata al acusador, éste debe, de considerar que es procedente la medida —porque en caso contrario, puede directamente dejarla sin efecto—, dar intervención al juez. Si bien el art. 22, LPC no aclara su función específica, es importante destacar que, por razones constitucionales, su poder decisorio no puede quedar restringido al mantenimiento o no de la medida, sino que el juzgador deberá revisar la actividad cumplida a través de un test de legalidad y razonabilidad —control jurisdiccional—".

No es baladí que la disposición legal establezca un plazo no superior a dos horas para dar aviso a la jueza interviniente de la medida precautoria adoptada, pues la exigencia de comunicación inmediata se anuda directamente con la garantía de libertad personal como parte inviolable de la dignidad de las personas para tornar operativa la facultad de los jueces de ejercer sus funciones judiciales, sin demoras, cuando una persona fue sometida a una medida de coerción personal sin orden judicial (artículos 13 CCABA, 18 CN y 7 CADH) ¿Qué sentido tendría interpretar la regla del art. 22 LPC, que impone dar aviso inmediato al juez de la causa cuando se adopten medidas sin orden judicial previa, como un obstáculo para que el juez acceda al contenido de las actuaciones? Es decir, como un obstáculo para analizar la legalidad de las medidas de coerción adoptadas sobre una persona. Una exégesis de ese tenor nos llevaría a aniquilar la garantía contra las detenciones arbitrarias y contra las injerencias arbitrarias en la esfera de la intimidad (art. 18 CN y art. 7.2 CADH).

Es evidente que cuando la norma establece que el juez debe conocer sin demora la medida precautoria convalidada por el fiscal es, justamente, porque fue adoptada sin orden judicial y esa puesta en conocimiento es la que habilita a que el órgano jurisdiccional pueda verificar si la policía practicó detenciones para cumplir las requisas y secuestros de forma arbitraria o no.

Por ello, a medida que fui recibiendo las comunicaciones sobre las actas contravencionales que se habrían labrado por la conducta contravencional reprimida en el artículo 103 y los secuestros efectuados, le requerí a la fiscalía la documentación del procedimiento policial por cada persona informada para examinar y corroborar las razones por las cuales se habían practicado los secuestros.

Sin embargo, no he recibido hasta el día de hoy ninguna actuación y tampoco se expresaron ni las causas ni las condiciones en las cuales se produjeron las medidas coercitivas del art. 19 LPC.

La inmediatez requerida para que el juez pueda analizar la legalidad de la medida se halla palmaria-mente incumplida en todos los casos porque la norma prevé taxativamente que la comunicación debe ser efectuada dentro de las dos horas para así posibilitar el examen jurisdiccional de legalidad del procedimiento policial y se ha superado holgadamente el margen de inmediatez requerido para medidas coercitivas adoptadas por la prevención sin orden judicial previa.

Respecto de las convalidaciones recibidas por correo electrónico no he podido corroborar sobre las actas labradas que el preventor policial haya recibido la orden de convalidación por parte del fiscal o auxiliar fiscal actuante, tal como surge del correo que así lo informa, como tampoco si las circunstancias del secuestro allí reseñadas se compadecen con las actas confeccionadas.

No obstante los intentos realizados por esta judicatura para dar cabal cumplimiento con el control judicial que se deriva del art. 22 LPC, los representantes del MPF no presentaron las actuaciones solicitadas. En cambio, realizaron una primera presentación bajo la nomenclatura de un pedido de aclaración, que debió ser declarada inadmisibles, dado que el objeto no se condice con su rótulo. Luego, el 26 de junio, hicieron saber que lo solicitado sería remitido a la órbita de la UIT de la UFO donde debían encontrarse los casos requeridos.

Tal como indiqué anteriormente, el 19 de junio de 2024 a las 14:32 horas solicité mediante sendas providencias que a la mayor brevedad posible y en un plazo no mayor a las 48 horas envíen las actuaciones para control jurisdiccional. El pedido se cursó, naturalmente, a los fiscales que habrían convalidado las detenciones informadas. Por respuesta, el 24 de junio de 2024, un fiscal coordinador —distinto a quien había sido dirigido el requerimiento— presentó un pedido de aclaratoria en el que me solicitaba que le informara qué me motivaba a solicitar las actuaciones "...con el objeto de analizar debidamente su concreción". Dado que el pedido de aclaración únicamente se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal con el fin de rectificar un error u omisión material en una resolución y que la presentación del Ministerio Público Fiscal no se adecuaba a esos fines, lo declaré inadmisibles. Consecuentemente, intimé al MPF al cumplimiento de lo solicitado, haciendo saber que el plazo dispuesto originalmente de 48 horas debe entenderse en términos corridos y no hábiles, conforme el art. 5 LPC. Sin contestación al pedido prístino, el día 26 de junio de 2024, recibí una nueva presentación del MPF indicando que de acuerdo con la propia dinámica de la organización interna todos los casos ingresan a la UIT y por ello me informaba que remitió allí mi solicitud, pese a que aquella última unidad no había tenido ninguna intervención en el procedimiento inicial.

En un contexto en el cual se han practicado más de 100 requisas y secuestros, por parte de la autoridad policial, no puede soslayarse que el artículo 7 de la CADH ampara cualquier clase de interferencia arbitraria o ilegal de la libertad, aunque se trate de una demora con fines identificatorios.

Así lo estableció la Corte IDH en el caso "Torres Millacura y otros vs. Argentina", sentencia del 26 de agosto de 2011.

Allí sostuvo que "...para los efectos del 7 de la Convención, una 'demora', así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezca al efecto, siempre y cuando sea compatible con la Convención".

Y por ello afirmó que cualquier detención tiene que estar debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como constancia de que se dio aviso al juez de instrucción competente, en su caso, como mínimo (considerando 76).

El propósito desde esta judicatura, desde que se anoticiaron los secuestros sobre los presuntos contraventores, era poder conocer las causas concretas que habían dado lugar a las medidas precautorias o bien acceder al registro que documentaba las detenciones para requisar y posterior secuestro, para controlar que las interferencias a la libertad física de las personas no se efectúen de forma imprevisible y por, lo tanto, arbitraria.

Es sumamente ilustrativa la mención que hace la Corte IDH sobre los supuestos que reputa como configurativos de una detención que no fue llevada a cabo con base en causas concretas sino de forma imprevisible porque se compadecen con las circunstancias detención informadas por correo acerca del labrado del acta contravencional y el secuestro, aunque no cuento todavía con los documentos propiamente dichos. En otros casos anoticiados (los informados por el grupo de WhatsApp

del turno Zona Oeste segunda quincena de junio 2024) se desconocen los motivos que llevaron a adoptar las medidas precautorias de secuestro.

Al respecto, dijo la Corte IDH que "...detener personas para fines de identificación sólo por estar merodeando en un lugar, [...] tener una actitud sospechosa, [...] deambular en la vía pública, [no estar bien vestido, mirar los comercios de forma sospechosa, caminar entre los autos o desviar la mirada cuando la policía llama,] todas figuras imprecisas". También señaló que, de esta manera, "el arbitrio de la policía [se torna] sumamente amplio", y los motivos por los cuales se realizan detenciones suelen ser "mínimos y absurdos" (Considerando 79 Corte IDH "Torres Millacura y otros vs. Argentina").

Si bien les requerí en reiteradas ocasiones al Auxiliar Fiscal y al Fiscal Coordinador, las constancias para acreditar de forma documentada por personal preventor qué funcionario personalmente efectuó la convalidación y corroborar las circunstancias informadas de la detención, o, en los casos anoticiados por el grupo de WhatsApp, que pudiesen describir aunque más no sea las causas concretas de la detención, no se presentó nada relativo a los procedimientos policiales llevados a cabo sin orden judicial.

En conclusión, dado que la comunicación al juez/a dentro de las dos horas siguientes de adoptada la medida precautoria constituye una condición mínima y necesaria para garantizar el ejercicio jurisdiccional de control de legalidad material y formal de los actos de detención para requisar y secuestrar, se impone la declaración de nulidad de los secuestros practicados porque se ha superado el margen de inmediatez requerido por el art. 22 LPC ante medidas coercitivas adoptadas sin orden judicial previa.

Por lo tanto, aun teniendo presente el criterio restrictivo de la CSJN en materia de nulidades procesales, deviene imperioso tachar de nulidad las medidas precautorias desplegadas, en los términos del precedente "Bianchi", a contrario sensu (arts. 77 y 79 CPP)

3. Control judicial adecuado y análisis de los procedimientos cumplidos

Amén de la declaración de nulidad desarrollada en el acápite anterior por incumplimiento de la inmediatez requerida para el examen jurisdiccional de las medidas precautorias sin orden judicial previa, corresponde que con base en la información disponible me expida sobre los secuestros comunicados mediante correo electrónico.

Dichos correos contienen las transcripciones de lo que denominan una "denuncia". El correo lo envía un funcionario de la Oficina Central Receptora de Denuncias (OCRD) que depende de la Secretaría General de Investigaciones, Acceso a la Justicia y Relaciones con la Fuerza de Seguridad, en la que describe lo que aparenta ser el contenido de un acta contravencional e indicando que un funcionario policial se comunica con la OCRD, menciona un secuestro y se deja asentado en el cuerpo del correo que por orden del señor Fiscal se labren las actas y se secuestren los objetos, bajo advertencia de incurrir en el delito del art. 239 CP.

Sentado aquello, de acuerdo con las descripciones vertidas en las comunicaciones, cada una de las 126 intervenciones policiales, se iniciaron a partir de la detención sin orden judicial de las personas allí identificadas, luego se las requisó y se halló un elemento que a posteriori fue catalogado en las previsiones del art. 103 CC. Tras ello se comunicó lo actuado a un integrante del Ministerio Público Fiscal, quien habría ordenado convalidar el proceder policial, secuestrar el objeto, labrar actas contravencionales y, asimismo, en 65 casos se apercibe bajo advertencia de incurrir en el delito de desobediencia (art. 239 CP).

Por ello, en supuestos como los informados, las garantías constitucionales en juego se resguardan mediante la regularidad de los procedimientos efectuados, según el examen de todas las circunstancias que rodearon el actuar policial, conforme a las descripciones efectuadas por los intervinientes.

I. Para mayor claridad expositiva quisiera establecer como punto de partida para el análisis la conceptualización de las garantías contra las detenciones ilegales o arbitrarias en su faz material y formal.

El primer supuesto material implica que nadie puede verse privado de la libertad sino por circunstancias expresamente tipificadas en la ley. En el segundo supuesto, el formal, nadie puede ser sometido a detención, ni ser demorado, aunque más no sea por un breve lapso temporal, por causas que, aún calificadas como legales, puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, por ser motivos irrazonables, imprevisible o carentes de proporcionalidad

(Caso Corte IDH “Gangaram Panday c. Suriname”, sentencia del 21 de enero de 1994

Este marco teórico impone necesariamente el estricto cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado y a la luz de la interpretación que la Corte IDH ha efectuado sobre la vulneración del art. 18 CN por practicar detenciones arbitrarias en injerencia a la libertad ambulatoria y a la privacidad, en el precedente “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina, sentencia de 1 de septiembre de 2020 (fondo y Reparaciones)” de la Corte IDH.

La Corte IDH determinó que sólo pueden constituir razones válidas para detener a una persona aquellas que sean “en sí mismas, o en conjunto, hechos o informaciones suficientes y concretas que permitieran a un observador razonable inferir objetivamente que probablemente había cometido o estaba por cometer una infracción penal o contravencional” — el destacado me pertenece— (Corte IDH, Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina, Resumen oficial, p.4, el resaltado me pertenece).

Recordemos que la Corte IDH —en lo que aquí resulta relevante—, al dictar dicha sentencia declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina en dos supuestos específicos de restricción del derecho a la libertad por acciones de la policía, al establecer que se había producido una detención ilegal con fines de identificación y requisas corporales por parte de la Policía Federal Argentina.

Todos los casos bajo examen guardan estrecha relación fáctica y jurídica con el caso “Tumbeiro” de identificación y requisas corporales que determinó la condena al Estado argentino. Allí —sentenció la Corte IDH— la detención se reputó como arbitraria al no cumplir con el estándar de legalidad y constituyó una injerencia en la vida privada.

Por ello, en los casos mencionados en el acápite se verificaron supuestos que son análogos por lo cual deberá declararse que las medidas precautorias adoptadas en el marco de la ley de procedimiento contravencional configuraron una restricción indebida a la libertad ambulatoria por imperio del estándar fijado por la Corte IDH.

La Corte IDH consideró que no podían ser válidas ninguna de las razones que dio la policía para retener a una persona y solicitar su identificación, derivando de allí que no existieron elementos vehementes de culpabilidad que justificaran las medidas, así como el estado de nerviosismo o el control poblacional —mismas fórmulas estereotipadas que utilizaron los preventores que detuvieron a Tumbeiro y por el cual la Argentina fue condenada internacionalmente— no pueden ser los motivos que habiliten el avance sobre la libertad física de las personas, a riesgo de convalidar detenciones y requisas indiscriminadas.

Con relación a tal extremo, la Corte IDH en el precedente de mención, estableció que los tribunales internos están obligados a tomar en cuenta las interpretaciones efectuadas por dicho órgano en cumplimiento con los estándares en materia de libertad personal respecto de “la creación e interpretación de las normas que facultan a la policía a realizar detenciones sin orden judicial o en flagrancia” (cons. 100).

Estableció la necesidad ineludible de verificar elementos objetivos antes de realizar una medida de restricción como lo es una detención con fines de identificación, porque ello resulta especialmente sensible dado que: “la policía ha normalizado prácticas de detenciones por sospecha de criminalidad, justificando dicha actuación en la prevención del delito”. —el subrayado me pertenece— (cons. 96).

Asimismo, en todos los casos se advierte que no se presentaron los presupuestos que habilitan a la Policía de la Ciudad a efectuar una detención, de conformidad con el art. 91 de la ley 5688, ni el supuesto del art. 20, ni el 40 o el 42 de la LPC, ni el del art. 164 CPP.

La Corte IDH sostuvo en el caso “Tumbeiro” que “...en aquellas disposiciones en que exista una condición habilitante que permita una detención sin orden judicial o en flagrancia, además de que esta cumpla con los requisitos de finalidad legítima, idoneidad y proporcionalidad, debe contemplar la existencia de elementos objetivos, de forma que no sea la mera intuición policíaca ni criterios subjetivos, que no pueden ser verificados, los que motiven una detención. Esto significa que la legislación habilitante para este tipo de detenciones debe dirigirse a que la autoridad ejerza sus facultades ante la existencia de hechos o informaciones reales, suficientes y concretas que, de manera concatenada, permitan inferir razonablemente a un observador objetivo que la persona que es detenida probablemente era autora de alguna infracción penal o contravencional. Este tipo de regulaciones deben, además, ser acorde al principio de igualdad y no discriminación, de forma tal que evite la hostilidad en contra de grupos sociales en virtud de categorías prohibidas por la propia

Convención Americana" (Corte IDH "Tumbeiro", párr. 90).

Lo mencionado tiene especial gravitación a la luz de los casos analizados porque las medidas de coerción que fueron informadas por correo electrónico, que parecerían ser la transcripción de un acta contravencional, de detención y secuestro, fueron adoptadas por preventores policiales sin orden judicial con base en categorías prohibidas por la propia Convención Americana, sin mencionarse la participación de testigos de actuación.

II. Sentado aquello, pasaré a reseñar en agrupamiento por casos los motivos de la detención para requisa y posterior secuestro, con la finalidad de unificar los supuestos en los cuales se observa la invocación de similares categorías prohibidas y formulaciones dogmáticas y estereotipadas para detener sin orden judicial, separados por acápite.

En cada uno de ellos se transcribe textualmente la comunicación recibida —en virtud del principio de autosuficiencia de la resolución y por ser esa la única fuente de información con la que se cuenta para realizar el debido control de legalidad—, se explicarán los motivos de la agrupación y finalmente me expediré al respecto.

A. Merodeo / actitud sospechosa

1) DEN 1188642: "observar la presencia de un masculino merodeando la zona de forma sospechosa" (persona en situación de calle).

"...16 días del mes de junio de 2024, a las 00:47 hs, se comunica a esta oficina desde el abonado 1134807533, el Oficial Castillo Nahuel, LP 56148, comisaria 7ºB, quien encontrándose recorriendo la jurisdiccional en Víctor Martínez 1917, de esta ciudad, le fue dable observar la presencia de un masculino merodeando la zona de forma sospechosa. Arribado al lugar, le indica a la persona que se detenga, y se da procedimiento a la revisión de sus pertenencias, encontrando la portación de un cuchillo "tipo tramontina" con mango de plástico. Se identifica a la persona como: Jonathan Varaz, Dni 36276736, en situación de calle, a quien a las 00:50 hs se procede a labrar actuaciones por art. 103 CC, solicitando secuestro, croquis y vistas fotográficas del elemento. No posee contravenciones en esto últimos 10 días. Se le informa al contraventor que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal."

2) DEN 1188670: "divisó a un masculino merodeando por la zona"

"... 16 días del mes de junio de 2024 siendo las 03:19 se comunica desde abonado telefónico 1149409491 el Oficial Mayor Gauna LP 10531 de la comisaria comunal 7 C quien informa que estando de recorrida por la jurisdicción que al llegar a la calle Yermal 2517, divisó a un masculino merodeando por la zona, lo identificaron, y el mismo poseía en su un destornillador de aproximadamente 10 cm en el bolsillo de su pantalón. El masculino fue identificado como Barroca Alberto DNI 40631779 con domicilio en la calle Tabaré 2893, Villa Udaondo, Ituzaingo. Ante ello y siendo las 03:22 hs. procede al labrado del acta contravencional por infracción al 103 - Portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique, secuestro del elemento descripto, croquis, vista fotográfica"

3) DEN 1188672: "un masculino caminaba de manera sospechosa en vía pública" (persona en situación de calle)

"...16 días del mes de junio de 2024, siendo las 05:00hs., se comunica desde un abonado 1123451171 el Oficial 1º Damota LP 14698 de la comuna 7 a fin de informar que fue convocada su presencia a la calle Curapaligue 1948 de esta ciudad, en donde un masculino caminaba de manera sospechosa en vía pública y notan que entre sus pertenencias posee un hierro tipo clavo de 20 cm aproximadamente con uno de los extremos puntiagudos. Así las cosas, siendo las 05:10hs, se dispone que se labren actuaciones por infracción al art. 103 del CC a quien identificó como Claudio Guillermo Alescio Solis DNI 26631540 ddo en situación de calle. Se procede al secuestro del elemento punzo cortante y se tomen vistas fotográficas del mismo"

4) DEN 1188690 "personas de sexo masculino merodeando los autos que se encontraban estacionados".

"...16 días del mes de junio de 2024 siendo las 8:32hs se comunica desde el abonado 1133886603 el Oficial Fernando Díaz, lp 7617, comuna 7b. Manifiesta que se encuentra en la calle Miraflores N°

2200 de esta ciudad, ya que se encontraba unas personas de sexo masculino merodeando los autos que se encontraban estacionados, al momento de identificarlo, y requisarlo, se encontró la mitad de una tijera en su bolsillo del pantalón. Siendo las 8:45hs se procede al labrado de actuaciones por Art. 103 C.C. se identifica al contraventor Cristian Alberto VIOLA CACERES, DNI 32732181, edad 27 años, domiciliado en la calle Miraflores 2281, CABA. Es por ello que, procede al labrado de actuaciones por el art 103 CC a las 8:45hs y secuestro del elemento”

5) DEN 1188692: “observa la presencia de una persona de sexo masculino, en actitud sospechosa” (persona en situación de calle).

“...Siendo las 09.20hs, del día 16 de junio del 2024 se comunica con esta ocrd, el Oficial IBAÑEZ lp 56357 de la comuna 7A, a los efectos de realizar consulta, refiere que realizando recorrido por jurisdicción, al llegar a la catastral de Varela, manzana 15, casa 8, CABA observa la presencia de una persona de sexo masculino, en actitud sospechosa, al ser demorado, observan que de sus pertenencias sobresale la hoja de un cuchillo tramontina de 10cm de hoja, al revisar encuentran con un mango plástico de 15cm de hoja, atento a ello siendo las 09.33hs, se ordena el labrado de rigor, quien se identifica como Claudio Ruben ZARATE, dni 24262322, ddo en situación de calle, Caba. En el mismo acto se procede al secuestro de los elementos, vista fotográfica y, croquis. “Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal”.

6) DEN 1188707 “persona de sexo masculino sentado sobre el cordón de la vereda entre los autos lo que llamo su atención”.

“...16 de junio de 2024, siendo las 10:48 hs se comunican desde el abonado 1123199826 quien se identifica Oficial Primero LP 3607 Damico Alan, division investigaciones comunales 11, en recorrido de la jurisdicción al llegar a la catastral Cuenca 2921, CABA, pudo visualizar a una persona de sexo masculino sentado sobre el cordón de la vereda entre los autos lo que llamo su atención. Se procedió a su identificación resultando Roberto David Boyteux, DNI 13143003, domicilio Francisco Madero 1276, pb 3, Ciudadela, PBA, a quien se le encontró un cuchillo tipo de 20 cm aproximadamente el cual tiene una empuñadura de madera color marrón claro de 7 cm aproximadamente. Por tal motivo se procede a labrar actuaciones por infracción al Art. 103 del CC.”

7) DEN N° 1188803: “masculino que se encontraba merodeando por la zona de forma sospechosa” (persona en situación de calle).

“...17 días del mes de junio del año 2024, siendo las 03:00hs se recibe un llamado desde el abonado 541134807533 por parte del Oficial CASTILLO LP 56148, DE LA COMISARIA VECINAL 7-B, quien informa que se encontraba recorriendo el ejido jurisdiccional en la calle Salvnigny frente a la altura catastral 1800 CABA y le fue dable observar la presencia de un masculino que se encontraba merodeando por la zona de forma sospechosa. Tras ello fue invitado a exhibir sus pertenencias entre las que se encontró un (1) cuchillo con tipo tramontina. El masculino resulta identificado, siendo éste GARAY Diego Hugo, DNI 37258002, DDO. en situación de calle. Se procede a secuestrar el elemento identificado. Siendo las 03:05 hs se procede a labrar acta por el art 103 C.C, secuestro del elemento punzante, vistas fotográficas y croquis del lugar. Por orden del Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 25, se aprueba lo actuado y se confirma la medida cautelar adoptada. Consultado el listado de comparendos, paraderos rebel días que fueran informados mediante oficio o mails en la OCRD no registra impedimento, ni tampoco registra contravenciones en los últimos diez (10) días. Se le ordena al personal policial, se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal.”

8) DEN 1188894: “observar la presencia de un masculino merodeando la zona de forma sospechosa” (persona en situación de calle).

“...17 días del mes de junio de 2024, a las 15:41 hs, se comunica a esta oficina desde el abonado 1134807533, el Oficial Sánchez Nicolás, LP 11848, comisaria 7°B, quien encontrándose recorriendo la jurisdiccional en Mom 2242, de esta ciudad, le fue dable observar la presencia de un masculino merodeando la zona de forma sospechosa. Arribado al lugar, le indica a la persona que se detenga, y se da procedimiento a la revisión de sus pertenencias, encontrando la portación de una Tijera

refiriendo que es para cortar cables. Se identifica a la persona como: Arias Leandro Alejandro, dni 38912611, 29 años de edad, en situación de calle., a quien a las 15:55 hs se procede a labrar actuaciones por art. 103 CC. Se realiza consulta con el Dr. Ezequiel Gadrella, de Flagrancia Oeste, solicitando secuestro, croquis y vistas fotográficas del elemento. No posee contravenciones en esto últimos 10 días. Se le informa al contraventor que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Por orden del Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Unidad Fiscal Oeste, N° 25, se aprueba lo actuado y se confirma la medida cautelar adoptada”.

9) DEN 1188900: “presencia de un masculino en actitud sospechosa merodeando la zona”.

“...17 días del mes de Junio del año 2024, siendo las 16:48hs se recibe un llamado desde el abonado 1168802378 Inspector García Ernesto, Lp 23717, Comisaria vecinal 11 B, quien informa recorriendo el ejido jurisdiccional por la calle Ricardo Gutiérrez 3191, Caba, constata la presencia de un masculino en actitud sospechosa merodeando la zona. Se procede a entrevistarlo identificándolo como Bazan Hector Daniel, DNI 25354688, domiciliado en la calle Pedro de Mendoza 4451, Jose C Paz, y mediante un cacheo se encuentra que tenia en su campera un cuchillo tipo tramontina, estilo navaja. con mango de plástico negro, de 20 centímetros de largo. Siendo las 16:52 hs P.O.S.F en turno se procede al labrado de actuaciones por arma impropia, vistas fotográficas, croquis, se informan los alcances del 239 C.P y se procede al secuestro del elemento.”

10) DEN 1188927: “se encontraba una persona de sexo masculino merodeando la zona”.

“...17 días del mes de junio de 2024 siendo las 17:26hs nos comunicamos al abonado 1123728301 con el Oficial mayor OTAZU Miguel Ángel, LP77761, comuna 7ª. Manifiesta que se encuentra en la calle Zaraza 2300, de esta ciudad, ya que se encontraba una persona de sexo masculino merodeando la zona, al momento de identificarlo, y requisarlo, se encontró dentro de su mochila un cuchillo de pesca artesanal. Siendo las 18:55hs se procede al labrado de actuaciones por Art. 103 C.C. se identifica al contraventor ZIEGLER Maximiliano Sebastián; DNI 34516225, edad 34 años, domiciliado en la calle Recuero 3685, CABA. Es por ello que, procede al labrado de actuaciones por el art 103 CC a las 8:55hs y secuestro del elemento, por orden del Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano cargo de la Fiscalia PCYF25.OESTE., quien convalida la medida cautelar adoptada, como también la intimación al cese de la conducta, vistas fotográficas, croquis y se le informa al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal”.

11) DEN 1188928: “se observaba la presencia de un masculino con actitud sospechosa en la vía pública”.

“...17 días del mes de junio de 2024, siendo las 18:55horas, se comunica telefónicamente el Oficial Falcón LP: 71850, perteneciente a la comisaria vecinal 11-A, a fin de consultar respecto al labrado contravencional. En relación a los hechos, manifiesta que, se encontraba sobre la calle Marco Sastre 2896, CABA, momento se observaba la presencia de un masculino con actitud sospechosa en la vía pública. Manifiesta que el mismo poseía entre sus pertenecía un cuchillo tipo tramontina, con cerda dentada. Por tal motivo, se ordena labrar actuaciones contravencionales según Art. 103 CC. CABA, a quien se identificó como Gómez Mario Antonio DNI 25545426, domiciliado en la calle Apeninos 1065, La Matanza PBA, argentino 48 años. Conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano, UFO, N° 25, quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada, identificación, descripción del efecto, vista fotográfica y secuestro del elemento. Horario de labrado: 19:02 horas. Se lo notifica del art. 239 CP desobediencia Lugar. Consultado el listado de comparendos/paraderos/rebel días que fueran informados mediante oficio o email en la OCRD, el contraventor citado no registra impedimento”.

12) DEN 1188946: “observaba la presencia de un masculino con actitud sospechosa en la vía pública”.

“...17 días del mes de junio de 2024, siendo las 20:25horas, se comunica telefónicamente el Oficial Mayor Sánchez Víctor LP: 76510, perteneciente a la comisaria vecinal 10-C, a fin de consultar respecto al labrado contravencional. En relación a los hechos, manifiesta que, se encontraba sobre la calle Coronel Falcón 3965, CABA, momento se observaba la presencia de un masculino con actitud sospe-

chosa en la vía pública. Manifiesta que el mismo poseía entre sus pertenencias un martillo con un caño de mango entre 30 o 40 cm aproximadamente. Por tal motivo, se ordena labrar actuaciones contravencionales según Art. 103 CC. CABA, a quien se identificó como Alex Cristian Gutiérrez DNI 39273006, domiciliado en la calle Gorrión 1543, Moreno, PBA, argentino. Conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano, UFO, N° 25, quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada, identificación, descripción del efecto, vista fotográfica y secuestro del elemento. Horario de labrado: 20:30 horas. Se lo notifica del art. 239 CP desobediencia Lugar”.

13) DEN 1188969: “momento se observaba la presencia de un masculino con actitud sospechosa en la vía pública”.

“...17 días del mes de junio de 2024, siendo las 23:35 horas, se comunica telefónicamente el Oficial Gutiérrez LP: 56324, perteneciente a la comisaria vecinal 11-B, a fin de consultar respecto al labrado contravencional. En relación a los hechos, manifiesta que, se encontraba sobre la Avenida Chivilcoy 5016, CABA, momento se observaba la presencia de un masculino con actitud sospechosa en la vía pública. Manifiesta que el mismo poseía entre sus pertenencias una tijera de color negra. Por tal motivo, se ordena labrar actuaciones contravencionales según Art. 103 CC. CABA, a quien se identificó como Rossi Sebastián Alejandro DNI 41835342, domiciliado en la Av. Chivilcoy 4020, CABA. Conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano, UFO, N° 25, quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada, identificación, descripción del efecto, vista fotográfica y secuestro del elemento. Horario de labrado: 23:35 horas. Se lo notifica del art. 239 CP desobediencia Lugar. Consultado el listado de comparendos/paraderos/reb el días que fueran informados mediante oficio o email en la OCRD, el contraventor citado no registra impedimento.”

14) DEN 1188972: “se encontraba una persona de sexo masculino merodeando la zona”.

“...17 días del mes de junio de 2024 siendo las 23:45hs nos comunicamos al abonado 1166442676 con el Oficial BORDON Martin, lp10911, comuna 7b. Manifiesta que se encuentra en la calle Somellera 1807, de esta ciudad, ya que se encontraba una persona de sexo masculino merodeando la zona, al momento de identificarlo, y requisarlo, se encontró en el bolsillo un trinchete. Siendo las 23:55hs se procede al labrado de actuaciones por Art. 103 C.C. se identifica al contraventor Ezequiel Ricardo Ocampo, DNI 33521324, edad 33 años, domiciliado en la calle Alcorta 1557, CABA. Es por ello que, procede al labrado de actuaciones por el art 103 CC a las 23:55hs y secuestro del elemento, por orden del Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano cargo de la Fiscalía PCYF25.OESTE., quien convalida la medida cautelar adoptada, como también la intimación al cese de la conducta, vistas fotográficas, croquis y se le informa al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. no posee impedimentos a través del sistema POC”.

15) DEN 1189263 “observar a un masculino el cual se encontraba en la vía pública en actitud sospechosa” (Persona en situación de calle).

“...18 días del mes de junio del 2024, siendo las 11:15hs se comunica desde el abonado desconocido, el Oficial Ammirata LP 1788, a fin de informar que, encontrándose en mediaciones de su jurisdicción, más precisamente en la calle Castañares 2350 de esta ciudad, le fue dable observar a un masculino el cual se encontraba en la vía pública en actitud sospechosa a quien identifique como Leandro Jonathan Marrella, DNI 35111963, Domiciliado en situación de calle. Logran visualizar que el mismo posee en sus pertenencias un cuchillo todo de metal tipo tramontina. POSF en turno, se labra acta a las 11:20hs, por art. 103 (Portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique). Por orden del Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía N°25, quien dispone aprobar lo actuado y confirma la medida cautelar adoptada. Consultado el listado de comparendos, paraderos y reb el días que fueran informados mediante oficio y/o mail en esta OCRD no registra impedimentos.”

16) DEN 1189415 “fueron advertidos por un transeúnte por la presencia de un masculino en actitud sospechosa” (persona en situación de calle)

“...18 días del mes de junio de 2024 siendo las 13:57 horas, se comunica desde el abonado 1162087033 el oficial Mayor Stancati Iván Lp: 2253 perteneciente a la comisaria vecinal 11 A, quien nos informa que fueron advertidos por un transeúnte por la presencia de un masculino en actitud

sospechosa, al arribar al lugar más precisamente a la calle Santo Tomé 2800, observa la presencia de un masculino y al realizar la requisa correspondiente tenía en su campera una tijera de 30 cm de largo aproximadamente con mango de plástico, el contraventor aduce que la tiene para defensa, se lo identifica como Pérez Alejandro Gabriel DNI: 27226192 argentino de 45 años quien se encuentra en situación de calle, a quien a las 14:10 hs. por orden del fiscal en turno el Dr. Roberto Maragliano a cargo de la fiscalía Oeste (25), quien dispone convalidar la medida cautelar adoptada y labrar actuaciones contravencionales por infracción al art. 103 del Código Contravencional e intimar al cese de la actividad, vistas fotográficas, croquis del lugar y el secuestro del arma mencionada.

Se le ordena a personal policial se intime al cese haciendo saber a la persona involucrada como autora del hecho que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal”.

17) DEN N° 1189507 “presencia de una persona de sexo masculino circulando por la vía pública, mirando los autos por lo que se procedió a identificarlo” (persona en situación de calle).

“...18 días del mes de junio de 2024, siendo las 16:39 horas, se comunica desde el abonado 1126872691, el Oficial Primero Diego Alberto Marino, LP 7813, de la comisaría vecinal 7-A, a fin de informar que recorriendo su ejido jurisdiccional, más precisamente en Av. Carabobo 1514, CABA, notó la presencia de una persona de sexo masculino circulando por la vía pública, mirando los autos por lo que se procedió a identificarlo, al revisar sus pertenencias notó un cuchillo tipo tramontina. Identifica al mismo como OLIVERA Cristian Alberto, DNI 36652665, en situación de calle. Siendo las 16:43 horas, POSF en turno, el Dr. Roberto Maragliano, de la Unidad Fiscal n°25, se procede a labrar actuaciones por Art.103 y secuestrar el objeto mencionado.” Se labra por infracción al Art. 103 del CC conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía PCyF N°25 quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar, se procede al secuestro, se le solicitan vistas fotográficas e íntima al Cese”.

18) DEN 1189512: “quien se encontraba en situación sospechosa”.

“...18 días de junio del año 2024, siendo las 17:05 horas, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, el Oficial SANCHEZ Víctor, LP 76510, de la comisaria 10 C, toda vez que tras encontrarse recorriendo el ejido jurisdiccional, más precisamente en la calle Falcón 3687, CABA donde le fue dable observar la presencia de un masculino, quien fue identificado como GONZALEZ Matías Ezequiel, DNI: 38155708, de nacionalidad argentina, de 34 años de edad, domiciliado en Gaboto 1443, Merlo, provincia de Buenos Aires, quien se encontraba en situación sospechosa, se procede a revisarlo y tenía un caño metálico de 70 cm aproximadamente con punta punzante tipo flecha. Frente al hecho relatado, se procedió a labrar actuaciones por art. 103 del CC. Secuestro del elemento mencionado, croquis y vista fotográfica. Se indica al preventor que por orden del Sr. fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Unidad Fiscal Oeste, Fiscalía PCyF N° 26 dispone aprobar lo actuado y confirmar la medida cautelar adoptada. Asimismo, se deberá intimar al cese de la contravención haciendo saber a la persona involucrada como autora del hecho que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal”.

19) DEN 1189598: “atento a su actitud sospechosa al observar la presencia policial” (persona en situación de calle)

“...19 días del mes de junio de 2024 siendo las 00.25 hs se comunica el Oficial Mayor Rios LP 6728, quien se encontraba recorriendo la jurisdicción y en Perito Moreno 1900, CABA, puede observar a una persona de sexo masculino, quien resultó identificado como, Montenegro Julio, DNI 35378230, ddo en situación de calle, atento a su actitud sospechosa al observar la presencia policial, procedieron a identificarlo y solicitar exhibir sus pertenencias, a lo cual pudo observar que poseía en el interior de su mochila, un cuchillo de mesa en su poder. Se procede al labrado de actuaciones por el art. 103 del C.C.P., secuestro del cuchillo, vista fotográfica, croquis e inventario de sus pertenencias. POR ORDEN DEL FISCAL EN TURNO Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N.º 25, UFO, SE APRUEBA LO ACTUADO Y SE CONVALIDA LA

MEDIDA CAUTELAR ADOPTADA. Consultado el listado de comparendos, paraderos rebeldías que fueran informados mediante oficio o mails en la OCRD no registra impedimento. Asi mismo se le informa al contraventor respecto al art. 239 CP”

20) DEN 1189606: "atento a su actitud sospechosa al observar la presencia policial".

"...19 días del mes de junio de 2024 siendo las 02.06 hs se comunica el Oficial Santos LP 36667, quien se encontraba recorriendo la jurisdicción y en Ramon Falcon 3490, CABA, puede observar a una persona de sexo masculino, quien resultó identificado como, Luis Arce, DNI 33108856, ddo en Ramon Falcon 3548, atento a su actitud sospechosa al observar la presencia policial, procedieron a identificarlo y solicitar exhibir sus pertenencias, a lo cual pudo observar que poseía en el interior de su mochila, un cuchillo de mesa en su poder. Se procede al labrado de actuaciones por el art. 103 del C.C.P., secuestro del cuchillo, vista fotográfica, croquis e inventario de sus pertenencias. POR ORDEN DEL FISCAL EN TURNO Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N.º 25, UFO, SE APRUEBA LO ACTUADO Y SE CONVALIDA LA MEDIDA CAUTELAR ADOPTADA. Consultado el listado de comparendos, paraderos re beldías que fueran informados mediante oficio o mails en la OCRD no registra impedimento. Asi mismo se le informa al contraventor respecto al art. 239 CP"

21) DEN 1189639 "observar a un masculino el cual se encontraba en la vía pública en actitud sospechosa".

"...19 días del mes de junio del 2024, siendo las 08:25hs se comunica desde el abonado desconocido, el Oficial Mercado Leonardo LP45592, a fin de informar que, encontrándose en mediaciones de su jurisdicción, más precisamente en la calle Pedro Moran 4664 de esta ciudad, le fue dable observar a un masculino el cual se encontraba en la vía pública en actitud sospechosa a quien identifico como Luciano Barrios, DNI 34846488, Domiciliado en la calle Av. Constituyentes 677, Provincia de Bs As. Logran visualizar que el mismo posee en sus pertenencias un Cuchillo tipo tramontina de mango de plástico de color negro. POSF en turno, se labra acta a las 08:30hs, por art. 103 (Portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique).

22) DEN 1189823: "persona de sexo masculino merodeando la zona".

"...19 días del mes de junio de 2024 siendo las 10:36hs se comunica desde el abonado desconocido el oficial Mayor SALAZAR David Alejandro, Lp 4696, comuna 7b. Manifiesta que se encuentra en la calle Del Barco Centenera N°1642 de esta ciudad, ya que se encontraba una persona de sexo masculino merodeando la zona, al momento de identificarlo, y requisarlo, se encontró en el bolsillo de la campera una tijera, limada las puntas. Siendo las 10:45hs se procede al labrado de actuaciones por Art. 103 C.C. se identifica al contraventor como Sergio Rubén David MONTIEL, DNI 43509821, edad 27 años, domiciliado en la calle Barragán 6731, provincia de Buenos Aires. Es por ello que, procede al labrado de actuaciones por el art 103 CC a las 10:45hs y secuestro del elemento, por orden del Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía PCYF25. OESTE., quien convalida la medida cautelar adoptada, como también la intimación al cese de la conducta, vistas fotográficas, croquis y se le informa al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. no posee impedimentos a través del sistema POC".

23) DEN 1189853: "divisaron a un masculino que se encontraba merodeando por el lugar" (persona en situación de calle).

"...19 días del mes de junio del 2024, siendo las 10.38 horas, se comunica el Of Gutiérrez, LP 57311, perteneciente a la comuna 7A, quien nos informa que, recorriendo la zona por prevención se identifica en la calle Zuviria 3200, CABA, divisaron a un masculino que se encontraba merodeando por el lugar. Al ser requisado se advierte que tenía un cuchillo tipo tramontina refiriendo que lo usa para cortar cables. Se procedió a identificar al nombrado como: Leonardo Omar Martínez, Dni 19001453, en S/C. Siendo las 11:35 hs, se procede a labrar actuaciones contravencionales por infracción al Art. 103 C.C., toma de vistas fotográficas, croquis del lugar, notificación de los alcances del Art. 239 C.P y secuestro del arma no convencional mencionada. El contraventor identificado por el sistema POC, no registraba impedimentos.

POR ORDEN DEL FISCAL EN TURNO Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N.º 25, UFO, SE APRUEBA LO ACTUADO Y SE CONVALIDA LA MEDIDA CAUTELAR ADOPTADA. Consultado el listado de comparendos, paraderos rebe l días que fueran informados mediante oficio o mails en la OCRD no registra impedimento. Se le informa al contraventor respecto al art 239 CP".

24) DEN 1189911: "masculino el cual se encontraba en la vía pública en actitud sospechosa".

"...19 días del mes de junio del 2024, siendo las 12:45hs se comunica desde el abonado desconocido, el Oficial Ballesteros LP 6267, a fin de informar que, encontrándose en mediaciones de su jurisdicción, más precisamente en la calle Pareja 3793 de esta ciudad, le fue dable observar a un masculino el cual se encontraba en la vía pública en actitud sospechosa a quien identifico como Roberto Carlos Reynoso, DNI 34081419, Domiciliado en la calle Barrio Saavedra manzana 37 casa 787, Provincia de Bs As. Logran visualizar que el mismo posee en sus pertenencias un Barra de metal en 1,50 cm por 15 cm, la cual según dichos del contraventor la misma la utiliza para abrir los tachos de basura. POSF en turno, se labra acta a las 12:50hs, por art. 103 (Portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique). Por orden del Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía N°25, quien dispone aprobar lo actuado y confirma la medida cautelar adoptada".

25) DEN 118992: "observa la presencia de un masculino merodeando el lugar".

"...19 días del mes de junio de 2024 siendo las 14:00horas, se comunica desde el abonado 1135249475, el Principal CHIERICHETTI Pablo, LP: 1021, perteneciente al Despliegue de Intervención Rápida, quien nos informa que se encontraba recorriendo la zona, más precisamente en Av. Varela 2314, de esta ciudad, donde observa la presencia de un masculino merodeando el lugar se encuentro en sus pertenencias un cuchillo tipo tramontina con mango plástico de color rojo, se identifica con el nombre de Arancibia Mario Alberto DNI 27034985, domiciliado en la calle Yermal 2850, CABA, a quien a las 14:05hs. por orden del fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano a cargo de la fiscalía OESTE (25) quien dispone convalidar la medida cautelar adoptada y labrar actuaciones contravencionales por infracción al art. 103 del Código Contravencional e intimar al cese de la actividad, vistas fotográficas y el secuestro del arma mencionada. Se le ordena a personal policial se intime al cese haciendo saber a la persona involucrada como autora del hecho que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Consultado el listado de comparendos/paraderos/re beldías que fueran informados mediante oficio o email en la OCRD, el contraventor citada no registra impedimentos.

26) DEN 1190020: "observa la presencia de una persona de sexo femenino en actitud sospechosa" (persona en situación de calle).

"...19 de junio del 2024 a las 15.55hs se comunica desde el abonado 1162087033, el Oficial mayor Stancati LP 2253, a fin de informar que se encontraba recorriendo la zona, cuando en la dirección Belaustegui, Luis, Dr. 3100, CABA; observa la presencia de una persona de sexo femenino en actitud sospechosa. Al requisarla e identificarla como DNI 41138532, Johana Meza, en situación de calle actualmente, observan que la misma en su mochila tenía guardada una cuchilla de uso comercial de aproximadamente 30 cm, mango de plástico, sin poder dar explicaciones de lo mismo. Por tal motivo, POSF, Dr. Roberto Maragliano se procedió a labrar actuaciones por infracción al art 103 C.C. a las 16.00hs. Se realiza el secuestro de las pertenencias, vista fotográfica, croquis del lugar y se intima al cese. Consultado el listado de paraderos, comparendos y rebe ldías que fueran informados mediante oficio o mail ante esta OCRD, el contraventor no registra impedimentos."

27) DEN 1190035: "observa la presencia de una persona de sexo masculino, debido a su situación y que se encontraba en actitud sospechosa" (persona en situación de calle).

"...19 de junio del 2024 a las 17.00hs se comunica telefónicamente desde el abonado 1532973072, la Oficial Luna, a fin de informar que, recorriendo la zona, sobre la dirección San Blas y Bahía Blanca, CABA; observa la presencia de una persona de sexo masculino, debido a su situación y que se encontraba en actitud sospechosa, lo identifica y al requisarlo observa que el mismo tendría entre sus pertenencias un arma blanca, descripto como un cuchillo tipo tramontina, peligroso para terceros. Se identifica al mismo como Iván Alfredo Guzmán, DNI 45286034, 23 años de edad, en situación de calle actualmente. Por tal motivo, POSF, Dr. Roberto Maragliano, se labra acta por art. 103 C.C a las 17.20hs. Informa que el mismo no tendría impedimentos. En atención al hecho denunciado se hizo consulta con el Dr. Ezequiel Gastón Gradella, auxiliar fiscal área de flagrancia oeste, quien interiorizado del hecho dispuso que se labre acta, secuestro, vista fotográfica, intimar al cese y notificación al juzgado.

28) DEN N° 1190071: "estaba merodeando la zona con una actitud sospechosa".

"...19 días del mes de junio del 2024, siendo las 19:50h se comunica con la OCRD la Of Mayor Falcón, Marcela LP71850 de la comisaria 11 A, a fin de radicar una denuncia. Refiere que estando

en recorrida, pudo visualizar a un masculino, quien estaba merodeando la zona con una actitud sospechosa, por lo que procede a identificarlo. Contraventor: Walter Fabián Sotelo, DNI 35129617, domicilio en Darragueiro 1702, Lanús, provincia de Buenos Aires. Lugar: Calle: Av. Gaona 2995, CABA. Entre sus pertenencias tenía un cuchillo estilo "tramontina", el cual no pudo justificar su tenencia. POSF Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la UFO, número 25, dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada del secuestro de un cuchillo, se labren actuaciones por art 103 CC a las 19:55h, se intime al cese de la conducta, foto y croquis. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Consultado el listado de comparendos, paraderos y reb eldías que fueran informados mediante oficio o mails en la OCRD el contraventor no registra impedimento".

29) DEN 1190109: "se encontraba en la puerta de un edificio en forma sospechosa".

"...20 días del mes de junio de 2024, siendo las 00.07hs., se comunica desde un abonado 1138097987 el oficial Rodriguez con LP 43231 de la Comuna 7C a fin de informar que se encontraba recorriendo la Av. Juan Bautista Alberdi 2705, de esta ciudad, en donde un masculino se encontraba en la puerta de un edificio en forma sospechosa y al requisarlo poseía un destornillador con la punta afilada entre sus pertenencias. Así las cosas, siendo las 00.15hs, se dispone que se labren actuaciones por infracción al art. 103 del CC a quien identificó como FERNANDEZ Brian Gustavo con DNI 39069594 domiciliado en la calle Pedernera 182, CABA. Se procede al secuestro del elemento cortante y se tomen vistas fotográficas del mismo. Por orden del Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 25, se aprueba lo actuado y se convalida la medida cautelar adoptada. Asimismo, el preventor informa que se lo notifica del Art. 239 CP"

30) DEN 1190121: "masculino caminaba de manera sospechosa en vía pública" (persona en situación de calle).

"...20 días del mes de junio de 2024, siendo las 01:05hs., se comunica desde un abonado 1141427372 el Oficial Ruiz LP 28657 de la comuna 7 A a fin de informar que fue convocada su presencia a la calle Subiria 2592 de esta ciudad, en donde un masculino caminaba de manera sospechosa en vía pública y notan que entre sus pertenencias posee un hierro tipo clavo de 20 cm aproximadamente con uno de los extremos puntiagudos. Así las cosas, siendo las 01:10hs, se dispone que se labren actuaciones por infracción al art. 103 del CC a quien identificó como Enrique Ernesto Solillo DNI 26990828 ddo situación de calle,. Se procede al secuestro del elemento punzo cortante y se tomen vistas fotográficas del mismo. Por orden del Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 25, se aprueba lo actuado y se convalida la medida cautelar adoptada. Por tal motivo, se solicita proceder a intimar al cese de la actividad y a labrar acta al aquí mencionado. también que, se ordena al personal policial que, sin perjuicio de labrar las actuaciones contravencionales correspondientes, haga saber a la persona involucrada que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Conforme Res. FG 552/2018. Por último, informa que no procede al secuestro de elementos".

31) DEN 1190100: "fue detenida su marcha por un masculino quien le refirió que había divisado a unos metros a unos masculinos en actitud sospechosa" (persona en situación de calle).

"...19 días del mes de junio del año 2024, siendo las 23:10hs., se comunica el Oficial Primero Ruiz Díaz Ezequiel, LP 7662, de la comisaria 7 B, a fin de consultar respecto del labrado de actuaciones por Art. 103 C.C., toda vez que tras encontrarse recorriendo el ejido jurisdiccional en la calle Agustín de Vedia 2246, CABA, fue detenida su marcha por un masculino quien le refirió que había divisado a unos metros a unos masculinos en actitud sospechosa. Al acercarse al lugar, pudo identificar a uno de ellos como Santillán Agustín Eduardo, DNI 35.360.583, en situación de calle, quien exhibió que en su bolsillo tenía una tijera sin mango, atadas con la forma de un cuchillo. Ante ello, se procedió a realizar consulta con la Dra. Nancy Haron, Sec. Del área de flagrancia de la zona oeste, quien dispuso labrado de contravención por art. 103 C.C., secuestro del arma, y notificarlo sobre los alcances del art. 239. Horario de labrado de acta 23:25hs. POR ORDEN DEL SR FISCAL EN TURNO, DR. ROBERTO MARAGLIANO, SE APRUEBA LO ACTUADO Y SE CONVALIDA LA MEDIDA CAUTELAR".

32) DEN N° 1190175: "presencia de una persona de sexo masculino, que se encontraba merodeando".

"...20 de junio del 2024, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, la Oficial Mayor Benítez, Carolina, LP 5531 a fin de informar que recorriendo la jurisdicción, observa en la calle Lastra 3788, CABA, la presencia de una persona de sexo masculino, que se encontraba merodeando, y al proceder a su identificación advierte que el mismo tenía entre sus pertenencias, un cuchillo tipo Tramontina. Nos informa que identifica a esta persona como ARÉVALO, Omar Francisco, DNI 43038546, domiciliado en la calle Quito 0, José C. Paz, PBA. Se deja asentado que no se advierte en nuestro sistema informático contravenciones por hechos similares registradas en los últimos días. Se procede al secuestro del arma, croquis, vista fotográfica y siendo las 11.10 horas, a labrar actuaciones por Art. 103 del CC, indicando al preventor que por orden de la fiscal de turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Unidad Fiscal Oeste, Fiscalía PCyF N° 25, dispone aprobar lo actuado y confirmar la medida cautelar adoptada".

33) DEN 1190282: "llamados realizados por vecinos de la zona por una persona de sexo masculino quien se encontraba merodeando entre los autos".

"...20 días del mes de junio del 2024, siendo las 23.10 horas, se recibe un llamado en esta OCRD, desde número 1133851440, el Oficial 1° Páez Leonardo, LP 5011, perteneciente al Dir 15, comisaría vecinal 7 A, manifestando que fue desplazado por comando a raíz de llamados realizados por vecinos de la zona por una persona de sexo masculino quien se encontraba merodeando entre los autos en la calle Saraza 2265, de esta ciudad, se procedió a la identificación del individuo. Siendo las 23.20 horas se identifica a Theccarichi Axel Ramon, DNI 40358344, argentino de 26 años de edad, nacido el 31 de julio de 1997, domiciliado en Perrault 1205, CABA, no aporta cel. de contacto. Tenía en su poder un (1) cuchillo de tipo tramontina de aproximadamente 15 cm de largo, quien verificado sistema POC no posee impedimentos para labrarle. Conforme a lo consultado con el Secretario del área de Flagrancia de la Unidad Fiscal Oeste, Dr. Emmanuel Fermoselle, dispuso labrado por el Art. 103 C.C. descripción del objeto, vistas fotográficas, secuestro del elemento nombrado, intimación al cese, soltura desde el lugar y que se lo notifique en el acta del artículo 239 CP, en caso de desobediencia".

34) DEN 1190289: "una persona sexo femenino merodeando por la zona, al ver al móvil la femenina se pone nerviosa".

"...21 días del mes de junio de 2024 siendo las 00:11 se comunica desde abonado telefónico 1161151834 la Oficial Mayor Sánchez Verónica Lp 5406 de la Comisaría Comunal 10 C quien informa que estando de recorrida por la jurisdicción que al llegar a la calle Mariano Acosta 290, divisó a una persona sexo femenino merodeando por la zona, al ver al móvil la femenina se pone nerviosa, se le pregunta si tiene algo que no debería y la mujer saco de entre sus pertenencias un cuchillo tipo tramontina con la hoja mas corta y con más punta. La femenina fue identificada como Ana Elizabeth De los Santos De los Santos, DNI 95803030 dominicana, con domicilio en Cochabamba 168 caba. Ante ello y siendo las 00:15 hs. procede al labrado del acta contravencional por infracción al 103 - Portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique, secuestro del elemento descripto, croquis, vista fotográfica. Por orden del Sr. Fiscal de turno de la Unidad Fiscal Oeste, fiscalía N° 25, el Dr. Roberto Maragliano dispone aprobar lo actuado y confirmar la medida precautoria adoptada. Asimismo, el preventor informa que se lo notifica del Art. 239 CP"

35) DEN 1190290: "observa a un masculino, quien se encontraba caminando en forma sospechosa en la zona".

"siendo las 00:30 horas del día 21 de Junio de 2024, se comunica telefónicamente el Oficial Mayor LP 5726, Leonardo Aranda, teléfono 1160347903 comisaría vecinal 10. Manifiesta que realizando el control poblacional, en recorrida de su jurisdicción, en la intersección de la Av. Alberdi N° 3619, CABA, observa a un masculino, quien se encontraba caminando en forma sospechosa en la zona, al entrevistarlo de manera preventiva, observa que entre sus pertenencias tiene un cuchillo tipo tramontina de unos 10 cm aproximadamente. Siendo las 00:35 horas se procede al labrado de actuaciones por Art. 103 C.C. quien resulta identificado como Yapu Elvis Luis, de 39 años de edad, DNI 94.591.311, domicilio en la calle Rodo N° 6065, CABA, quien no posee impedimentos a través del sistema POC. Se procede al secuestro del cuchillo, vistas fotográfica, croquis del lugar y se lo intima

al cese de la conducta. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal.

Por orden del Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nro.25 se aprueba lo actuado y se confirma la medida cautelar adoptada”.

36) DEN 1190291: “divisó a una persona sexo femenino merodeando por la zona, al ver al móvil la femenina se pone nerviosa”.

“...21 días del mes de junio de 2024 siendo las 00:18 se comunica desde abonado telefónico 1527189480 el Oficial Mayor Fernández Mario LP 23384 de la Comisaria Comunal 7 A quien informa que estando de recorrida por la jurisdicción que al llegar a la Avenida Varela 2700, divisó a una persona sexo femenino merodeando por la zona, al ver al móvil la femenina se pone nerviosa, se le pregunta si tiene algo que no debería y la mujer saco de entre sus pertenencias un cuchillo de cocina sin mango que la mujer dijo que usaba para pelar cables. La femenina fue identificada como Goddard, Vanesa DNI 26861880, argentina de 46 años, en situación de calle. Ante ello y siendo las 00:33 hs. procede al labrado del acta contravencional por infracción al 103 - Portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique, secuestro del elemento descripto, croquis, vista fotográfica. Por orden del Sr. Fiscal de turno de la Unidad Fiscal Oeste, fiscalía N° 25, el Dr. Roberto Maragliano dispone aprobar lo actuado y confirmar la medida precautoria adoptada. Asimismo, el preventor informa que se lo notifica del Art. 239 CP”.

37) DEN 1190355: “presencia de una persona de sexo masculino, que se encontraba merodeando”.

“siendo las 11.30 horas del día 21 de junio del 2024, se comunica telefónicamente mediante el abonado 112885970 con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, el Oficial Mayor Mercado LP 45592, perteneciente a la Com Vec 11 B, Móvil 1111, a fin de informar que recorriendo la jurisdicción, observa en la calle Sanabria 3183, CABA, la presencia de una persona de sexo masculino, que se encontraba merodeando, y al proceder a su identificación advierte que el mismo tenía entre sus pertenencias, una trincheta de plástico de color amarillo con hoja metálica de 15 cm. Nos informa que identifica a esta persona como GONZÁLEZ TORRES, Moisés Ángel, DNI 94947263, de nacionalidad paraguaya, con domicilio en la calle Las Heras 1060, Presidente Derqui, PBA, que cotejado por POC, no registra impedimentos. Se deja asentado que no se advierte en nuestro sistema informático contravenciones por hechos similares registradas en los últimos días. Se instruye al oficial a fin de que se intime al cese de la conducta y notifique al contraventor, que en caso de no cesar o reiterar la misma, incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el Art. 239 del Código Penal. Se procede al secuestro del arma, croquis, vista fotográfica y siendo las 11.40 horas, a labrar actuaciones por Art. 103 del CC, indicando al preventor que por orden de la fiscal de turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Unidad Fiscal Oeste, Fiscalía PCyF N° 25, dispone aprobar lo actuado y confirmar la medida cautelar adoptada.”

38) DEN 1190392: “observa la presencia de una persona de sexo masculino en actitud sospechosa”.

“...21 de junio del 2024 a las 15.30hs se comunica desde el abonado 1168802378, el Inspector García comuna 11 B, LP 23717, a fin de informar que se encontraba recorriendo la zona, cuando en la dirección Lastra Av. 3692, CABA; observa la presencia de una persona de sexo masculino en actitud sospechosa. Al identificarlo y requisarlo observan que el mismo guardaba entre sus pertenencias un cuchillo tipo tramontina, peligroso para terceros. Es identificado como Ricardo Emanuel Galarza, DNI 36940928, domicilio en la calle Pachacutec 4974, San Miguel. Por tal motivo, POSF, Dr. Roberto Maragliano, se labran actuaciones por Art. 103 C.C a las 15.35hs. Se realiza el secuestro del cuchillo, vistas fotográficas y se intima al cese. No registra impedimentos ni actas recientes por el mismo Art. Se informa acerca del Art 239.”

39) DEN 1190447: “pudo identificar a un masculino en conducta de merodeo”.

“...21 días del mes de junio del 2024, siendo las 20:30hs se comunica con nosotros la Of. Primero OYOLA LP 28066 la cual de camino sobre la calle San Blas 5135 (comuna 10) pudo identificar a un masculino en conducta de merodeo, por lo que procedió a identificarlo como Franco Adrián FRANCHI, DNI 42775200, 23 años, domiciliado en Rodney 6428, La Ferrere, La Matanza, PBA, y, mientras era palpado, exhibió una tijera de 30 centímetros con mango de plástico negro y filo de metal. Con-

sultada por impedimentos o contravenciones previas, refiere que el masculino no posee ninguna, por lo que se procede a evacuar consulta con UFLA OESTE, a voz del Dr. Gastón GRADELLA, quien dispone labrar actuaciones por Inf. 103 del C.C., secuestro y notificación al juzgado del elemento secuestrado. Las actuaciones se labran por Inf. Art. 103 del CC con horario de 20:35hs, se informa a la oficial de la disposición de flagrancia, agradece y corta. Por orden del Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Unidad Fiscal OESTE, Fiscalía PCyF N° 25, se aprueba lo actuado y se dispone convalidar las medidas de secuestro de la tijera de 30 centímetros.”

40) DEN 1190473: “identificar a un masculino en conducta de merodeo cercano a varios rodados”.

“...21 días del mes de junio del 2024, siendo las 20:30hs se comunica con nosotros el Oficial Primero DECIMA Daniel, LP 17089, el cual de camino sobre la calle Alvarez Jonte 5276 (comuna 10) pudo identificar a un masculino en conducta de merodeo cercano a varios rodados, por lo que procedió a identificarlo como ALEJO Carlos Jesús, DNI 31100125, domiciliado en Ana María Jamer 2280 1G, Nueva Pompeya, CABA, y, mientras era palpado, exhibió una tijera con mango de plástico azul y filo de metal en punta. Consultado por impedimentos o contravenciones previas, refiere que el masculino no posee ninguna, por lo que se procede a evacuar consulta con UFLA OESTE, a voz del Dr. Gastón GRADELLA, quien dispone labrar actuaciones por Inf. 103 del C.C., secuestro y notificación al juzgado del elemento secuestrado.

Las actuaciones se labran por Inf. Art. 103 del CC con horario de 23:45hs, se informa a la oficial de la disposición de flagrancia, agradece y corta. Consultado el listado de comparendos/paraderos/reb eldías que fueran informados mediante oficio o email en la OCRD, el contraventor identificado no registra impedimentos.”

Por orden del Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Unidad Fiscal OESTE, Fiscalía PCyF N° 25, se aprueba lo actuado y se dispone convalidar las medidas de secuestro de la tijera mencionada. Consultado en nuestro listado de paraderos/comparendos y reb eldías de este MPF, la contraventora citada no posee impedimento alguno.”

41) DEN 1190489: “se detectó a un individuo actuando de manera sospechosa.”

“...22 del mes de junio del año 2024, siendo las 03:15 horas, se comunica con este Ministerio Público Fiscal el Oficial Mayor GALARZA Romina, identificado con el Legajo Personal (LP) 3653 y el número de teléfono 1122565871, en la jurisdicción de la comisaría comunal 7B, quien informa sobre una situación detectada durante el patrullaje en la calle Cobo 1890, CABA, donde se detectó a un individuo actuando de manera sospechosa. Tras el abordaje, identificaron a Salvador Alejandro BEJARANO, portador del Documento Nacional de Identidad (DNI) 24540229, de nacionalidad argentina y 48 años de edad, con domicilio en la calle Torre 16, piso 1, Dpto. D, CABA. Durante el registro, se encontró en posesión del individuo un cuchillo tipo tramontina, con mango de madera, sin que pudiera justificar su tenencia. A las 03:20 horas se procede a labrar actuaciones conforme al artículo 103 del Código Contravencional, incluyendo la elaboración de un croquis, toma de vistas fotográficas y el secuestro del objeto mencionado. Se aprueba lo actuado y se convalida la medida cautelar adoptada. Se notifica al personal policial que, sin perjuicio de labrar las actuaciones contravencionales correspondientes, se intime al cese haciendo saber a la persona involucrada que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal.”

42) DEN 1190492: “observó la presencia de un hombre que se encontraba merodeando la zona con actitud sospechosa”

“siendo las 04:40 horas del día 22 de junio de 2024, se comunica telefónicamente el Oficial Mayor GAUNA LP 10531, de Comuna 7, Policía de la Ciudad, quien refiere que, se encontraba recorriendo su jurisdicción cuando en la calle Cnel. Ramón L. Falcón 2796, de esta Ciudad, observó la presencia de un hombre que se encontraba merodeando la zona con actitud sospechosa. Al entrevistarle de manera preventiva, exhibe entre sus pertenencias un (1) destornillador. Ante esta situación, siendo las 04:45 horas procede al labrado de actuaciones por infracción al Art. 103 C.C. a quien resulta identificado como MOREL Eduardo DNI 41166584, domiciliado en Cuzco 220 CABA, el mismo no posee impedimentos a través del sistema POC. Se procede al secuestro del elemento, croquis, vistas fotográficas y se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal.”

43) DEN 1190523: "observo a una persona de sexo masculino en actitud sospechosa al ver el móvil".

"22 de junio de 2024, siendo las 10:25 hs se comunican desde un abonado quien se identifica como el Inspector Pacheco LP111701, del departamento comunal 11-B quien, informo que encontrándose recorriendo en la calle Navarro 3936, CABA , observo a una personas de sexo masculino en actitud sospechosa al ver el móvil, y al entrevistarlos encontraron entre sus pertenencias un cuchillo tipo tramontina de mango de plástico color negro, de aproximadamente 12cm, identificando a Jonatán Eduardo González DNI:38.678054, domiciliado en la calle Fragata Sarmiento 1130 partido de José C PAZ PBA. Consultado si el contraventor explico el motivo por el cual portaba el elemento, informo que para abrir las bolsas de basura. Es por ello que, por orden del Sr. Fiscal de turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyFn° N°25, se procede a efectuar el labrado de acta por el art 103 CC a las 10:30hs y aprobar la medida cautelar del secuestro del elemento, tomar vistas fotográficas y croquis del lugar. que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Por último, el oficial informo que, no posee impedimentos."

44) DEN N° 1190530: "observo a una personas de sexo masculino en actitud sospechosa al ver el móvil".

"22 de junio de 2024, siendo las 10:54 hs se comunican desde un abonado quien se identifica como el Oficial Quiroga Víctor LP8495, del departamento comunal 7-B quien, informo que encontrándose recorriendo en la calle Zuviria 979, CABA , observo a una personas de sexo masculino en actitud sospechosa al ver el móvil, y al entrevistarlos encontraron entre sus pertenencias un cuchillo tipo tramontina de mango de madera color marrón de aproximadamente 21cm, identificando a Santiago Javier Estrada DNI:43517053, domiciliado en la calle Gral. Paz 1653 partido de Lomas de Zamora PBA. Consultado si el contraventor explico el motivo por el cual portaba el elemento, informo que para abrir las bolsas de basura, cortar cartón, cables etc. Es por ello que, por orden del Sr. Fiscal de turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyFn° N°25, se procede a efectuar el labrado de acta por el art 103 CC a las 11hs y aprobar la medida cautelar del secuestro del elemento, tomar vistas fotográficas y croquis del lugar. que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal."

45) DEN N° 1190548: "pudo visualizar a una persona de sexo masculino circulando por la vereda mirando vehículos en una zona en la cual están sustrayendo muchas ruedas de automóviles."

"...22 de junio de 2024, siendo las 12:00 hs se comunican desde el abonado 1127702667 quien se identifica Oficial LP 11308 Perez Ricardo, division investigaciones comunales 11, en recorrido de la jurisdicción al llegar a la catastral Juan Agustin Garcia 3188, CABA, pudo visualizar a una persona de sexo masculino circulando por la vereda mirando vehiculos en una zona en la cual estan sustrayendo muchas ruedas de automoviles. Se procedió a su identificación resultando Coria Juan Jose, DNI 41427062, domicilio Colón 3570, Jose C. Paz, PBA, a quien se le encontró un cuchillo tipo de 20 cm aproximadamente el cual tiene una empuñadura de madera color madera claro de 7 cm aproximadamente. Por tal motivo se procede a labrar actuaciones por infracción al Art. 103 del CC conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano a cargo de la fiscalía PCyF N° 25, al identificado. Se procede al secuestro de lo informado. Consultado el sistema POC no posee impedimentos. Horario de labrado 12:05 hs. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Consultado el sistema informático kiwi el contraventor no registra ingresos previos."

46) DEN N° 1190597: "observan una persona de sexo masculino con actitud sospechosa" (se encuentra en situación de calle).

"...Siendo las 16:57 horas, se comunica el Oficial Gómez, LP:43987, teléfono 1140699017, quien refiere que se encontraban recorriendo la zona en Boedo 800, CABA, donde observan una persona de sexo masculino con actitud sospechosa, proceden a revisarlo y entre sus pertenencias un hierro metálico, de 60 CM. Lo identifica como Nazareno Gerez, DNI: 29415358, el mismo se encuentra en situación de calle. Se le indica al contraventor que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Se procede al labrado de

actuaciones por el art. 103 del C.C.P. a las 17:05hs, secuestro del hierro, vista fotográfica, croquis e inventario de sus pertenencias. Por orden del Sr. Fiscal en turno, Dr. Diego Mariano Espada, a cargo de la Fiscalía PCyF N° 30 Unidad Fiscal SUR, se aprueba lo actuado y se dispone convalidar la medida cautelar adoptada. Consultado en nuestro listado de paraderos/comparendos y re beldías de este MPF, el contraventor no posee impedimento alguno.

Por orden del Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano a cargo de la fiscalía PCyF N° 25, quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada del secuestro de un cuchillo tipo de 20 cm aproximadamente el cual tiene una empuñadura de madera color madera claro de 7 cm aproximadamente se toman vistas fotográficas, y se realiza croquis.”

47) DEN N° 1190597: “observan una persona de sexo masculino con actitud sospechosa” (en situación de calle).

“...Siendo las 16:57 horas, se comunica el Oficial Gómez, LP:43987, teléfono 1140699017, quien refiere que se encontraban recorriendo la zona en Boedo 800, CABA, donde observan una persona de sexo masculino con actitud sospechosa, proceden a revisarlo y entre sus pertenencias un hierro metálico, de 60 CM. Lo identifica como Nazareno Gerez, DNI: 29415358, el mismo se encuentra en situación de calle. Se le indica al contraventor que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Se procede al labrado de actuaciones por el art. 103 del C.C.P. a las 17:05hs, secuestro del hierro, vista fotográfica, croquis e inventario de sus pertenencias. Por orden del Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano a cargo de la fiscalía PCyF N° 25, se aprueba lo actuado y se dispone convalidar la medida cautelar adoptada. Por orden del Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano a cargo de la fiscalía PCyF N° 25, quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada del secuestro de un cuchillo tipo de 20 cm aproximadamente el cual tiene una empuñadura de madera color madera claro de 7 cm aproximadamente se toman vistas fotográficas, y se realiza croquis.”

48) DEN 1190653: “se encuentra con un masculino con actitud sospechosa y merodeando por la zona”.

“...siendo las 00:21 horas del día 23 de junio de 2024, se comunica telefónicamente la Principal Palacios, LP 7264 de comisaría vecinal 10B, quien informa que se encontraba en su recorrido habitual por la calle Av. Juan B Justo 9733, CABA. Al arribo del móvil se encuentra con un masculino con actitud sospechosa y merodeando por la zona que entre sus pertenencias portaba una cuchilla de 20 cm el mango hecho de cinta aisladora y una tijera de costura. Ante esta situación, siendo las 00:26 horas se procede al labrado de actuaciones por Art. 103 C.C. a quien resulta identificado como Juan Manuel ROBLES, DNI 36599595, Ddo Cuzco 530 piso 10 depto B, CABA, quien no posee impedimentos a través del sistema POC. Se procede al secuestro de los elementos, vistas fotográficas, croquis y se lo intima al cese de la conducta. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. “Por orden del Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nro.25 se aprueba lo actuado y se confirma la medida cautelar adoptada”.

49) DEN N° 1190791: “quien se encontraba merodeando en actitud rara cerca de los vehículos”.

“...23 días de junio del año 2024, siendo las 22:54 horas, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, Oficial primero Díaz Fernando, LP 7617, Departamento comuna 7B, que tras encontrarse recorriendo el ejido jurisdiccional, más precisamente en calle Av. Cobo 1366, de esta Ciudad, donde le fue dable observar la presencia de un masculino quien fue identificado como RAMON ALBERTO CARDOZO, DNI 38458948, domicilio: saladillo 5440, CABA, quien se encontraba merodeando en actitud rara cerca de los vehículo, con un cuchillo, tipo tramontina, mango madera en su poder entre sus pertenencias. El preventor manifiesta que revisado el POC no posee impedimento alguno. Se procede al secuestro del elemento, se realizan vista fotográficas y cese de la actividad. Ante ello y conforme lo consultado y ordenado por Dr. Roberto Maragliano, cargo de la Fiscalía N° 25, UFO, se procede a labrar actuaciones contravencionales por infracción al art. 103 del Código Contravencional e intimar al cese de la actividad con Horario del labrado de acta a las 23.01 horas. Por último, se le hace saber al contraventor que en caso de reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal, todo ello conforme

la Resolución FG 552/2018. Consultado el listado de paraderos, comparendos y rebe Idías de esta OCRD, no posee impedimentos. Por orden del Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N° 25, UFO, quien dispone aprobar lo actuado.”

50) DEN N° 1190800: “donde un masculino se encontraba en esa calle en forma sospechosa”.

“...24 días del mes de junio de 2024, siendo las 00.04hs., se comunica desde un abonado 1159731756 el oficial Ibañez LP 56357 de la Comuna 7A a fin de informar que se encontraba recorriendo la calle Corea 1775, de esta ciudad, en donde un masculino se encontraba en esa calle en forma sospechosa y al requisarlo poseía un cuchillo tipo tramontina con mango marrón entre sus pertenencias. Así las cosas, siendo las 00.10hs, se dispone que se labren actuaciones por infracción al art. 103 del CC a quien identificó como PALACIOS Rodrigo Alejandro con DNI 29780016 en situación de calle. Se procede al secuestro del elemento cortante y se tomen vistas fotográficas del mismo. Por orden de la Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 25, se aprueba lo actuado y se convalida la medida cautelar adoptada. Asimismo, el preventor informa que se lo notifica del Art. 239 CP. Consultado el listado de comparendos/paraderos/reb eldías que fueran informados, el contraventor citado no registra impedimentos.”

51) DEN 1189888: “la presencia de un masculino que, al ver el móvil policial tiene una actitud extraña, por lo que proceden a identificarlo”.

“...19 días del mes de junio del 2024, siendo las 12:00 hs se comunica desde el abonado 1132885970, el Oficial Mayor Mercado LP 45592, de com. vecinal 11 B, a fin de informar que, recorriendo la zona, observa en la calle Sanabria 3075, CABA, la presencia de un masculino que, al ver el móvil policial tiene una actitud extraña, por lo que proceden a identificarlo y en su mochila llevaba un cutter. Ante lo dicho, siendo las 12:05 hs POSF Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF nro. 25, se dispone labrado de acta contravencional por infracción al art. 103 CC, a quien identifica como Ciriaco Felipe JUAREZ DNI 30437372, domiciliada en Bolívar 671, José C. Paz, PBA, secuestro del arma impropia, vistas fotográficas y croquis. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que, en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal”

Habiendo repasado las descripciones con las que cuento para realizar el debido control jurisdiccional de las detenciones y requisas, es dable señalar que las 51 actividades policiales reseñadas en este sub acápite se llevaron adelante sin que el oficial actuante brinde explicaciones precisas que arrojen mayores detalles o indicios que lo llevaran a concluir que debía proceder de tal modo.

En efecto, ni siquiera se describen hechos o conductas concretas, sino antes bien actitudes que a juicio del policía resultaron ser “sospechosas” “de merodeo” o “merodeando”.

De este modo, compelida a revisar lo actuado, es que observo que el acto inicial que diera origen a las detenciones y requisas se encuentra viciado de nulidad.

En efecto, no se ha dejado ni siquiera mínimamente en claro cuál fue la situación de excepción que dio origen a la restricción de libertad ambulatoria de los presuntos contraventores. Es decir, la detención se produce y es convalidada por la fiscalía sin mayores elementos que la propia subjetividad del efectivo policial, que consiste en una formulación estereotipada que justifica la detención para requisar y secuestrar sin orden, carente de toda exteriorización del razonamiento que lo llevó a concluir en la necesidad de proceder a la detención.

Ello, pues no es posible inferir que merodear o tener una actitud sospechosa y vivir en la calle puedan constituir una información cierta, suficiente y concreta para inferir razonablemente desde el punto de vista del observador criterioso que probablemente la persona fuese autora de alguna infracción contravencional. Por el contrario, la actuación policial luce a las claras como un método de hostilidad contra grupos sociales vulnerables infringiendo el principio de igualdad y de no discriminación. Ninguno de los supuestos se presenta como un caso de flagrancia que la ley procesal habilita para la procedencia de las medidas de intrusión sin orden judicial, así como tampoco en virtud del art. 91 de la ley 5688, ni el supuesto del art. 20, 40 y 42 de la LPC.

La inexistencia de circunstancias que funden la legitimidad del procedimiento y la omisión de parte de la autoridad policial de explicar los motivos para detener se desprenden de la propia transcripción de la declaración que fuera puesta en conocimiento de la suscripta.

Aun así, como mencionara anteriormente, el acto fue convalidado por la fiscalía telefónicamente.

De tal forma, considero que todas las detenciones expuestas deben ser declaradas nulas por no cumplir con el estándar de legalidad, por ser arbitrarias y constituir una injerencia irrazonable en la esfera de intimidad de los sujetos afectados.

En efecto, no hay duda de que la detención que da origen a un proceso contravencional debe ser un acto válido, pues es sobre la legalidad de la actividad de la autoridad que se yergue la totalidad del procedimiento y la consecuente producción e introducción de prueba de la contravención. Asimismo, el accionar policial encuentra una vinculación directa e inmediata con la garantía de inviolabilidad de los ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos (art. 18 CN).

Es que, enlazada a esta última idea, tampoco se brindaron explicaciones respecto de la existencia de circunstancias objetivas, previas o concomitantes que habilitaran la requisita sin orden judicial de la persona tras su detención e identificación.

Es decir, nada hacía presumir que existieren otros motivos para detener y sin embargo se avanzó sobre la intimidad de las personas practicando una medida probatoria, sin mayor fundamento que la propia percepción o sesgo del agente policial, que ni siquiera ha podido exteriorizar mínimamente aquellas circunstancias que lo llevaran a determinar que debía avanzar sobre los derechos de estos presuntos contraventores. Dicho de otra manera, nada hacía inferir que estas personas tuvieran en su poder elementos constitutivos de delitos o contravenciones, o elementos que pudieran ser utilizadas para cometerlos ni tampoco motivos urgentes o situaciones de flagrancia.

Por ello, entiendo que el avance en las medidas practicadas sin razonabilidad implica se encuentra intrínsecamente vinculada a la situación de extrema vulnerabilidad de las personas en situación de calle (art. 5, ley 27654).

De tal forma es que, en atención a las consideraciones brindadas respecto de los supuestos habilitantes para proceder a la requisita de las personas, no quedan dudas que al igual que las detenciones, estas deben ser tachadas de nulidad.

Consecuentemente también se declarará la nulidad de los secuestros y de todo lo actuado en consecuencia.

B. Actividades vinculadas con economía de subsistencia.

1) DEN 1188710: “detiene la marcha de un hombre que buscaba cosas dentro de los contenedores”.

“...16 días del mes de junio del 2024, siendo las 11:10h se comunica con la OCRD el Of Mayor Juárez de la comuna 11, LP 13545, a fin de realizar una consulta. Refiere que estando en recorrida detiene la marcha de un hombre que buscaba cosas dentro de los contenedores, al solicitarle la documentación, entre su ropa, tiene un cuchillo estilo tramontina. Calle: Pedro Lozano 5102, CABA. Contraventor: Adolfo Cuenca, DNI 21350822, domicilio en la calle Dominico Succio 4460, José C Paz. El oficial nos informa que pasado por el sistema POC no posee impedimentos”.

2) DEN 1188717: “visualizar a una persona de sexo masculino quien se encontraba revisando un tacho de basura con la mitad del cuerpo dentro del mismo”.

“...16 de junio de 2024, siendo las 11:58 hs se comunican desde el abonado 1124695471 quien se identifica como Oficial Mayor LP 42268 Escobar Gabriel, comisaria vecinal 11-A, en recorrido de la jurisdicción al llegar a la catastral Caracas 2700, CABA, pudo visualizar a una persona de sexo masculino quien se encontraba revisando un tacho de basura con la mitad del cuerpo dentro del mismo. Se procedió a su identificación resultando Aguirre Juan Marcelo, DNI 23962028, domicilio Calderon de la Barca 5051, Jose C. Paz, PBA, a quien se le encontró un cuchillo tipo de 20 cm aproximadamente el cual tiene una empuñadura de plástico color azul de 7 cm aproximadamente y un palo de madera para escoba de aproximadamente 60/70 cm el cual en su punta posee adherido una barra metálica de 15 cm, refiriendo que los utiliza para la recolección de elementos que no llega a agarrar dentro de los tachos y cortar cuerdas o cordones. Por tal motivo se procede a labrar actuaciones por infracción al Art. 103 del CC conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano a cargo de la fiscalía PCyF N° 25, al identificado. Se procede al secuestro de lo informado”.

3) DEN 1188867: “visualizar a dos personas, una de sexo masculino y una de sexo femenino quienes se encontraban con 2 carros recolectando basura de un tacho que allí se encontraba” (personas en situación de calle).

"...17 de junio de 2024, siendo las 12:06 hs se comunican desde el abonado 1134000405 quien se identifica Oficial LP 44553 Peña Cristian Adrian, comisaria vecinal 7-B, en recorrido de la jurisdicción al llegar a la catastral Agustín de Vedia 2268, CABA, pudo visualizar a dos personas, una de sexo masculino y una de sexo femenino quienes se encontraban con 2 carros recolectando basura de un tacho que allí se encontraba. Se procedió a su identificación resultando Lencina Andrea Celeste, DNI 34301341, domicilio situación de calle, consultada si requiere asistencia del BAP contesta que no, a quien se le encontró un cuchillo tipo tramontina de 15 cm con mango negro y una tijera con punta de 10 cm, Ramon Rosa Leguizamon, DNI 26169918, domicilio situación de calle, consultado si requiere asistencia del BAP contesta que no, a quien se le encontró un cuchillo con punta sin marca tipo acero de 15 cm aproximadamente, ambos manifiestan que utilizan los elementos para cortar cartones o romper bosas dentro de los tachos de basura. Por tal motivo se procede a labrar actuaciones por infracción al Art. 103 del CC conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano a cargo de la fiscalía PCyF N° 25, a los identificados. Se procede al secuestro de los cuchillos. Consultado el sistema POC no poseen impedimentos. Horario de labrado 12:10 hs y 12:15 hs respectivamente. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal"

4) DEN 1188864: "en situación de calle, a quien se detuvo para revisarlo debido a que estaba próximo a un contenedor de basura" (persona en situación de calle).

"...17 días del mes de junio del 2024, siendo las 12:20 hs se comunica el Oficial Primero Ballesteros, LP 6267, de la comuna 9A, a fin de informar que, encontrándose en mediaciones de su jurisdicción, más precisamente en Navarro 4227, de esta ciudad, le fue dable observar a un masculino el cual se encontraba en la zona a quien identifico como Néstor Emanuel RAMIREZ, DNI: 32265080, en situación de calle, a quien se detuvo para revisarlo debido a que estaba próximo a un contenedor de basura, y se encuentran con que llevaba un consigo un cuchillo de manga plástica con hoja metálica lisa. POSF en turno, se labra acta a las 12:38 hs, por art. 103 (Portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique) se procede al secuestro del elemento, croquis del lugar y vistas fotográficas. Consultado el listado de comparendos, paraderos y rebeldías que fueran informados mediante oficio y/o mail en esta OCRD no registra impedimentos. Se le ordena al personal policial se notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal."

5) DEN 1188878: "se encontraba una persona de sexo masculino revisando los contenedores de basura".

"...17 de junio de 2024, siendo las 14:16 hs se comunican desde un abonado quien se identifica como Oficial 1° Brenda Alarcón LP: 77210, departamento comunal 7 C quien, encontrándose en la calle Neuquén 2408, CABA se encontraba una persona de sexo masculino revisando los contenedores de basura, identificado como: Santos Nicolás Acosta DNI: 24871056, domiciliado en la calle Canadá 6879 Moreno PBA quien fue captada con un hierro con empuñadura y punta con filo de 13 cm. A raíz, de esto siendo las 14:20 hs por orden del Sr. Fiscal de turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N°24, se procede a efectuar el labrado de acta por el art 103 CC y aprobar la medida cautelar del secuestro del arma, se toman vistas fotográficas y croquis del lugar. Se informa que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Consultado el listado de comparendos, paraderos y rebeldías que fueran informados mediante oficio y/o mail en esta OCRD el contraventor no registra impedimentos".

6) DEN 1188924: "pudieron notar la presencia de un masculino que se encontraba ingresando a los locales de la zona pidiendo dinero" (persona en situación de calle).

"...17 días del mes de junio del 2024, Siendo las 18:00 horas, se comunica el Oficial Mayor Molina, LP: 18113, perteneciente a Cría. Vecinal 11A, quien nos informa que se encuentra en la calle Cuenca 3100, CABA, en donde pudieron notar la presencia de un masculino que se encontraba ingresando a los locales de la zona pidiendo dinero. Se procedió a identificar al nombrado, Nelson Gabriel MONTENEGRO, DNI: 40631684, domicilio: en situación de calle. A quien se le solicitó que exhiba sus pertenencias, en donde pudieron divisar un cuchillo de tipo tramontina con mango de madera marrón de unos 20 centímetros de largo. Por tal motivo, siendo las 18:20hs., se procede a labrar ac-

tuaciones por infracción al art. 103, secuestro del elemento mencionado, vista fotográfica, croquis del lugar, e intimación al cese, además de notificación al Juzgado en turno. Por orden del Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Néstor Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF Nro. 25, se dispone a confirmar las actuaciones labradas y convalidar la medida cautelar adoptada.”

7) DEN 1190192: “presencia de un masculino juntando cartones”.

20 días del mes de junio del 2024, siendo las 11:32 hs se comunica desde el abonado 1165177075, el Oficial 1° Minnicelli Ezequiel LP 11468, de Com. vecinal 10 B, a fin de informar que, recorriendo la zona, observa en la calle Madrid al 6900, CABA, la presencia de un masculino juntando cartones, a quien proceden a identificarlo y en sus pertenencias se le encuentra un cuchillo tipo tramontina. Ante lo dicho, siendo las 11:37 hs POSF Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF nro. 25, se dispone labrado de acta contravencional por infracción al art. 103 CC, a quien identifica como Claudio Alberto BARBERIO DNI 21832433, domiciliado en Madrid 6719, CABA, secuestro del arma impropia y vistas fotográficas.”

8) DEN 1190200: “la presencia de un masculino juntando cartones”.

“...a los 20 días del mes de junio del 2024, siendo las 11:40 hs se comunica desde el abonado 1165177075, el Oficial 1° Minnicelli Ezequiel LP 11468, de Com. vecinal 10 B, a fin de informar que, recorriendo la zona, observa en la calle Madrid al 6900, CABA, la presencia de un masculino juntando cartones, a quien proceden a identificarlo y en sus pertenencias se le encuentra un sacabujía que puede ser utilizado como arma impropia. Ante lo dicho, siendo las 11:45 hs POSF Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF nro. 25, se dispone labrado de acta contravencional por infracción al art. 103 CC, a quien identifica como Juan Carlos WAMBA DNI 26282904, domiciliado en Reilly 631, Merlo, PBA, secuestro del arma impropia y vistas fotográficas.”

9) DEN 1190436: “pudo visualizar a un masculino en actitud de ´ cartonero ´” (en situación de calle).

“...21 días del mes de junio del 2024, siendo las 19:30h se comunica con la OCRD, el Oficial Primero LP 46355, SCHABEHORN, Julio, de la comisaria 7 A, tel: 1559812694, para realizar la siguiente consulta. Refiere que estando en recorrida, pudo visualizar a un masculino en actitud de “cartonero”, sobre la calle Varela 1802, CABA. Al identificarlo, entre sus pertenencias tenía un cuchillo de estilo “tramontina” con mango de color azul y tenía abajo del carrito un montón de cables con las puntas cortadas. Contraventor: Claudio Rubén Zarate, DNI 24262322, domicilio en situación de calle. El contraventor tiene un ingreso el día 126/06/2024 por art 109CC, por tal motivo se le indica al Oficial que realice consulta con UFLA. Nos comunicamos con el Oficial, quien informa que realizo consulta con el Dr. Ezequiel Gastón Gradella, quien POSF Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la UFLA OESTE, dispone, labrar por art 103 CC siendo las 19:40h, aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada, intimar al cese de la conducta, foto del elemento secuestrado y por los cables, no tomar temperamento. Consultado el listado de paraderos y comparendos compulsados en esta OCRD, el contraventor no posee impedimento”.

10) DEN 1190519: “observo a una persona de sexo masculino detrás de un contenedor de basura en la vía pública”.

“...22 de junio de 2024, siendo las 09:48 hs se comunican desde un abonado quien se identifica como el Oficial Mercado LP45592, del departamento comunal 11-B quien, informo que encontrándose recorriendo en la calle Allende 3741, CABA, observo a una personas de sexo masculino detrás de un contenedor de basura en la vía pública, y al entrevistarlo encontraron entre sus pertenencias un fierro con punta doblada de mando de plástico color negro, de aproximadamente 50cm, identificando a Lucas Damián Albarracín DNI: 42886188, domiciliado en la calle Ángel Gallardo 2886 Partido de San Miguel PBA. Consultado si el contraventor explico el motivo por el cual portaba el elemento, informo que no. Es por ello que, por orden del Sr. Fiscal de turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyFn° N°25, se procede a efectuar el labrado de acta por el art 103 CC a las 09:53hs y aprobar la medida cautelar del secuestro de los elementos, tomar vistas fotográficas y croquis del lugar. que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Por último, el oficial informo que, no posee impedimentos.”

11) DEN 1190372: “observo a una persona de sexo masculino que oficiaba de cartonero”.

“...22 de junio de 2024, siendo las 11:35 hs se comunican desde un abonado quien se identifica como el Oficial Inspector Vargas LP8536, del departamento comunal 11-A quien, informo que encontrándose recorriendo en la calle Terrada 1898, CABA , observo a una personas de sexo masculino que oficiaba de cartonero, y al entrevistarlos encontraron entre sus pertenencias un cuchillo tipo tramontina de mango de madera color marrón de aproximadamente 15cm, identificando a Martin Alberto Ramírez DNI:4094885, domiciliado en la calle Furmier 2152, partido de José C Paz PBA. Consultado si el contraventor explico el motivo por el cual portaba el elemento, informo que lo encontró en la calle. Es por ello que, por orden del Sr. Fiscal de turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyFn° N°25, se procede a efectuar el labrado de acta por el art 103 CC a las 11:39hs y aprobar la medida cautelar del secuestro del elemento, tomar vistas fotográficas y croquis del lugar. que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal.”

12) DEN 1190617: “pudo notar la presencia de un masculino que se encontraba revisando un contenedor de basura” (se encuentra en situación de calle).

“...22 días del mes de junio, siendo las 19:30hs., se comunica el Of. 1° Ammirata, perteneciente a la Comisaria Vecinal 7A., a fin de informar que se encontraba recorriendo su jurisdicción, cuando en la calle Castañares 2350, CABA., pudo notar la presencia de un masculino que se encontraba revisando un contenedor de basura, a quien se lo detiene un momento para que justifique su presencia en el lugar, exhibiendo de su mochila un cuchillo tipo tramontina con mango negro, el cual refiere utilizar para comer. Por tal motivo, se procede a la identificación del masculino, quien seria LAGO, Brian Ezequiel, DNI. 40145493, en situación de calle, a quien P.O.S.F el Dr. Roberto Néstor Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N°25, UFO, a las 19:35hs., se le labra acta por art. 103 y se procede al secuestro del elemento, vista fotográfica, y se le solicita al interventor que se notifique al contraventor los alcances del Art. 239 CP.”

13) DEN 1190640: “constatar la presencia de un masculino revolviendo basura”.

“...22 días del mes de Junio del año 2024, siendo las 22:30hs se recibe un llamado desde el abonado 11-2372-8301 por parte del Oficial Primero Juárez José Martin, LP 42993, perteneciente a la Comisaria 7 A, quien informa que recorriendo el ejido jurisdiccional por Avelino Díaz 2370, Caba, pudo constatar la presencia de un masculino revolviendo basura. Se procede a identificar al masculino como Francisco Edilberto Quintana, DNI 24911213, domiciliado en la calle Itati 1277, Lomas de Zamora, y que mediante el cacheo se encuentra que tenia en su posesión un Destornillador de 30 cm. Siendo las 22:33hs

P.O.S.F en turno se procede al labrado de actuaciones por arma impropia, vistas fotográficas, croquis, informen los alcances del 239 C.P y secuestro del elemento.”

En este punto caben todas las consideraciones vertidas al momento de analizar el sub acápite anterior, por cuanto en definitiva no se describe en ninguno de los casos mencionados una situación habilitante de las medidas de injerencia practicadas.

Sin perjuicio de ello, debo mencionar que todas las 14 personas —si bien hay trece denuncias agrupadas en este sub acápite, una de ellas refiere a una pareja— que sufrieron afectaciones en su libertad ambulatoria y su intimidad cuya validez aquí se analiza, pertenecen a un colectivo de extrema vulnerabilidad y estructuralmente desventajado, en los términos del art. 5 de la ley nro. 27654 de personas en situación de calle y familias sin techo.

La citada normativa establece que este grupo —que vio afectada su libertad ambulatoria y su intimidad— sufre una grave restricción para el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos. Efectivamente, el art. 6 de la mentada pieza legislativa prevé que el Estado debe asegurar su derecho a la dignidad personal, y “eliminar toda discriminación o estigmatización hacia las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle, estableciendo a la vez condiciones que permitan el ejercicio de su autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad y de la subjetividad”.

Sentado aquello, se observa que el accionar policial de manera ostensible en virtud de las declaraciones analizadas procedió a la detención y a la requisa de estas personas, de manera individual y cada uno según un sesgo generalizado —el cual surge inequívocamente del análisis integral del

presente acápite— por el mero hecho de realizar actividades de subsistencia consistentes en revisar containers o tachos de basura o en pedir dinero.

En efecto, no surge ninguna otra descripción de los hechos que no se encuentre vinculada a la situación de extrema vulnerabilidad de estas personas.

Entonces, sumado a los análisis precedentes, que determinan ya de por sí la nulidad de las detenciones y requisas, aquí se agrega otro factor que es el aquí mencionado: no solo no había razones suficientes para avanzar sobre los derechos de estas personas, sino que las justificaciones brindadas para ello resultan estigmatizantes, discriminatorias y contrarias a la ley.

Arroja mayores inconvenientes lo actuado por la policía y asimismo convalidado por la Fiscalía, toda vez que además se procedió al secuestro de los elementos que en muchos casos manifestaron utilizar para llevar adelante su actividad de recicladores urbanos, tales como cuchillos que utilizaban para romper o cortar cartones, o, asimismo, para comer —sobre lo cual también me expediré en lo sucesivo, al momento de tratar la tipicidad de la conducta—.

Por todo ello resulta ser un imperativo legal declarar la nulidad de la detención, la requisas y el secuestro de los elementos, así como también de todos los actos practicados en consecuencia.

C. Control poblacional de personas que oficiaban como cartoneros

1) DEN 1188734: “en virtud de control poblacional y de las directivas impartidas por la superioridad detiene la marcha de un hombre que oficiaba de cartonero en la zona”.

“...16 días del mes de junio del 2024, siendo las 15:35h se comunica con la OCRD el Oficial Mayor Romano Lp 10278, a fin de realizar una consulta. Refiere que en virtud de control poblacional y de las directivas impartidas por la superioridad detiene la marcha de un hombre que oficiaba de cartonero en la zona, al solicitarle la documentación, entre su ropa, tiene un cuchillo estilo tramontina. Calle: Bufano 1674, CABA. Contraventor: William Sebastián Amaya, DNI 47061069, DDO. En la Calle Atahualpa 1940, La Reja, Moreno. El oficial nos informa que pasado por el sistema POC no posee impedimentos. POSF Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la UFO 25, dispone, labrar por art 103 CC siendo las 15:40h, aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada, intimar al cese de la conducta, foto del elemento secuestrado. Consultado el listado de paraderos y comparendos compulsados en esta OCRD, el contraventor no posee impedimentos. Consultado el sistema informático kiwi el contraventor no registra ingresos previos en los últimos 10 (diez) días. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal.”

2) DEN 11887863: “estando en recorrida en virtud de control poblacional detiene la marcha de un hombre que estaba en la zona oficiando de cartonero”.

“...17 días del mes de junio del 2024, siendo las 12:10h se comunica con la OCRD el Oficial Mayor Romano Lp 44169, a fin de realizar una consulta. Refiere que estando en recorrida en virtud de control poblacional detiene la marcha de un hombre que estaba en la zona oficiando de cartonero, al solicitarle la documentación, entre su ropa, tiene un cuchillo estilo tramontina. Calle: Cuzco 401 y Av Juan B Justo, CABA. Contraventor: Oscar Rolando Ortiz, DNI 36457949, argentino, de 29 años DDO. en situación de calle. El oficial nos informa que pasado por el sistema POC no posee impedimentos. POSF Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la UFO 25, dispone, labrar por art 103 CC siendo las 12:40h, aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada, intimar al cese de la conducta, foto del elemento secuestrado. Consultado el listado de paraderos y comparendos compulsados en esta OCRD, el contraventor no posee impedimentos. Consultado el sistema informático kiwi el contraventor no registra ingresos previos en los últimos 10 (diez) días. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal.”

El análisis de estos dos casos debe necesariamente estructurarse sobre la base de lo dicho en el sub acápite anterior, por cuanto se trata de personas que se encontraban desplegando actividades de subsistencia y las razones de la detención, justamente, se valieron de esta actividad.

A ello debe agregarse que el motivo por el cual se los detiene es en razón de un “control poblacional” que no individualiza ni se describe conductas precisas, tanto en la necesidad de llevarlo a cabo, como en el objetivo del mismo.

Siguiendo dicha línea, tampoco se avizora que exista relación entre “oficiar de cartonero” y el “control poblacional”, máxime cuando no parecería existir ninguna circunstancia que controlar, toda vez que se trataba de personas ejerciendo una actividad lícita.

Por ende, adunado al dictado de la nulidad de la detención, requisa y secuestro, en este punto debo llamar la atención de la inseguridad social que entraña la realización de medidas generales que importan una restricción de derechos sin justificativo alguno. En efecto, como se mencionó anteriormente, el control de legalidad de las medidas efectuadas es la garantía que protege los derechos de las personas susceptibles de ser afectados por la ejecución de medidas estatales sin observarse los criterios de legalidad, necesidad, idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Sentado aquello, también habré de declarar la nulidad de todo lo actuado en consecuencia.

D. Detenciones y requisas practicadas sin expresión de motivos

1) DEN 1188726: “visualizar a una persona de sexo femenino a quien identificaron”. (se encuentra en situación de calle).

“...16 de junio de 2024, siendo las 13:34 hs se comunican desde el abonado 1150460145 quien se identifica como Oficial Benavidez LP56081, comisaria vecinal 7-B, en recorrido de la jurisdicción al llegar a la catastral Av. Cobo 1199, CABA, pudo visualizar a una persona de sexo femenino a quien identificaron, le consultaron por sus pertenencias y refirió tener una media tijera de unos 10 cm de largo. Se procedió a su identificación resultando Gisela Suarez, DNI 34058631, domicilio situación de calle, consultada si desea asistencia del BAP contesta que no, a quien se le encontró media tijera de acero de 10 cm. Por tal motivo se procede a labrar actuaciones por infracción al Art. 103 del CC conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano a cargo de la fiscalía PCyF N° 25, a la identificada. Se procede al secuestro de lo informado. Consultado el sistema POC no posee impedimentos. Horario de labrado 13:45 hs. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Consultado el sistema informático kiwi el contraventor no registra ingresos previos.”.

2) DEN 1188795: “momento en el visualiza a (1) persona de sexo masculino”. (se encuentra en situación de calle”.

“...17 días del mes de junio 2024, siendo las 01:25 hs se comunica Oficial Arregín LP:14209, perteneciente a la comisaria comuna 7, refiere que se encontraba realizando una recorrida preventiva sobre la Avenida Varela 1500, CABA, momento en el visualiza a (1) persona de sexo masculino, al momento de ser requisado, se identifica al masculino como Rolon Fernando Nicolás, DNI 37790139, en situación de calle, quien tenía entre sus pertenencias un cuchillo tipo tramontina, POSF, Dr. ROBERTO NESTOR MARAGLIANO a cargo de la UFO FCYP No. 25, quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada del secuestro del elemento, croquis del lugar, vistas fotográficas intimar al cese de la conducta y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal, siendo las 01:30 hs se procede al labrado de actuaciones por infracción al art 103 CC. Consultado el listado de comparendos, paraderos y rebeldías que fueran informados mediante oficio y/o mail en esta OCRD el contraventor citado no registra impedimentos, ni labrados anteriores a la fecha de esta contravención.”.

3) DEN 1188887: “pudo constatar la presencia de un (1) persona de sexo masculino”.

“...17 días del mes junio de 2024, siendo las 15. 10 horas, se comunica telefónicamente desde el abonado 1167318081. el Oficial Alarcón LP 77210 perteneciente a la Comisaría Vecinal 7 C quien en recorrida de su jurisdicción sobre la Calle Terrero 885 de esta Ciudad, pudo constatar la presencia de un (1) persona de sexo masculino, al visualizar al masculino tras previa requisa observa dentro de la mochila un cuchillo tipo tramontina con mango de plástico de color rojo de 20 cm, el Oficial Alarcón LP: 77210 manifiesta que este cuchillo lo utiliza para romper la bolsa y escarbar la basura por lo que se procedió a identificar al mismo como Erwin Daniel ACOSTA DNI: 95057089 de 21 años nacionalidad paraguayo domiciliado en La calle Rio Negro y San Nicolás Barrio Atalaya Moreno Provincia de Buenos Aires siendo las 15.15 horas, conforme lo ordenado por el Sr. Dr. Roberto Maragliano Fiscal en turno de la Unidad Fiscalía OESTE cargo de la Fiscalía PCyF N° 25 a realizar croquis, vista fotográfica, secuestró, cese de la conducta, aprobando lo actuado y convalidando la

medida cautelar adoptada" Se le informa al oficial que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Se Deja constancia que el personal policial informó que el contraventor no posee Contravenciones en los últimos."

4) DEN 1189292; "recorriendo el área jurisdiccional y realizando un control rutinario de identificación por la zona, identifica a..." (se encuentra en situación de calle).

"... 8 días del mes de junio del 2024, siendo las 11:55hs, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, el Oficial 1° IBARRA, LP 15297, perteneciente a la comisaria vecinal 10-C, a fin de informar que, recorriendo el área jurisdiccional y realizando un control rutinario de identificación por la zona, identifica a masculino de nombre FERNANDEZ Ramón Alberto, DNI 31.236.693, argentino de 39 años de edad, domiciliado en situación de calle, sita en la calle Rafaela 3900, CABA, quien al cachearlo, notaron que en el interior de su campera tenía (1) cuchillo de metal. Se procede al labrado de actuaciones por Art. 103, vista fotográfica del cuchillo y del contraventor y el secuestro del elemento. A su vez, que verificado sistema POC los contraventores no posee impedimentos de ningún tipo. Horario de labrado: 12:00hs".

5) DEN 1189560: "donde dan con un masculino". (se encuentra en situación de calle).

"...18 de junio de 2024 se recibe llamado a esta OCRD de un personal policial Oficial Mayor LP 72766 Sangermes comisaría 9B, quien se encontraba recorriendo el ejido jurisdiccional hasta llegar a la calle Gana 100, de esta ciudad, donde dan con un masculino, al cual luego de identificarlo, le solicitan que exhiba sus pertenencias, y deja ver un cuchillo tipo tramontina con mango de plástico, por lo que se labra acta contravencional con horario de las 20:30 horas, al señor JUAN CARLOS CHIMURRI GIMENEZ, con DNI 35373384 quien al momento de cotejar listado de comparendos y EPOC la persona no posee impedimento alguno para la circulación ni reitera el actual comportamiento en los últimos 10 días. Por tal motivo se procede a labrar actuaciones por infracción al Art. 99 del CC conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano, fiscalía PCyF N° 25, resultando identificado JUAN CARLOS CHIMURRI GIMENEZ, horario de labrado 20:30 hs. Se convalida la medida cautelar del secuestro de un cuchillo tipo tramontina con mango de plástico, se toman vistas fotográficas, se realiza croquis, se intima al cese."

6) DEN N° 1189597: "visualiza a (1) persona de sexo masculino".

"...19 días del mes de junio del 2024, siendo las 00:20 hs se comunica Oficial mayor Aranda Leonardo LP:5726, perteneciente a la comisaria comuna 10, refiere que se encontraba realizando una recorrida preventiva sobre la Avenida Beiro 5365, CABA, momento en el visualiza a (1) persona de sexo masculino, al momento de ser requisado, se identifica al masculino como Rolando Chamorro, DNI 40283574, domiciliado en la calle Alfonso Reyes 1125, la matanza, PBA, quien tenía entre sus pertenencias tenía un cuchillo tipo tramontina, POSF, Dr. ROBERTO NESTOR MARAGLIANO a cargo de la UFO FCYP No. 25, quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada del secuestro del elemento, croquis del lugar, vistas fotográficas intimar al cese de la conducta y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal, siendo las 00:25 hs se procede al labrado de actuaciones por infracción al art 103 CC."

7) DEN 1190071: "se encontraba una persona de sexo masculino a quien revisan por control". (se encuentra en situación de calle).

"... 20 de junio de 2024, siendo las 10:40 hs se comunican desde el abonado 1134737448, quien se identifica como Oficial Ariel Torres Tapia LP: 43575, departamento comunal 11 A quien, encontrándose en la calle Belaustegui 3236, CABA se encontraba una persona de sexo masculino a quien revisan por control y se encuentra entre sus pertenencias un cuchillo que según sus dichos utiliza para pelar cables, identificado como: Rubén Darío Carbone DNI: 25593408, en situación de calle quien fue captado con un cuchillo tipo carnicero de 30 cm. A raíz, de esto siendo las 10:50 hs por orden del Sr. Fiscal de turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N°25, se procede a efectuar el labrado de acta por el art 103 CC y aprobar la medida cautelar del secuestro del arma, se toman vistas fotográficas y croquis del lugar. Se informa que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal."

8) DEN 1190258: "se encontraba una persona de sexo masculino". (se encuentra en situación de calle).

"... 20 días de junio del 2024, siendo las 19:30hs nos comunicamos con el abonado 11 4075 5811 quien se identifica como Oficial GOMEZ Cristian, Ip 56311, de la comisaria vecinal 7ª, quien encontrándose en la calle Perito Moreno 1700, ya que se encontraba una persona de sexo masculino, al momento de identificarlo, y requisarlo, se encontró una (1) varilla de acero de 5 centímetros, mango color negro que lo tenía entre sus prendas. Siendo las 19:35hs se procede al labrado de actuaciones por Art. 103 C.C. se identifica al contraventor como Adolfo ZIMMERMANN, DNI 20437463, edad 55 años, en situación de calle. Es por ello que, procede al labrado de actuaciones por el art 103 CC a las 19:35 y secuestro del elemento, por orden del Sr. Fiscal en turno Dr. Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía PCYF25. OESTE., quien convalida la medida cautelar adoptada, como también la intimación al cese de la conducta, vistas fotográficas, croquis y se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. no posee impedimentos a través del sistema POC."

9) DEN 1190294: "momento en el visualiza a (1) persona de sexo masculino".

"...21 días del mes de junio 2024, siendo las 01:50 hs se comunica Oficial Ibarra Karen LP:15297, perteneciente a la comisaria comuna 10, refiere que se encontraba realizando una recorrida preventiva sobre la Avenida Rivadavia 7904, CABA, momento en el visualiza a (1) persona de sexo masculino, al momento de ser requisado, se identifica al masculino como Luis Alberto Ramírez , DNI 29497235, domiciliado en la calle Cayasta 3259, CABA, quien tenia entre sus pertenencias un cuchillo tipo tramontina con mango de plástico negro, POSF, Dr. ROBERTO NESTOR MARAGLIANO a cargo de la UFO FCYP No. 25, quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada del secuestro del elemento, croquis del lugar, vistas fotográficas intimar al cese de la conducta y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal, siendo las 01:55 hs se procede al labrado de actuaciones por infracción al art 103 CC."

10) DEN 1190308: "visualiza a (1) persona de sexo masculino".

"...21 días del mes de junio 2024, siendo las 03:01 hs se establecio comunicación telefónica al abonado 1123199826 con el Inspector Urdanivia Juan L.P:7127, perteneciente a la comisaria comuna 11, refiere que se encontraba realizando una recorrida preventiva sobre la calle Juan B Justo N° 4048, CABA, momento en el visualiza a (1) persona de sexo masculino, al momento de ser requisado, se identifica al masculino como Fiore Agustín Esteban, DNI 26.258.605, domicilio en la calle Juan Agustín Garcia N° 1992, CABA, quien tenia entre sus pertenencias un cuchillo tipo tramontina con mango de color negro de plástico, de unos 10 cm negro. Siendo las 03:06 horas se procede al labrado de actuaciones por Art. 103 C.C. Se procede al secuestro del cuchillo, vistas fotográfica, croquis del lugar y se lo intima al cese de la conducta. El contraventor no posee impedimentos a través del sistema POC. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal."

11) DEN 1190524: "le fue dable observar la presencia de un masculino".

"...22 días de junio del año 2024, siendo las 10:25 horas, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, el Oficial BENITEZ Carolina, LP 5531, de la comisaria 11 B, toda vez que tras encontrarse recorriendo el ejido jurisdiccional, más precisamente en la calle Joaquín V González 4400, CABA donde le fue dable observar la presencia de un masculino, quien fue identificado como TOLOZA Gustavo Alfredo, DNI: 32093117, de nacionalidad argentina, de 38 años de edad, domiciliado en Noriega 4426, José C Paz, provincia de Buenos Aires, quien se encontraba en situación sospechosa, se procede a revisarlo y tenía en su mochila un destornillador con punta limada con filo con mango de color celeste. Frente al hecho relatado, se procedió a labrar actuaciones por art. 103 del CC. secuestro del elemento mencionado, croquis y vista fotográfica. Se indica al preventor que por orden del Sr. fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Unidad Fiscal Oeste, Fiscalía PCyF N° 25 dispone aprobar lo actuado y confirmar la medida cautelar adoptada. Asimismo, se deberá intimar al cese de la contravención haciendo saber a la persona involucrada

como autora del hecho que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal.”

12) DEN 1190710: “se encontraba una persona de sexo masculino”.

“...23 días de junio del 2024, siendo las 10:40 hs se comunican desde un abonado desconocido quien se identifica como Oficial mayor Castillo Gabriel Alberto, , LP 8833, TEL: 11-6745-6671 de la comisaria vecinal 11- A, quien encontrándose en Terrada 1657 , CABA, se encontraba una persona de sexo masculino identificado como: Godoy Rodrigo, DNI 41926765, edad: 29 años, ddo. en calle 857, 2742, entre calle 899 y 24, Quilmes, PBA, TEL: 11-6655-3938. Agrega que dicha persona fue captada con una (01) cuchilla en punta con mango de madera de aproximadamente 15 cm. A raíz, de esto siendo las 10:45 hs por orden de el Sr Fiscal de turno, Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía PCyF N° 25, se procede a efectuar el labrado de acta por el art 103CC y aprobar la medida cautelar del secuestro del arma, se toman vistas fotográficas y croquis del lugar. Consultado el listado de comparendos, paraderos y rebel días que fueran informados mediante oficio y/o mail en esta OCRD el contraventor no registra impedimentos. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Consultado el sistema informático kiwi el contraventor no registra ingresos previos”.

13) DEN N° 1190794: “donde identifica a un masculino a quien identifica” (en situación de calle).

“...23 días del mes de junio siendo las 23:11 hs se comunica un abonado desconocido quien se identifica como of mayor Falcon Marcela LP71850 a fin de informar que en la Av. Nazca 1350 CABA donde identifica a un masculino a quien identifica como Nieva Ramon Armando DNI 31954298 en situación de calle, el mismo tras ser identificado se le visualiza en el interior de su mochila una cuchillo tipo tramontina de mango de madera de unos 30cm aproximadamente, se labra acta a las 23:14 hs fotos croquis y se procede al secuestro del objeto ya mencionado. Se intima al cese haciendo saber a la persona involucrada como autora del hecho que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Consultado el listado de comparendos/paraderos/re beldías que fueran informados mediante oficio o email en la OCRD, el contraventor citado no registra impedimentos. Por tal motivo se procede a labrar actuaciones por infracción al Art. 103 del CC conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano, fiscalía PCyF N° 25. horario de labrado 22:45 hs. Se convalida la medida cautelar del secuestro de, (cuchillo tipo tramontina de mango de madera de unos 30cm aproximadamente) se toman vistas fotográficas y se realiza croquis.”

14) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 16/06 a la 01.00: “Se informa que siendo las 01:00 hs se labra acta contravencional por infr art 103 CC a Fabio David Baccon, dni 22.963.740 y se convalida el secuestro de un cuchillo tipo tramontina de color negro. Interviene CV 7A. Hecho ocurrido en Perito Moreno y Varela. Fdo. Federico Brombini, Área de Flagrancia”.

15) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 16/06 a las 12:45: “Se informa, que siendo la 12:45 horas se labró acta contravencional por artículo 103, portar armas no convencionales, contra Gisella Suarez, DNI 34.058.631, argentina de 35 años, en la intersección de la Avenida Cobos y Centenera. Que atento al hecho se procedió conforme al artículo 19, inciso c), de la LPC y, en consecuencia, al secuestro de una media tijera, de aproximadamente 10cm. Intervino CV 7B Oficial Benavidez Abelardo.”

16) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 17/06 a las 15:55: “Se informa, que siendo la 15:55 horas se labró acta contravencional por artículo 103, portar armas no convencionales, contra Leandro Alejandro Arias, DNI 38.912.611, argentino de 29 años, en la calle Mom 2242 CABA. Que atento al hecho se procedió conforme al artículo 19, inciso c), de la LPC y, en consecuencia, al secuestro de una tijera. Intervino CV 7B Oficial Sánchez Nicolás.”

17) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 18/06 a las 01.15: “POSAF se

pone en conocimiento que 01:15 hs. se convalidó el secuestro de un cuchillo tipo tramontina con mango plástico de color blanco. Asimismo, se ordenó labrar acta contravencional por infracción al art. 103 del C.C. al Sr. Carlos Albertos Palomeque, DNI 30382767, argentino, de 40 años, en situación de calle. Intervino el Oficial Mayor Mamani Ramón de la Comisaría Vecinal 7 A y el hecho tuvo lugar en la intersección de Av. Cnel. Esteban Bonorino y Av. Riestra, CABA."

18) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 18/06 a las 09.00: "Se informa, que siendo la 09.00 horas se labró acta contravencional por artículo 103, portar armas no convencionales, contra Claudio Norberto Ocampo, DNI 42.405.631, en la calle Av. Asamblea 827 CABA. Que atento al hecho se procedió conforme al artículo 19, inciso c), de la LPC y, en consecuencia, al secuestro de un destornillador con punta y mango verde. Intervino CV 7B Oficial Peña Cristian Adrián".

19) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 18/06 a las 11.51: "Se informa que siendo las 11:51 horas se labró acta contravencional por artículo 103, portar armas no convencionales, contra Fernandez Ramón Alberto, DNI 31.236.693, argentino de 39 años, en la calle Rafaela 3900 CABA. Que atento al hecho se procedió conforme al artículo 19, inciso c), de la LPC y, en consecuencia, al secuestro de un cuchillo de metal marca Guadix. Intervino CV 10C Oficial Ibarra".

20) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 19/06 a las 16.50: "Se informa, que siendo la 16:50 horas se labró acta contravencional por artículo 103, portar armas no convencionales, contra Alfredo Ezequiel Corneiro Lobo, DNI 41.285.939, paraguayo de 23 años, en la calle Martín de Gainza 63 CABA. Que atento al hecho se procedió conforme al artículo 19, inciso c), de la LPC y, en consecuencia, al secuestro de una hoja de cuchillo de metal sin mango. Intervino CV 6B Oficial Mayor González".

21) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 20/06 a las 04.50: "POSAF se pone en conocimiento que, siendo las 04:50 hs., se convalidó el secuestro de una varilla de hierro de aproximadamente 45 cm de largo y se ordenó labrar acta contravencional por infracción al art. 103 del CC al Sr. Jorge Fernando Figueroa, DNI 39103534, argentino, de 29 años, ddo. en Elcano 1559, Merlo, PBA. DATOS PREVENTORA: Oficial 1° Sánchez Rocío, personal de la Comisaría Vecinal 7 B, cel. N° 1130895052. LUGAR DEL HECHO: Av. Riestra al 1733, CABA".

22) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 20/06 a las 11.04: "Se informa, que siendo la 11:04 horas se labró acta contravencional por artículo 103, portar armas no convencionales, contra Ezequiel Nicolás barzala, DNI 36.787.458, argentina de 32 años, en la calle Perito Moreno, altura puerta 5, de la Cancha de San Lorenzo CABA. Que atento al hecho se procedió conforme al artículo 19, inciso c), de la LPC y, en consecuencia, al secuestro de un cuchillo tipo tramontina con mango de plástico negro. Intervino CV7A Oficial Primero Escalante."

23) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 20/06 a las 19.41: "Se informa, que siendo la 19:41 horas se labró acta contravencional por artículo 103, portar armas no convencionales, contra Claudio Rubén Zarate, DNI 24.282.322, arg, de 48 años, en la calle Varela 1802 CABA. Que atento al hecho se procedió conforme al artículo 19, inciso c), de la LPC y, en consecuencia, al secuestro de un cúter. Intervino CV7A Oficial Shabehorn"

24) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 23/06 a las 19.50: "Siendo las 19:50 se convalidó la detención de Lucas Leandro Rubino DNI 41.551.555, arg, de 29 años, y de Lucas Daniel Santana DNI 33.259.619 arg de 36 años ambos por el delito del art 89 de CP, siendo que al último nombrado además se le labró acta contravencional por art 103 y se procedió al secuestro de un cuchillo tipo tramontina. Lugar del hecho Jonte 4859. Intervino CV 10A Oficial Portugal".

25) Mensaje recibido mediante el grupo de WhatsApp creado a efectos de comunicar las detenciones en la segunda quincena del mes de junio en la zona oeste el día 24/06 a las 09.30: "Se

informa, que siendo la 09.30 horas se labró acta contravencional por artículo 103, portar armas no convencionales, contra Esteban Adrián Curio, dni 30.531.094 en la Av. Cobo 1292 CABA. Que atento al hecho se procedió conforme al artículo 19, inciso c), de la LPC y, en consecuencia, al secuestro de un destornillador con la punta aduelderada. Intervino CV7B Oficial Pedalino Daiana”.

Ahora bien, este universo de casos ni siquiera explica el motivo por el cual se detiene a la persona; aun prescindiendo del propio sesgo policial. En efecto, la descripción de los hechos aquí analizados omite expedirse sobre cualquier tipo de circunstancia que no sea tiempo y lugar, lo que necesariamente me compele a considerar que en estos casos los policías obraron de modo absolutamente arbitrario, practicando detenciones, requisas y secuestros ilegales.

De tal modo es que el análisis del marco normativo ya explicado impone la necesaria aplicación de la sanción nulidad respecto de todas las medidas de coerción practicadas —detenciones, requisas y secuestros—, así como también de todo lo actuado en consecuencia

E. Personas que fueran detenidas llevando los elementos a simple vista.

1) DEN N° 1188866: “un masculino con un cuchillo tipo tramontina con mango de plástico color rosa cortando una lata de picadillo”. (se encuentra en situación de calle). “...17 días del mes de junio de 2024, siendo las 12:41 horas, se comunica telefónicamente el Oficial Flavia BRITZ, LP: 28685, perteneciente a la comisaría vecinal 7A, a fin de consultar respecto al labrado contravencional. En relación a los hechos, manifiesta que, se encontraba haciendo recorrido momento en el que observa sobre Avenida Perito Moreno al 2000, CABA, un masculino con un cuchillo tipo tramontina con mango de plástico color rosa cortando una lata de picadillo. Informa que el contraventor estaba bien predispuerto para con el personal policial, no presentando algún tipo de inconveniente extra. Por tal motivo, se ordena labrar actuaciones contravencionales según Art. 103 CC. CABA, al Sr. Carlos Adolfo MARTINEZ, DNI: 27818672, viviendo en situación de calle, quien no posee ningún tipo de impedimentos. Conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, se dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada, identificación, descripción del efecto, vista fotográfica y secuestro del arma no convencional. Horario de labrado: 12:41 horas”.

2) DEN 1188932: “observar la presencia de un masculino [...] quien se encontraba circulando con un destornillador con mango de plástico con punta metálica”.

“...17 días de junio del año 2024, siendo las 18:50horas, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, el Oficial Machuca Jorge, LP 41252 perteneciente a la comunal 10C, que tras encontrarse recorriendo el ejido jurisdiccional, más precisamente en Ramon Falcon 4000 de esta Ciudad, donde le fue dable observar la presencia de un masculino quien fue identificado como Ivan Nicolas Garrido, DNI 39063025, domiciliada El Tiasiano 2373, localidad de Moreno, PBA, en situación de calle quien se encontraba circulando con un destornillador con mango de plástico con punta metálica. El preventor manifiesta que revisado el POC no posee impedimento alguno. Se procede al secuestro de un destornillador. Ante ello y conforme lo consultado y ordenado por el Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía N° 25, UFO, se procede a labrar actuaciones contravencionales por infracción al art. 103 del Código Contravencional e intimar al cese de la actividad con Horario del labrado de acta a las 18:54hs”.

3) DEN N° 188977: “divisar a una transeúnte en la vía pública, con una tijera en sus manos”.

“...18 días de junio de 2024, siendo las 00:50 hs., se comunica vía telefónica, el Oficial Cañelas, LP 22459, perteneciente a Comisaria Vecinal 7 B, teléfono 1157819135, informando encontrarse en la calle Zañartu 1617, CABA, donde recorriendo la jurisdicción, pudo divisar a una transeúnte en la vía pública, con una tijera en sus manos. Asimismo al identificarla, el individuo no manifestó motivo alguno por el que llevaba en las manos dicho elemento, al cual el Oficial describe como una tijera regular de tamaño mediano y sin punta. Se identifica a: Lobelos Agustina Barbara, DNI 40539113, domiciliada en Av. Cnel. Esteban Bonorino 1900, CABA. Siendo las 00:55 hs., P.O.S.F. se ordena labrar acta contravencional, notificando bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 C.P. en caso de reincidencia, vistas fotográficas, secuestro e inventario del elemento corto punzante, Croquis, cierre y elevación del sumario. Consultado el sistema Kiwi, el contraventor no posee vinculaciones reincidentes por la contravención señalada dentro de los últimos diez días”.

4) DEN 1189295: “quien se encontraba circulando con carro cerca de un contenedor un cuchillo, tipo tramontina, en su poder, que lo utiliza para cortar cartón”.

“...18 días de junio del año 2024, siendo las 11.55 horas, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, Oficial Sousa, LP11817, Departamento comuna 10, que tras encontrarse recorriendo el ejido jurisdiccional, más precisamente en calle Aranguren 4289, de esta Ciudad, donde le fue dable observar la presencia de un masculino quien fue identificado como GALLO JUAN BENEDICTO, DNI 20725128, domicilio: Merlo 980, PBA, quien se encontraba circulando con carro cerca de un contenedor un cuchillo, tipo tramontina, en su poder, que lo utiliza para cortar carton según lo referido . El preventor manifiesta que revisado el POC no posee impedimento alguno. Se procede al secuestro del elemento, se realizan vista fotográficas y cese de la actividad. Ante ello y conforme lo consultado y ordenado por Dr. Roberto Maragliano, cargo de la Fiscalía N° 25, UFO, se procede a labrar actuaciones contravencionales por infracción al art. 103 del Código Contravencional e intimar al cese de la actividad con Horario del labrado de acta a las 12.00 horas. Por último, se le hace saber al contraventor que en caso de reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal, todo ello conforme la Resolución FG 552/2018. Consultado el listado de paraderos, comparendos y rebe Idías de esta OCRD, no posee impedimentos.”.

5) DEN N° 1189539: “presencia de una persona de sexo masculino caminando con un hierro con punta de un metro y medio en mano derecha”.

“...18 días del mes de junio de 2024, siendo las 17:44 horas, se comunica desde el abonado 1170728567, el Oficial Mayor Sanchez Victor, LP 76510, de la comisaría vecinal 10-C, a fin de informar que recorriendo su ejido jurisdiccional, más precisamente en Ensenada 238, CABA, notó la presencia de una persona de sexo masculino caminando con un hierro con punta de un metro y medio en mano derecha. Identifica al mismo como Brian Alejandro GONZALEZ, DNI 43659351, domicilio Recuero 5553, Laferrere, Provincia de Buenos Aires, a quien siendo las 17:48 horas, POSF en turno, Dr. Roberto Maragliano, de la Unidad Fiscal n°25, se procede labrar actuaciones por Art. 103 y secuestrar el objeto mencionado.” Se labra por infracción al Art. 103 del CC conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía PCyF N°25 quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar, se procede al secuestro, se le solicitan vistas fotográficas e íntima al Cese.”.

6) DEN 1189922: “presencia de un masculino que se encontraba dentro de un contenedor de basura utilizando un cuchillo de forma violenta para abrir y romper las bolsas que este contenía”.

“...19 días del mes de junio, siendo las 12:48hs., se comunica desde el abonado 1133841563, el Oficial 1° Souza, LP. 11817, perteneciente a la Cría. Vecinal 10A, a fin de informar que se encontraba recorriendo la zona de su jurisdicción, cuando pudo notar la presencia de un masculino que se encontraba dentro de un contenedor de basura utilizando un cuchillo de forma violenta para abrir y romper las bolsas que este contenía. Por tal motivo, se procede a identificar al masculino, quien sería el Sr. PLAZA, Jorge German, DNI. 28399232, ddo. en la calle Lacarra 87, CABA., a quien P.O.S.F., el Dr. Roberto Néstor Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N°25, UFO, se le labra acta por infracción al Art. 103 a las 12:50hs., secuestro y vista fotográfica de un cuchillo tipo tramontina con mango de plástico, intimación al cese y puesta en conocimiento de los alcances del art. 239CP.”

7) DEN 1190136: “visualizar a una persona de sexo masculino manipulando un objeto cortopunzante en la vereda”.

“...20 de Junio de 2024, siendo las 02.30 hs se comunican desde abonado 1144468677 quien se identifica Oficial Mayor Bernal Lp 2559 Com. 10-A, informando que en recorrido de la jurisdicción al llegar a la catastral J.V. Gonzalez 500 CABA, pudo visualizar a una persona de sexo masculino manipulando un objeto cortopunzante en la vereda. Se procedió a su identificación resultando ser Peñalba Jonathan David dni 42837425 domiciliado ruta 24 s/n barrio “mi rincón” Gral. Rdoriguez PBA, a quien se le encontró un (1) tijera, mango de plástico color negro (15 cmm). Por tal motivo conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano a cargo de la fiscalía PCyF N° 25, UFO a las 02.35 horas, se procede a labrar actuaciones por infracción al Art. 103 del CC, se intime al cese de la conducta y se convalida medida cautelar. Se procede al secuestro del elemento, croquis y vistas fotográficas. Por último se ordena al personal policial que sin perjuicio de labrar las

actuaciones contravencionales correspondientes, haga saber a la persona involucrada que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Conforme Res. FG/552/2018”.

8) DEN 1190339: “la presencia de una persona de sexo masculino caminando en vía pública con un fierro de medio metro de longitud, con punta y mango de plástico en su mano.” (divagaba al responder).

“...21 días del mes de junio de 2024, siendo las 09:25 hs., se comunica con esta Oficina Central Receptora de Denuncias una persona que se identifica como Oficial Mayor LP 5531 Benitez Carolina a fin de informar que, constituida en Navarro 4391, CABA le fue dable observar la presencia de una persona de sexo masculino caminando en vía pública con un fierro de medio metro de longitud, con punta y mango de plástico en su mano. Tras abordarlo, el hombre divagaba al responder. Se procede a su identificación y requisar sus pertenencias. Conforme lo consultado y ordenado por el Sr. Fiscal en turno, siendo las 09.25 horas, se procede a labrar actuaciones contravencionales por infracción al Art. 103 C.C. al Sr. Carlos Antonio Ceballos, DNI 34852775, domicilio Pacheco Prese 18, Pilar, PBA. Se procede al labrado de acta, toma de vistas fotográficas, secuestro del elemento mencionado y se lo intima respecto al Art. 239 CP, en caso de incurrir en la conducta”.

9) DEN 1190351: “constatar la presencia de un (1) persona de sexo masculino, que tenía en su poder un cuchillo de cocina, tipo Tramontina, con mango color negro de plástico, sin causa que lo justifique”. (situación de calle).

“...21 días del mes de junio de 2024, siendo las 11.20 hs., se comunica desde el abonado 1134210584, el Oficial 1° ESCALANTE, LP 9710, perteneciente a la Comisaría Vecinal 7-A, a fin de informar que constituido en la calle Av Perito Moreno 2400, CABA, pudo constatar la presencia de un (1) persona de sexo masculino, que tenía en su poder un cuchillo de cocina, tipo Tramontina, con mango color negro de plástico, sin causa que lo justifique, resultando identificado BARZOLA Ezequiel Nicolás, DNI 36787458, en situación de calle. Por tal motivo, siendo las 11.27 hs, se procedió a labrar actuaciones por infracción al Art. 103 del CC, conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno de la UFO, Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N° 25, quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada, de secuestro del arma blanca, toma de vistas fotográficas, intimación al cese y notificación de que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el Art. 239 del Código Penal.”

10) DEN 1190361: “observa a un masculino esgrimiendo un objeto un destornillador y que al observar el móvil cambia el rumbo en contra del tránsito”. (se encuentra en situación de calle).

“...21 días del mes de junio de 2024, siendo las 10:59 hs se comunica el Oficial Victor Correa. LP:14653 personal correspondiente al Dir quien en ocasión de encontrarse en Cuenca 3499 observa a un masculino esgrimiendo un objeto un destornillador y que al observar el móvil cambia el rumbo en contra del tránsito. Que al entrevistarlo, el masculino refiere utilizarlo para revolver la basura ya que está en situación de calle. El contraventor fue identificado como Peralta Joel Francisco, DNI: 41688175 en situación de calle Por orden del Sr Fiscal el turno, el Dr Roberto Maragliano Titular de la Fiscalía N° 25 siendo las 11:53 hs se labra acta por infracción al artículo 103, se procede al secuestro del destornillador, se toma imágenes del mismo, croquis y se lo insta al cese de conducta. Compulsado el listado de comparaendos, paraderos y renberldías el contraventor no presenta impedimentos ni contravenciones en los últimos diez días. Se lo intima al cese de la conducta y se lo alerta al contraventor acerca del art 239.”

11) DEN 1190372: “un masculino [...] en situación de calle, quien se encontraba circulando con una hoja de un cuchillo tipo tramontina.” (se encuentra en situación de calle).

“...21 días de junio del año 2024, siendo las 12:40horas, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, el Oficial Godoy Sergio Daniel, LP 28934, perteneciente a la comunal 7B, que tras encontrarse recorriendo el ejido jurisdiccional, más precisamente en San José de Calasanz 950 de esta Ciudad, donde le fue dable observar la presencia de un masculino quien fue identificado como Enzo Gabriel Suarez, DNI 39849211, en situación de calle, quien se encontraba circulando con una hoja de un cuchillo tipo tramontina. El preventor manifiesta que revisado el POC no posee impedimento alguno. Se procede al secuestro de un cuchillo. Ante ello y conforme lo

consultado y ordenado por el Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía N° 25, UFO, se procede a labrar actuaciones contravencionales por infracción al art. 103 del Código Contravencional e intimar al cese de la actividad con Horario del labrado de acta a las 12:42hs". Por orden del Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía Oeste PCyF N° 25 se aprueba lo actuado."

12) DEN 1190372: "presencia de un masculino [...] en situación de calle, quien se encontraba circulando con una hoja de un cuchillo tipo tramontina" (se encuentra en situación de calle).

"...21 días de junio del año 2024, siendo las 12:40horas, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, el Oficial Godoy Sergio Daniel, LP 28934, perteneciente a la comunal 7B, que tras encontrarse recorriendo el ejido jurisdiccional, más precisamente en San José de Calasanz 950 de esta Ciudad, donde le fue dable observar la presencia de un masculino quien fue identificado como Enzo Gabriel Suarez, DNI 39849211, en situación de calle, quien se encontraba circulando con una hoja de un cuchillo tipo tramontina. El preventor manifiesta que revisado el POC no posee impedimento alguno. Se procede al secuestro de un cuchillo. Ante ello y conforme lo consultado y ordenado por el Dr. Roberto Maragliano a cargo de la Fiscalía N° 25, UFO, se procede a labrar actuaciones contravencionales por infracción al art. 103 del Código Contravencional e intimar al cese de la actividad con Horario del labrado de acta a las 12:42hs"

13) DEN 1190480: "con una persona de sexo masculino quien tiene en su poder un cuchillo tipo "Tramontina"." (se encuentra en situación de calle).

"...Siendo las 01:00 hs del día 18 de junio del 2024 se comunica el Oficial Cano Juan LP 76965, teléfono de contacto: 1136000691 perteneciente a la comuna vecinal 7A, quien se encuentra constituido en la Calle Pillado 1000- CABA con una persona de sexo masculino quien tiene en su poder un cuchillo tipo "Tramontina". El contraventor es identificado como Jorge Abel Cordero, DNI 32.273.025, quien manifestó estar en situación de calle. Se procede al secuestro del cuchillo, a la toma de vistas fotográficas, a realizar croquis del lugar y al labrado de acta contravencional de estilo por infracción al Art. 103 CCCABA, resultando horario de labrado 01:05 hora y se le advierten sobre los alcances del Art. 239 CP. Asimismo, el contraventor no presenta impedimentos ni contravenciones de misma índole dentro de los 10 días anteriores a la presente. Por orden del Sr. Fiscal, Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N°25 UFO, se aprueba lo actuado y se confirma la medida precautoria."

14) DEN 1190538: "puede observar la presencia de una persona de sexo masculino quien portaba una varrilla de hierro de 6 de 90 centímetros de largo aproximadamente".

"...22 días del mes de junio del 2024 siendo las 11:00 hs se comunican desde un abonado desconocido el Oficial Membreses, LP 17184, quien constituido en la calle Ricardo Gutiérrez 3289, CABA, puede observar la presencia de una persona de sexo masculino quien portaba una barrilla de hierro del 6 de 90 centímetros de largo aproximadamente. POSF en turno, se procede a labrar actuaciones por el Art. 103 CC, a las 11:05 hs, al Sr. Jorge Alberto PACHECO, DNI 14265248, domiciliado en la calle Noruega 1002, localidad de Pilar, Prov. De Buenos Aires. Por último, se deja asentado que se procedió a notificar con respecto del Art. 239 del CP, por futuras reiteraciones de la conducta, y el secuestro de la barrilla de hierro. Consultado el listado de paraderos y comparendos el contraventor no posee impedimentos"

Por orden del Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la fiscalía PCyF N° 25, quien dispone aprobar lo actuado y convalidar la medida cautelar adoptada del secuestro de 10 panes, 5 sandwiches de salame y queso, 1 tabla de madera, 1 mesa de madera, 1 salamin, 1 salame completo y 1 queso cortado por la mitad de unos 400 gr aproximadamente, se da intervención a bromatología, se toman vistas fotográficas, y se realiza croquis."

15) DEN 1190591: "pudo notar la presencia de un masculino merodeando los vehículos de la cuadra con un fierro en la mano".

"...22 días del mes de junio, siendo las 16:25hs., se comunica desde el abonado 1148892245, el Oficial Mayor Guamán, LP. 5487, perteneciente a Comisaria Vecinal 9-B, a fin de informar que se encontraba recorriendo su jurisdicción, cuando en la calle Juan B. Alberdi 5685, CABA., pudo notar la presencia de un masculino merodeando los vehículos de la cuadra con un fierro en la mano. Por tal motivo, se procede a la identificación del masculino, quien seria COLEN, Pedro Samuel, DNI.

36976452, ddo. en la calle 163 Bis., Bernal, PBA., a quien P.O.S.F el Dr. Roberto Néstor Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N°25, UFO, a las 16:35hs., se le labra acta por art. 103 y se procede al secuestro del elemento, vista fotográfica, y se le solicita al interventor que se notifique al contraventor los alcances del Art. 239 CP.”

16) DEN 1190711: “percibe la presencia de un masculino con (1) fierro en su mano con ambas puntas dobladas de 50 cm aproximadamente, merodeando de forma sospechosa” (en situación de calle).

“...23 días del mes de junio del 2024, siendo las 10:50hs, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, el Oficial Mayor SARACHO Maximiliano, LP 78206, a fin de informar que, recorriendo el área jurisdiccional, percibe la presencia de un masculino con (1) fierro en su mano con ambas puntas dobladas de 50 cm aproximadamente, merodeando de forma sospechosa entre los vehículos de la zona, sita en la Av. Seguroola 3260. Asimismo, el preventor logra detener la marcha del masculino a quien idéntica como BARRIONUEVO Sergio Marcelo, DNI 20.405.048, argentino, domiciliado en situación de calle. Se procede al labrado de actuaciones por Art. 103, croquis del lugar donde se encontraban el contraventor, vista fotográfica del fierro y el secuestro del mismo. A su vez, que verificado sistema POC los contraventores no posee impedimentos de ningún tipo. Horario de labrado: 10:55hs.”

17) DEN 1190747: “pudo divisar la presencia de un individuo portando una varilla de hierro de 50 cm de largo, con la punta afilada”.

“...23 días del mes de junio de 2024, siendo las 17:20 hs, se comunica el Oficial METZLER, LP 9915, de la 10 C a fines de informar que recorriendo el ejido jurisdiccional, mas precisamente en la calle Baradero 50, de esta ciudad, pudo divisar la presencia de un individuo portando una varilla de hierro de 50 cm de largo, con la punta afilada, justificando ser cartonero . Por tal motivo, se le indica que consulte con el Area de flagrancia, donde toma contacto con el Sec. Dr Ezequiel Gradela, de la Unidad de Flagrancia Oeste, quien dispone POSF, labrar acta contravencional por infracción al Art 103 del CC, siendo las 17:30 hs hacia el Sr. Ramon Alfredo SERRANO, DNI 27792280, en situación de calle. Se procede al secuestro de la varilla. Se solicita vistas fotograficas de la misma e intimar al cese de actividad. Consultado el listado de comparendos/paraderos/rebeldías que fueran informados mediante oficio o mail a la OCRD, no registra impedimento alguno. No posee contravenciones previas. Por ello se le indica al preventor que conforme lo ordenado por el Fiscal de turno de la Unidad Fiscal Oeste, Dr. ROBERTO NESTOR MARAGLIANO, a cargo de la Fiscalía PCyF N° 25 a cargo de la Fiscalía PCyF N° 25, dispone aprobar lo actuado y confirmar la medida precautoria adoptada.”

18) DEN 1190796: “quien se encontraba circulando cerca de un contenedor, con un fierro, en su poder”.

“...23 días de junio del año 2024, siendo las 23:18 horas, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, Oficial Gutiérrez LP10785 comuna 10, que tras encontrarse recorriendo el ejido jurisdiccional, más precisamente en calle Coronel Ramón Falcón 4410, de esta Ciudad, donde le fue dable observar la presencia de un masculino quien fue identificado como ALEXIS FABIAN NUÑEZ, DNI 47096910, domicilio: Cipolletti 847, Merlo, PBA, quien se encontraba circulando cerca de un container, con un fierro, en su poder. El preventor manifiesta que revisado el POC no posee impedimento alguno. Se procede al secuestro del elemento, se realizan vista fotográficas y cese de la actividad. Ante ello y conforme lo consultado y ordenado por Dr. Roberto Maragliano, cargo de la Fiscalía N° 25, UFO, se procede a labrar actuaciones contravencionales por infracción al art. 103 del Código Contravencional e intimar al cese de la actividad con Horario del labrado de acta a las 23:22 horas. Por último, se le hace saber al contraventor que en caso de reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal, todo ello conforme la Resolución FG 552/2018. Consultado el listado de paraderos, comparendos y rebeldías de esta OCRD, no posee impedimentos. Por orden del Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF N° 25, UFO, quien dispone aprobar lo actuado.”

19) DEN N° 1190811: “pudo visualizar a una persona de sexo masculino manipulando un objeto cortopunzante en la vereda”.

“...24 de Junio de 2024, siendo las 03.50 hs se comunican desde abonado 1126538958 quien se identifica Oficial Villaverde Lp 16770 Com. 7-C, informando que en recorrido de la jurisdicción al lle-

gar a la catastral Quirno 293 CABA, pudo visualizar a una persona de sexo masculino manipulando un objeto cortopunzante en la vereda. Se procedió a su identificación resultando ser Ferrari David Ezquiel dni 36555580 domicilio Moliere 840 CABA , a quien se le encontró una (1) varilla metálica sin mango con punta limada (25 cmm). Por tal motivo conforme lo ordenado por el Sr. Fiscal en turno, Dr. Roberto Maragliano a cargo de la fiscalía PCyF N° 25,UFO a las 03.55 horas, se procede a labrar actuaciones por infracción al Art. 103 del CC , se intime al cese de la conducta y se convalida medida cautelar. Se procede al secuestro del elemento, croquis y vistas fotográficas. Por último se ordena al personal policial que sin perjuicio de labrar las actuaciones contravencionales correspondientes, haga saber a la persona involucrada que en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal. Conforme Res. FG/552/2018.”

Al analizar este universo de casos se advierte que en su gran mayoría se trata de personas en situación de calle, que utilizan los elementos advertidos por los preventores para realizar actividades de subsistencia en la vía pública.

Entonces, llegado el momento de practicar la detención y de identificar a la persona, una vez que explica que aquello que fuera advertido por el policía se trataría de una herramienta de uso habitual para una persona en situación de calle y extrema vulnerabilidad, ello debería ser suficiente para entender que la supuesta arma no convencional, arma blanca u objeto contundente no tenía su razón de ser en una futura intimidación o para ejercer violencia, sino que antes bien se trata de un elemento del que se vale para sobrellevar su situación.

Es decir, resulta manifiesto que los elementos que llevaban consigo obedecía a causas justificadas que desacreditarían la tipicidad; y ello debió ser suficiente para el policía, así como para la Fiscalía que convalidó, pero sin embargo se avanzó con medidas más gravosas, que omitiendo mencionar la requisita explican que se proceder al secuestro de un objeto que llevaba la persona adherida a su cuerpo —en la mano—.

Ahora bien, lo gravoso de estas decisiones adoptadas autónomamente por la policía y convalidadas por la Fiscalía es que se priva a la persona de un elemento que utiliza para su subsistencia, y no solo eso sino que en la mayoría de los casos también se lo apercibe de cesar con la conducta a riesgo de imputársele el delito de desobediencia, lo que implica para quien recibe esa comunicación —puesto que no se trataría de una orden válida, lo que se explicará más adelante— la imposibilidad de valerse de los pocos recursos con los que cuenta. Todo ello, amén de la citada normativa referida a las personas en situación de calle que conminan a los órganos estatales a evitar todo tipo de estigmatización, discriminación y afectaciones en su dignidad.

De tal forma es que habré de declarar la nulidad de todo lo actuado en lo referido a este grupo de casos.

F. Actitud evasiva

1) DEN 1189851: “la presencia de un masculino que, al ver el móvil policial intenta evadirlo”.

“...19 días del mes de junio del 2024, siendo las 10:30 hs se comunica desde el abonado 1132885970, el Oficial Mayor Mercado LP 45592, de com. vecinal 11 B, a fin de informar que, recorriendo la zona, observa en la calle Salvador María del Carril 4700, CABA, la presencia de un masculino que, al ver el móvil policial intenta evadirlo, por lo que proceden a identificarlo y advierten que llevaba en la mano una varilla de hierro de 1 mt con la punta doblada. Ante lo dicho, siendo las 10:35 hs POSF Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la Fiscalía PCyF nro. 25, se dispone labrado de acta contravencional por infracción al art. 103 CC, a quien identifica como Jesús Martín GONZALEZ DNI 29168281, domiciliado en Ciudad de la Paz 3575, CABA, secuestro del arma impropia, vistas fotográficas y croquis. Se le ordena al personal policial se intime al cese, y notifique que, en caso de no cesar o reiterar su conducta incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal.”

2) DEN 1190062: “observar la presencia de un masculino, quien al percatarse de su presencia comenzó a acelerar el paso, por dicho motivo se le pidió que se detenga”.

“...19 días de junio 2024, siendo las 17:58hs, se comunica el Oficial Mayor Escobar Gabriel, LP 42268, Comuna 11, a fin de informar, que en ocasión de informar que, en ocasión de realizar su recorrido, más precisamente por Av. Nazca 1344, CABA, le fue posible observar la presencia de un

masculino, quien al percatarse de su presencia comenzó a acelerar el paso, por dicho motivo se le pidió que se detenga y al revisar sus pertenencias se encontró una faca metálica de aproximadamente 25 cm con punta afilada. Por dicho motivo, siendo las 18:00hs, se procede al labrado por infracción al art. 103, a quien resulta identificado como Luna Luis Ramón DNI 33915129, domiciliado en El Tiziano y san mateo, Moreno, PBA”.

3) DEN 1190336: “presencia de una persona de sexo masculino caminando en vía pública, quien al ver el móvil policial cambia el rumbo de su marcha. Tras abordarlo, el hombre intenta retirarse”.

“...22 de junio de 2024 a las 09.10 horas, mediante el abonado 1152952200, se comunica el Oficial Mayor MERCADO, LP 45592, de Comisaría Vecinal 11B, a fin de informar que, constituido en Navarro 4391, CABA le fue dable observar la presencia de una persona de sexo masculino caminando en vía pública, quien al ver el móvil policial cambia el rumbo de su marcha. Tras abordarlo, el hombre intenta retirarse. Se procede a su identificación y requisa de la mochila que lleva consigo, advirtiendo que dentro poseía un cuchillo tipo tramontina. Conforme lo consultado y ordenado por el Sr. Fiscal en turno, siendo las 09.09 horas, se procede a labrar actuaciones contravencionales por infracción al Art. 103 C.C. al Sr. Francisco GALVÁN, DNI 32542106, nacionalidad argentina, domiciliado en Padre Silverman 1565, Tres de Febrero, Pcia. de Buenos Aires. Se procede al labrado de acta, toma de vistas fotográficas, secuestro del elemento mencionado y se lo intima respecto al Art. 239 CP, en caso de incurrir en la conducta. Consultado el listado de comparendos/paraderos/rebeldías que fueran informados mediante oficio o email en la OCRD, el contraventor identificado no registra impedimentos” (fecha mal consignada)

4) DEN 1190344: “el masculino al notar la presencia del personal policial, cruza la calle de forma sospechosa”.

“...21 días del mes de junio del 2024, siendo las 10:30hs, se comunica telefónicamente con esta Oficina Central Receptora de Denuncias, el Oficial Mayor MERCADO, LP 45592, a fin de informar que, recorriendo el área jurisdiccional, percibe la presencia de un masculino, sita en la calle Pedro Moran 4374, CABA, donde el masculino al notar la presencia del personal policial, cruza la calle de forma sospechosa. Asimismo, el preventor logra detener la marcha del masculino a quien idéntica como Juan FERNANDEZ, DNI 26.533.483, argentino, domiciliado en la calle Saavedra Lamas S/N, José C. Paz, CABA, quien, al sacar sus pertenencias de su mochila, exhibe (1) trincheta con filo de albañilería. Se le consulta si es albañil, a lo que refiere que no. Se procede al labrado de actuaciones por Art. 103, croquis del lugar donde se encontraban el contraventor, vista fotográfica de la trincheta y el secuestro del mismo. A su vez, que verificado sistema POC los contraventores no posee impedimentos de ningún tipo. Horario de labrado: 10:35hs. Por orden del Sr. Fiscal en turno Dr. Roberto Maragliano, a cargo de la FPCyF N 25, quien dispone aprobar lo actuado y confirma la medida cautelar adoptada.”

Este grupo de casos obedece a detenciones que se produjeron por cuanto los preventores observaron que las personas que luego detuvieron cambiaron su actitud al percatarse de la presencia policial.

En este sentido, considero que las detenciones efectuadas y sus posteriores requisas no fueron descriptas de modo suficiente para poder considerar que nos situamos frente a escenarios en los que un observador imparcial pudiese inferir que ello constituye alguna de las causales válidas —ya exhaustivamente repasadas en esta resolución— para proceder a realizar medidas que impliquen una afectación de derechos.

Efectivamente, cruzar la calle, caminar en sentido opuesto o acelerar el paso no son descripciones con entidad suficiente para considerar que existe una sospecha razonable o causa probable; ello por cuanto se efectuó sin señalar la exteriorización de ninguna conducta objetivamente distinguible como constitutiva de sospecha

En este sentido, es que el procedimiento policial que involucra la detención de una persona sin orden judicial, y sin el grado de sospecha necesaria exigido por ley para prescindir de ella, no contando con circunstancias objetivas que así lo justifiquen, se aparta del marco legal previsto. Del mismo modo, como ya se adelantara, no puede legitimarse su inexistencia con fundamento en el resultado obtenido, ya que las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo la medida —tal como requiere el análisis jurisdiccional de razonabilidad— y no ex post.

En efecto, no se ha dejado ni siquiera mínimamente en claro cuál fue la situación de excepción que dio origen a la restricción de libertad ambulatoria de este grupo de personas.

Ello, pues no es posible inferir que “evadir” es signo inequívoco de una situación de flagrancia, ni de ninguno de los supuestos que el código adjetivo habilita para la procedencia de las medidas de intrusión sin orden judicial. Asimismo, tampoco se ha dejado en claro cómo es que la policía alcanza el razonamiento de que la conducta desplegada por los presuntos contraventores implicaba la intención de alejarse de su accionar.

Es decir, la inexistencia de circunstancias que funden la legitimidad del procedimiento y la omisión de parte de la autoridad policial de explicar los motivos para detener se desprenden de las propias declaraciones descriptas en las denuncias.

Por tales motivos es que habré de declarar la nulidad de todo lo actuado: las detenciones, requisas y secuestros.

G. DEN 1189503 DEN 1189503: “que manifiesta que estaba abriendo un morral para sacar sus documentos y logra observar que poseía un cuchillo tipo tramontina, del cual no podía justificar por qué lo tenía”.

“...18 días del mes de junio del 2024 siendo las 16:35 hs se comunican desde un abonado desconocido el Oficial Mayor ROMANO Damián, LP10278, 11ª, quien constituido en la Av. Nazca 1900, CABA, procede a detener una persona de sexo masculino quien se encontraba circulando en su moto vehículo de marca BAJAJ, modelo Rouser NS200, Dominio A207QXY, debido a que no se encontraba utilizando casco, asimismo procede a solicitarle sus documentos, a lo que manifiesta que estaba abriendo un morral para sacar sus documentos y logra observar que poseía un cuchillo tipo tramontina, del cual no podía justificar por qué lo tenía. Asimismo, POSF en turno, se procede a labrar actuaciones por el Art. 103, CC, a las 15:05 hs, al Sr. ROJAS Ezequiel, DNI 41464478, domiciliado en la calle Medrano 1728, localidad de José León Suarez, Prov. De Buenos Aires. Por último, se deja asentado que se procedió al secuestro del cuchillo. Por último, se deja asentado que se procedió al secuestro de un cuchillo tipo tramontina. Consultado el listado de paraderos y comparendos el contraventor no posee impedimentos.”

Respecto de este caso cabe resaltar que no se observa una nulidad manifiesta en la detención del Sr. Rojas, por cuanto los preventores describen una conducta concreta que habilita su intervención. Asimismo, el secuestro del cuchillo se efectiviza por cuanto el presunto contraventor habría abierto su mochila, para sacar su documentación, siendo que en ese instante los policías percibieron el elemento. Por tales circunstancias -y sin perjuicio de una valoración ulterior que pueda efectuarse en un estadio más adelantado del proceso, así como de la falta de descripción sobre la participación de testigos de actuación- es que considero que esta detención, requisas y secuestro dista ostensiblemente del resto de los casos analizados en la presente resolución y por ello no seguirá el mismo camino.

4. Nulidad de los actos practicados en consecuencia y exclusión del material probatorio obtenido a partir de la detención.

La declaración de nulidad de la detención trae aparejada la invalidez de la requisas y por consiguiente, la obtención de la prueba de allí surgida, como los actos derivados de ellos que deben reputarse también nulos. Esto es una derivación de la llamada regla de exclusión. Dicha regla tiene recepción jurisprudencial en el ámbito interno desde temprano. En efecto, en el fallo “Charles Hermanos” (CSJN fallos, 303:1908) la inadmisibilidad se fundó en el interés de la moral y la seguridad, es decir, en un carácter ético; en el fallo “Fiorentino” (CSJN fallos, 306:1752) a través de la noción de que el Estado no puede beneficiarse de un hecho que él mismo reprocha, lo que implicaría una contradicción en sí mismo y en una posible afectación a la administración de justicia, por la asignación de valor útil a un elemento obtenido en violación a los mismos derechos que ésta pretende proteger. También se le ha dado un fundamento instrumental a dicha regla. En ese sentido, la decisión bien conocida de la Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional Federal en el caso “Monticelli de Prozillo” de la Sala I de fecha 10/8/84, establece un fundamento utilitario, que por medio de razones disuasivas desalienta a los órganos de persecución a realizar actividades ilegales; y otro fundamento, de orden epistémico, establece que la fuerza inferencial de un elemento de prueba obtenido por

medios no lícitos es sensiblemente menor, por el simple hecho de que su producción no pudo ser controlada robustamente, y, por ende, siempre generará suspicacia respecto a su origen.

Por ese motivo, la prueba obtenida por medios legalmente dispuestos resulta mucho más sólida a la hora de probar una hipótesis del caso. Y, en el caso de que primase la visión epistémica, el fundamento es este debilitamiento de la fuerza inferencial.

Ahora bien, más allá de cuál es el fundamento que sustenta la existencia de la regla de exclusión, lo cierto es que no caben dudas que esa norma forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Ya sea por la propia tradición jurisprudencial que la ha reconocido desde los inicios mismos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como por la expresa recepción legislativa que tiene en la actualidad.

El art. 13.3 CCBA in fine recepta y jerarquiza constitucionalmente la llamada regla de exclusión: “Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos”.

En ese sentido, la recepción procesal se encuentra dispuesta en el artículo 114 CPP (de aplicación supletoria en virtud del art. 6 LPC) que establece: “los elementos de prueba sólo serán admisibles cuando sean obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este código”. Ello, a contrario sensu, implica que los medios probatorios obtenidos por medios ilícitos deben ser excluidos del expediente judicial y no podrán constituir prueba de cargo en contra del imputado. Como se dijo, esta formulación legal constituye la recepción normativa de la regla de exclusión, la cual opera como derivación de la garantía de la inviolabilidad de los ámbitos de libertad e intimidad, dado que —independientemente de la fuerza inferencial del material probatorio— adoptar la decisión contraria implicaría una desprotección al derecho que pretende proteger. La exposición de los motivos y efectos de la sanción procesal respecto de procedimientos ilegales de las fuerzas de seguridad, resultan análogos a los de los precedentes nro. 102672/2021-1 caratulado “FIGIEL, JEREMIAS DANIEL SOBRE 14 1º PARR - TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES” (confirmado por la Sala II de la Alzada local en fecha 14 de noviembre de 2022); y nro. 9198/2020-2 caratulada “FARIÑA, LUIS ALBERTO SOBRE 189BIS 2 / - 4º PARR PORTACIÓN DE ARMA DE GUERRA SIN AUTORIZACIÓN” (confirmado por la Sala III de la Alzada local el 22 de agosto de 2022, con trámite de Queja pendiente ante el Tribunal Superior de Justicia). Por todo lo expuesto, dado que no existe un cauce de investigación independiente que permita alcanzar los mismos resultados que los derivados de los actos que aquí se reputan nulos, corresponde declarar la nulidad de todos los actos consecutivos que de ellos dependan y excluir la prueba obtenida por ser su consecuencia directa (arts. 81 y 114 CPP, de aplicación supletoria en virtud del art. 6 LPC).

5. Invalidez del apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia del art. 239 del CP.

Respecto de los sesenta y cinco casos en los cuales los preventores dejaron asentado el apercibimiento de incurrir en el delito del art. 239 CP, corresponde efectuar la siguiente consideración.

En primer lugar, para situar el alcance del delito de desobediencia, conviene recordar a Carrara cuando decía que:

“...el título desobediencia se refiere más propiamente al caso de un deber especial que por razón del empleo obligue a un inferior a ejecutar las órdenes de un superior, y que haya sido violado desobedeciendo. Aquí puede verdaderamente encontrarse el elemento de un delito, por la lesión del derecho que el superior tiene a esa obediencia, y por el daño que de ello resulta; y tal delito sería evidentemente social, porque supone una jerarquía.” (Carrara, Programa de Derecho Criminal, parte especial, Volumen nor. V., Ediciones Depalma, 1998, página 310).

Y para que la administración pública sea lesionada en su actividad funcional tiene que existir una conducta que implique una desobediencia contra una orden emitida por la autoridad impidiendo en concreto el libre ejercicio de la función de la autoridad que la imparte.

La figura se corresponde con el accionar del tipo de omisión impropia y consiste en incumplir un mandato concreto y legítimo emitido por un funcionario público a una persona determinada y, para que se presente la situación típica, la orden debe ser directa, específica, no pudiendo consistir en una disposición de carácter general dispuesta por la autoridad a producirse en cierto plazo de tiempo indeterminado dispuesto de forma antojadiza.

Por lo tanto, el mandato emitido por la autoridad de prevención de no reiterar determinada conducta no es una orden legítima porque carece de facultades para conminar a los ciudadanos a no cometer contravenciones.

Es únicamente el poder legislativo el que está investido para establecer en una norma qué sanción acarrea la comisión u omisión de una conducta.

Asumir lo contrario implicaría, sin más, facultar a la policía para que pueda crear, a través de una orden, un delito no tipificado, función exclusiva del Congreso de la Nación.

La indicación de no cometer una contravención bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia no puede ser considerada una orden legítima dado que se trata de un mandato general cuyo incumplimiento no entorpece ningún actuar funcional del policía ni tampoco impide el normal funcionamiento de la administración pública.

Cabe recordar que la situación típica se encuentra sensiblemente acotada y deben extremarse los cuidados a los fines de no extender indebidamente el ámbito de aplicación de esta figura (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. V., p. 104; Gullco, Hernán, Casos de derecho penal, parte especial, Ah-Hoc, 2017, p.621, y CNCrim. y Correc. Sala 1, "Huarte Daniel", 11/06/2001).

En efecto, las conductas abarcadas por esta norma corresponden a un modo de estabilización de la orden, cuando la consecuencia de su incumplimiento no se encuentra debidamente dispuesta en el ordenamiento jurídico o mediante otras facultades que tienen los funcionarios públicos o las fuerzas de seguridad para consolidarlas por sí mismos. Es decir, el ámbito de aplicación de esta figura está delimitado por la ausencia de capacidad concreta de coerción para evitar que se incumpla con el mandato.

En este caso, es el propio tipo contravencional el que prevé la sanción ante la comisión de esa conducta y aunque el policía deje asentado su anuncio, lo indicado será solo eso: una recomendación. Porque su función se circunscribe a documentar el hecho que pueda configurar una contravención para que luego de acuerdo con las previsiones del debido proceso legal un juez establezca si se ha cometido o no la infracción de que se trate.

Las características de los procedimientos analizados recayeron sobre todo en personas en situación de calle, muchas de ellas mientras revolvían la basura o por estar viviendo a la intemperie sin otra cualidad más que la de pertenecer a una población social vulnerable expuesta a que su propia forma de vida pueda ser criminalizada sin fundamento legal.

A estas alturas, es importante actualizar los lineamientos del fallo de la CSJN "Mouviel" que dijo enfáticamente que toda nuestra organización política y civil reposa en la ley y, por ello, definir una acción para que una persona pueda incurrir en un delito por haber obrado u omitido impone que el poder legislativo establezca las condiciones en que una infracción se produce y la sanción que corresponde. Escapa a la órbita de las facultades ejecutivas el crear tipos penales porque nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 CN).

6. Conclusiones generales – riesgo cierto e inminente de afectación de derechos constitucionalmente protegidos.

En definitiva, el análisis global de las comunicaciones recibidas por medidas precautorias practicadas con motivo de posibles contravenciones —en mi rol de jueza de garantías durante una fracción del turno correspondiente a la segunda quincena de junio de 2024, en la zona Oeste, de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, arrojó resultados que deben ser expuestos claramente.

En efecto, al abordar esta gran cantidad de comunicaciones efectuadas con razón de los secuestros practicados por los agentes de la Policía de la Ciudad, tras proceder a detenciones y requisas sin orden judicial, ni razones válidas que justificaran su accionar, surge que dichas prácticas se han generalizado respecto de la población en general y particularmente respecto de las personas que se encuentran en situación de calle, las cuales, cabe aclarar, han sido avaladas por el Ministerio Público Fiscal.

En este sentido, se observa con nitidez la existencia de un riesgo serio, cierto e inminente de afectación de derechos constitucionalmente protegidos, como lo son la libertad ambulatoria, la intimidad y la dignidad humana.

Ello, no solo por la medida en sí misma, sino antes bien por quién es su destinatario; esto es detener y requisar no por lo que se hace, sino por lo que se es o por la situación que la persona atraviesa.

(DNI 42.405.631), Fernández Ramón Alberto (DNI 31.236.693), Alfredo Ezequiel Corneiro Lobo (DNI 41.285.939), Jorge Fernando Figueroa (DNI 39103534), Ezequiel Nicolás Barzala (DNI 36.787.458), Claudio Rubén Zarate (DNI 24.282.322), Lucas Daniel Santana (DNI 33.259.619) y Esteban Adrián Curio (DNI 30.531.094), por infracción al artículo 103 del Código Contravencional (portar arma no convencional) y, en consecuencia, DECLARAR LA NULIDAD de las actas labradas en cada caso (art. 18 CN, 13. 1 y 3 CCABA y art. 7.1 y 2 PDCyP, art. 77 y sstes. CPP de aplicación supletoria en función del art. 6 de la LPC).

II. ESTABLECER que las nulidades declaradas en el punto I, importan también la INVALIDEZ de los apercibimientos realizados respecto de la posible comisión del delito de desobediencia (art. 239 CP).

III. DECLARAR LA NULIDAD de los secuestros practicados en todos los casos indicados en el punto I (art. 22 LPC, contrario sensu y art. 77 y sstes. CPP, de aplicación supletoria por el art. 6 LPC).

IV. COMUNICAR lo aquí resuelto a la señora Defensora General a cargo Ministerio Público de la Defensa CABA y al señor Fiscal General a cargo del Ministerio Público Fiscal de la CABA.

Notifíquese a través del correo electrónico a la defensoría oficial interviniente defpcyf11@mpdefensa.gob.ar, al Sr. Fiscal titular de la Fiscalía PCyF Nro. 25 al grupo de Whatsapp, como así también a la casilla de correo electrónico fiscaliapcyf25@fiscalias.gob.

CASO 5

Caso: Zelaya, Víctor Manuel Nro. FMP 23692/2015/TO1/19/1/CFC10 (Registro nro.: 1342/22).

Tribunal que resolvió: Cámara Federal de Casación Penal, Sala III.

Fecha de la decisión: 2-sep-2022.

Resumen de los hechos: Zelaya fue condenado a la pena de 6 años de prisión, multa de pesos doscientos veinticinco, accesorias legales y la imposición de las costas del proceso, por resultar autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegítima de estupefacientes con fines de comercialización, agravado por haber intervenido más de tres personas para cometerlo. Allí se dispuso el cumplimiento de la pena bajo la modalidad de prisión domiciliaria. Como consecuencia de la condena, se le impidió el ejercicio del derecho al voto.

En lo medular, la defensa realizó una presentación en la que sostuvo que la prohibición legal impide a su defendido expresar válidamente sus ideas políticas a través del voto, reforzando la exclusión y estigmatización de las personas condenadas penalmente y afectando el fin resocializador de la pena. Luego, sostuvo que la prohibición resulta irracional ya que no existe vínculo alguno entre el delito por el que fue condenado y sus derechos políticos. Preciso, que no existe interés público para impedirle ejercer este derecho esencial reconocido por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales a emitir su sufragio. En razón de ello, y demás motivos expuestos en su presentación, solicitó que se decrete la inconstitucionalidad del art. 3 inc. e) del Código Nacional Electoral, de los arts. 12 y 19 inc. 3) del Código Penal y que se autorice a Zelaya a ejercer el derecho al voto.

El tribunal resolvió no hacer lugar a la rehabilitación pretendida por la defensa por no adecuarse a lo normado en los arts. 5, 12 y 19 del Código Penal y rechazar el planteo de inconstitucionalidad introducido por la defensa subsidiariamente.

Contra esa decisión, el Defensor Público Oficial interpuso un recurso de casación e inconstitucionalidad.

Resumen de la decisión: La Sala III de la CFCP resolvió hacer lugar al recurso interpuesto por la Defensa Pública Oficial, revocar la resolución recurrida y DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de los arts. 19 inc. 2 en función del 12 del C.P. y del artículo 3 inciso "e" del Código Nacional Electoral, en relación al derecho al voto de Zelaya.

Para así resolver, sostuvo que había que realizar una interpretación de dimensión sustancial, que tenga en cuenta el conjunto de derechos y valores vigentes en la actualidad, la evolución y el cambio de paradigma operado en materia de reconocimiento protección y aseguramiento de derechos de las personas privadas de su libertad, así como el desarrollo y especificación de las garantías y derechos reconocidos por la reforma de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Entendió que las normas que regulan la ejecución de las penas deben ser interpretadas de conformidad con los principios y los límites del derecho penal del Estado de Derecho, conforme al modelo de intervención penal que surge de una interpretación sistemática de las normas constitucionales y de los pactos internacionales de derechos humanos.

En tal sentido, se debe garantizar que la persona condenada mantenga sus relaciones con el mundo exterior en la mayor extensión posible, asegurando el ejercicio de los derechos y obligaciones, inherentes al ser humano. Para ello, se le deben otorgar herramientas que permitan cumplir con el ideal resocializador de la ejecución de la pena y no restringir sus derechos. Cabe traer aquí a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (hoy llamadas Reglas Mandela) en cuanto establecen que "En el tratamiento de los reclusos no se hará hincapié en el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella... (Regla 88.1)".

El derecho a elegir libremente a un representante, así como el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos y elegir libremente a sus gobernantes, integra el universo de Derechos Humanos reconocidos en los principales Instrumentos Internacionales que nuestro país incorporó al derecho interno con jerarquía constitucional (cfr. artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

"...el Poder Judicial debe ejercer una especie de `control de convencionalidad´ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre los derechos humanos (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21)" (R. 401. XLIII. Recurso de hecho deducido en causa "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino sobre daños y perjuicios", resuelta el 27/11/12).

De lo expuesto, surge en consecuencia que, en el caso de autos, se infringió el derecho al voto de Zelaya (arts. 37 de la CN, 25 del PIDCP, 21 de la DUDH, XX de la DADDH, 23 de la CADH), en tanto la legislación electoral colisiona los principios de igualdad (universalidad) y pro homine (arts. 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas, 29 de la CADH).

Asimismo, se infringió el derecho a la no discriminación (arts. 1, 2 y 7 de la DUDH, 2.2 del PIDESC, 2.1 y 26 del PIDCP, II de la DADDH, 1.1, 23, 24 de la CADH), no ya como condición de ejercicio, sino como derecho humano esencial, esto es toda distinción o exclusión basada en la condición de la persona que tiene por resultado anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condición de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social o cultural.

Por último, se vulneró el principio de reserva (arts. 19 de la CN, 15 del PIDCP, 9 de la CADH), toda vez que la privación del ejercicio del voto no tiene vinculación alguna con el injusto penal y la culpabilidad del condenado (derecho penal de autor y no de acto). De igual modo, se afectó el principio de resocialización (arts. 18 de la Const. Nacional, 10.3 del PIDCP, 5.6 de la CADH), una de las pautas rectoras en la ejecución de la pena.

///la ciudad de Buenos Aires, a los 28 días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, se reúne la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Eduardo Rafael Riggi como presidente, y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el secretario actuante, para resolver en la causa n° FMP 23692/2015/TO1/19/1/CFC10 del registro de esta Sala, caratulada "ZELAYA, Víctor Manuel s/recurso de casación", de la que RESULTA:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, a cargo de la ejecución de la pena, con fecha 5 de octubre de 2021 resolvió "... 2) No hacer lugar a la rehabilitación pretendida por la defensa a fs. 94/96, por no adecuarse a lo normado en los arts. 5, 12 y 19 del C.P.. 3) Rechazar el planteo de inconstitucionalidad introducido por la defensa subsidiariamente a fs. 94/96 y en consecuencia, negar el egreso del condenado con motivo de sufragar hasta que recobre la libertad (arts. 220 de la ley 24.660 y 123 del CPPN)...".

II. Contra esa decisión, el Defensor Público Oficial, interpuso el recurso de casación e inconstitucionalidad en estudio, el que fue concedido por el tribunal a quo el 20 de octubre de 2021.

III. El recurrente fundó la procedencia de las vías de impugnación, en los arts. 456, incs. 1° y 2° y 491 del Código Procesal Penal de la Nación.

En primer lugar, luego de reseñar los antecedentes del caso, el recurrente se agravó de la afectación al principio acusatorio, toda vez que el representante del Ministerio Público Fiscal no se opuso al pedido de la defensa de restituir, en los términos del artículo 20 ter del C.P., el uso y goce del derecho electoral del que Zelaya fue privado; siempre y cuando el tribunal evaluara favorablemente el cumplimiento de la pena por parte del interno.

Por otra parte, la defensa alegó la errónea aplicación de la ley sustantiva, pues en la decisión cuestionada se descartó la aplicación del artículo 20 ter del Código Penal al caso, bajo el argumento de estar previsto para delitos que prevén la pena de inhabilitación como pena principal y no como accesoria.

En este sentido, señalo que "...el Tribunal ha desechado una interpretación amplia del art. 20 ter del CP respecto de la procedencia de la rehabilitación, ignorando la base de los principios pro homine, favor libertatis y de la interpretación progresiva de los derechos humanos...".

Entendió, con cita doctrinaria y de legislación comparada, que la interpretación más razonable del aludido artículo es aquella según la cual la rehabilitación abarca a los penados con inhabilitación en forma accesoria.

Asimismo, afirma que su asistido "...ha demostrado un excelente comportamiento tanto dentro de la Unidad Penal, como en su actual modalidad morigerada de cumplimiento de la pena, por lo que, si tenemos en cuenta el tiempo transcurrido desde su detención, resulta merecedor de la restitución peticionada...".

Luego, indicó que se agravia por el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de los arts. 12, 19 inc. 2 del Código Penal y 3 inc. e de la ley 19.945 -Código Nacional Electoral.

Precisó que, la privación impuesta del derecho electoral refuerza la exclusión y estigmatización, y lo considera contrario al fin resocializador de la pena.

Meritó que la decisión recurrida no tuvo en cuenta que los delitos por los que fue condenado su asistido, no tienen relación con sus derechos políticos, a emitir sufragio o con el funcionamiento del Estado, por lo que la inhabilitación que surge de las normas mencionadas resulta irracional y carece de fundamentación.

En definitiva, solicitó que se haga lugar al planteo de inconstitucionalidad y en consecuencia se le permita a su defendido ejercer su derecho electoral.

Formuló reserva del caso federal.

IV. Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines dispuestos por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del código de forma, se presentó la Defensa Pública Oficial ante esta instancia, asistiendo a Víctor Manuel Zelaya, oportunidad en que amplió los fundamentos y compartió los agravios de su antecesor.

La defensa sostuvo que la decisión recurrida se apartó de lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, desconociendo la vigencia del principio acusatorio por el cual aparece

limitado por la pretensión fiscal, ya que de otro modo incurre en violación a la garantía de imparcialidad, derechos de la defensa y debido proceso – arts. 18, 116 y 120 CN, 8.1 y 8.2 de la CADH y 14.1 y 14.3 del PIDCyP-.

Por otro lado, realizó un análisis respecto de la constitucionalidad de las normas que obstaculizan el ejercicio del derecho a voto.

Entre otras cosas, aclaró que el agravio del art. 12 del Código Penal no es una objeción genérica, sino que, en el caso concreto, la privación del derecho a voto aparece como desproporcionada e irracional. En este sentido, sostiene que "...más allá de tener fuente legal (lo que la salvaría de las primeras críticas pasibles de ser efectuadas), suponer fijar un sistema de privación absoluta de derechos que no es compatible con la mejor regulación que, de modo específico, dispone la normativa destinada a regir la vida civil de los ciudadanos (Resolución de la Defensora General de la Nación nro. 1597/2012)...". Por lo tanto no es compatible con el fin resocializador de la pena, traducido en una excesiva limitación de los lazos con el mundo exterior, contrario al fin de la reinserción social. En consecuencia "...La privación de derechos propios de la vida civil establecida de modo general y en abstracto, en efecto, redundaría en una pura estigmatización que restringe derechos que no aparecen afectados por la condena (más que por aplicación de esta norma) y que afectan, así y además, la dignidad del individuo que la sufre (cfr. art.10.1 del PIDCyP)...".

Así, específicamente en relación a las previsiones que regulan el ejercicio de los derechos electorales, refiere, entre otros argumentos, que "...privar del derecho electoral a las personas condenadas supone o bien negarles rasgos de racionalidad humana contrarios al mínimo de culpabilidad y autodeterminación que subyace a una condena o bien afirmar que la privación de libertad les impide ejercer adecuadamente su derecho al voto, afirmación incompatible con el avance tecnológico y el contacto con el medio libre que permiten los actuales medios de comunicación, máxime ante una persona que goza de arresto en su propio domicilio...".

A su vez, resaltó que recientemente la Corte Suprema "...ha venido a ratificar de modo tácito (mediante el rechazo del recurso intentado por un estado local) la postura de esta parte, al confirmar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la C.A.B.A. que había hecho lugar al pedido de una asociación civil y declaró la pérdida de vigencia de los de los incisos "e", "f" y "g" del art. 3º del Código Electoral Nacional que excluían del padrón para elecciones de autoridades porteñas a personas condenadas y sancionadas por diversos delitos o faltas (ver causa A. 49. L., caratulada "Asociación por los Derechos Civiles c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 5 de agosto de 2014) (...) Aunque en ese caso, el TSJ local (causa nro.8730/12, resuelta el 6 de septiembre de 2013) excluyó de su argumentación la compatibilidad de lo decidido con lo prescripto en los arts. 12 y 19 del CP, y limitó su decisión a aquello que formaba parte de la competencia local y en el marco de una situación de hecho diversa (en tanto el inciso e no hace referencia al monto de la pena por el cual se dictó la condena), los argumentos allí expuestos son claramente aplicables a este planteo en la medida en que, en definitiva, se trata de interpretar normas de orden constitucional y convencional...".

Recordó una causa de la Cámara Nacional Electoral en la que se declaró la inconstitucionalidad de las normas como las aquí cuestionadas -"Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/ Estado Nacional -Ministerio del Interior y Transporte s/ amparo -Acción de Amparo colectivo (inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2º C.P. Y 3º inc. "e", "f" y "g" del artículo 3º del C.E.N.)", expte. Nº CNE 3451/2014/CA1-, en la que se resaltó la relevancia de los derechos políticos, no solo para el individuo sino para la comunidad -con cita de Fallos: 310:819, 312:2191 y 325:524- y la ausencia de razones que den cuenta de la finalidad de esa prohibición.

Además memoró que "...el carácter universal del voto es de la esencia del Estado constitucional y que cualquier restricción que se imponga afecta al carácter representativo del gobierno...".

Luego citó las consideraciones relevantes del fallo de la Cámara Nacional Electoral, concluyendo que "...no es factible evaluar la razonabilidad de la medida legal adoptada, ni surgen como evidentes las razones de una exclusión al ejercicio de un derecho que, además, es efectuada de modo absoluto e inmediato, es que corresponde, en subsidio, la declaración de inconstitucionalidad en los términos propiciados por la defensa en su recurso...".

V. El 23 de marzo de 2022 se presentó ante esta instancia, el doctor Ariel Cejas Meliari, Procurador Penitenciario Adjunto Interino de la Procuración Penitenciaria de la Nación y solicitó que se lo tenga por presentado en carácter de amicus curiae en la presente causa.

VI. Con fecha 6 de abril del corriente año, se cumplieron las previsiones del art. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N. Superada la etapa prevista por el art. 468 del C.P.P.N., el expediente quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. El recurso interpuesto resulta formalmente admisible, a la luz de lo dispuesto por el art. 491, segundo párrafo, del C.P.P.N. y además se encuentra suficientemente fundado (art. 463 del C.P.P.N.).

He sostenido con insistencia -y originalmente en soledad-, que el control judicial amplio y eficiente resulta ineludible a la luz de la ley vigente, y además un factor altamente positivo para el logro de los fines que procuran las normas de ejecución de las penas privativas de libertad (cfr.: de la Sala IV, causa Nro. 699, "MIANI, Cristian Fabián s/recurso de casación", Reg. Nro. 992, rta. el 4/11/97; causa Nro. 691, "MIGUEL, Eduardo Jorge s/recurso de casación", Reg. Nro. 984; causa Nro. 742, "FUENTES, Juan Carlos s/recurso de casación", Reg. Nro. 1136, rta. el 26/2/98; causa Nro. 1367, "QUISPE RAMÍREZ, Inocencio s/recurso de casación", Reg. Nro. 1897, rta. el 18/6/99; entre muchas otras). Criterio que con posterioridad fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "ROMERO CACHARANE, Hugo Alberto s/ejecución" (Fallos 327:388, rta. el 9/3/04).

II. De acuerdo con las constancias del expediente principal FMP 23692/2015/TO1, Víctor Manuel Zelaya fue condenado a la pena de 6 años de prisión, multa de pesos doscientos veinticinco, accesorias legales y la imposición de las costas del proceso, por resultar autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegítima estupefacientes con fines de comercialización, agravado por haber intervenido más de tres personas para cometerlo. Habiéndose dispuesto el cumplimiento de la pena bajo la modalidad de prisión domiciliaria con la supervisión de la Dirección de Asistencia de Personas bajo vigilancia electrónica, sentencia que se encuentra firme. Del cómputo de pena practicado, consta que el vencimiento de la pena operará el 29 de mayo de 2023.

La presente incidencia tuvo comienzo en oportunidad del pedido de la defensa de Zelaya, tendiente a obtener autorización para que su defendido pueda ejercer el derecho a voto.

Corrida una primera vista al representante del Ministerio Público Fiscal, consideró que no se debe hacer lugar a lo solicitado, en virtud de la exclusión dispuesta por el 3 inc. e) de la ley 22.874 -modificatoria del Código Nacional Electoral-.

Destacó, que ante los distintos planteos de inconstitucionalidad presentados contra dicha exclusión normativa, la Cámara Nacional Electoral elaboró el "Registro de Electores Privados de Libertad" que contiene información de las personas detenidas y que permite habilitar las mesas de votación en las unidades penales, estableciendo el procedimiento para emitir sufragio.

A su vez, refirió que los condenados con sentencia firme y con la modalidad de prisión domiciliaria están imposibilitados a sufragar, ya que no se ha encontrado una logística para que puedan emitir su voto.

En conclusión, el fiscal sostuvo que no debía hacerse lugar a dicha autorización y que corresponde estarse al procedimiento establecido por la Cámara Electoral.

En una subsiguiente presentación, la defensa entendió que la presentación inicial devino abstracta y solicitó "la rehabilitación de su defendido y la inconstitucionalidad de los arts. 12, 19 inc. 2 del CP y 3 inc. e) de la ley 19.945", a los fines de que pueda ejercer su derecho al voto.

En lo medular, la defensa alegó que la prohibición legal impide a su defendido expresar válidamente sus ideas políticas a través del voto, reforzando la exclusión y estigmatización de las personas condenadas penalmente y afectando el fin resocializador de la pena.

Luego, sostuvo que la prohibición resulta irracional ya que no existe vínculo alguno entre el delito por el que fue condenado y sus derechos políticos. Preciso, que no existe interés público para impedirle ejercer este derecho esencial reconocido por nuestra Constitución y los Tratados Internacionales a emitir su sufragio.

En razón de ello, y demás motivos expuestos en su presentación, solicitó que se decrete la inconstitucionalidad del art. 3 inc. e) del Código Nacional Electoral, de los arts. 12 y 19 inc. 3) del Código Penal y que se autorice a Víctor Manuel Zelaya a ejercer el derecho al voto.

Corrido nuevo traslado, el representante del Ministerio Público Fiscal expresó que presta su conformidad al pedido de rehabilitación en los términos del art. 20 ter, del C.P. sujeto a la evaluación por parte del Tribunal a quo, del comportamiento del encartado durante el cumplimiento de la pena.

Y, en lo que respecta al pedido de inconstitucionalidad, mantuvo los argumentos expuestos en el primer traslado. Hizo referencia a la prohibición de las normas mencionadas y a la falta de logística para que los condenados como, en el presente caso, puedan emitir el sufragio.

En oportunidad de decidir el tribunal a quo recordó que: "...el art. 20 ter. del C.P. refiere al caso de la persona que haya sido condenada a una pena de inhabilitación absoluta, para luego concluir que en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad. En otras palabras, se hace alusión solo a la situación que la pena sea exclusivamente de inhabilitación (art. 5 C.P.).

En ese sentido, el instituto de la rehabilitación pondera la restitución del penado al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado por la pena de inhabilitación como pena principal, sin poder producir sus efectos respecto a otro tipo de penas, como así tampoco a las accesorias legales que éstas pudiesen conllevar, como en el caso que nos ocupa. (...) el derecho a sufragar por parte del nombrado, se encuentra, por el momento, cercenado."

Que "la inhabilitación absoluta de que tratan los arts. 12 y 19 del C.P., es una pena accesoria, inherente a la pena principal de reclusión o prisión por más de tres años. Tal es así, que la accesoriedad de las incapacidades civiles respecto de la pena, no requiere su mención expresa en la sentencia, operando de pleno derecho.

En virtud de ello, el comienzo de ejecución de esta limitación operó con la firmeza de la sentencia condenatoria y cesará cuando la condenada deje de cumplir la pena de encierro. Al respecto, entendiéndose que la modalidad de cumplimiento de la pena atenuada -prisión domiciliaria- es asimilable respecto de los condenados que cumplen su pena en un establecimiento carcelario, ya que lo único que cambian son los muros del penal, por los muros del domicilio. Por cuanto si encuentra vedado el derecho a sufragar a los detenidos condenados con sentencia firme y alojados en establecimiento carcelario mientras dure su privación de libertad, mismo temperamento corresponde aplicar a los privados de libertad con pena morigerada siempre que ésta se encuentre firme, caso contrario se violentaría el principio de igualdad consagrado por nuestra CN."

Que "siendo la limitación para sufragar una situación de hecho y circunstancial a la pena, no considero que las garantías ni derechos que asisten al encausado se vean violentados en función de nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de igual rango. (...) Dentro de este marco legal, el derecho activo al voto... no es un derecho absoluto y se encuentra restringido materialmente o limitado de hecho por disposiciones penales, que funcionan como penas accesorias a la condena principal, y también por normas electorales, que no se identifican con las penales, sino que son independientes...".

De este modo, el tribunal "a quo" resolvió no hacer lugar a la rehabilitación pretendida por la defensa por no adecuarse a lo normado en los arts. 5, 12 y 19 del Código Penal, rechazar el planteo de inconstitucionalidad introducido por la defensa subsidiariamente y en consecuencia, negar el egreso del condenado con motivo de sufragar hasta que recobre la libertad (arts. 220 de la ley 24.660 y 123 del CPPN).

Contra dicha decisión, la Defensa Pública Oficial de Víctor Manuel Zelaya, interpuso el recurso de casación e inconstitucionalidad bajo examen.

III. En primer lugar, en lo que respecta a la presentación efectuada por la Procuración Penitenciaria de la Nación solicitando que se lo tenga por presentado en carácter de *amicus curiae* en la presente causa, cabe apuntar que la actuación de los amigos del tribunal encuentra apoyatura en el sistema interamericano -art. 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos autorizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en la C.A.D.H., el cual encuentra jerarquía constitucional en nuestro sistema normativo (art. 75, inciso 22, de la C.N.)-

Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la actuación de los Amicus Curiae al considerarla un instrumento provechoso destinado a permitir, entre otros objetivos, la participación ciudadana en la administración de justicia en las causas en trámite ante sus estrados y en las que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, mediante las presentaciones efectuadas por terceros ajenos a las partes que cuenten con determinada competencia en la cuestión debatida.

En esa dirección, reglamentaron la intervención del instituto "Amicus Curiae" a través de la Acordada Nro. 7/2013 disponiendo que pueden presentarse en esa calidad las personas físicas o jurídicas que no fueren parte en el pleito y en los procesos que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general y que tengan por objeto enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas.

Así las cosas, el presentante a los efectos de fundar su solicitud, brindó consideraciones acerca del objeto procesal, de las presentes actuaciones, como también, del interés institucional que posee sobre la cuestión debatida, aportando argumentos jurídicos sobre el asunto que se debate.

Para fundamentar su presentación, partió de la base de que "...Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental, estrechamente relacionados con otros derechos consagrados en diferentes instrumentos tanto a nivel nacional como internacional. El ejercicio efectivo de éstos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, como ya se ha dicho, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos que poseen las personas por su calidad de sujeto de derecho...".

Refirió que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "...cuando se trata de reglamentar los derechos políticos se deben observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. De este modo sostuvo que el artículo 23.2) de la CADH admite que se puede reglamentar el ejercicio de estos, siempre que la restricción esté prevista en una ley, no sea discriminatoria, se base en criterios razonables, atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público y sea proporcional a ese objetivo...".

Asimismo, sostuvo que lo establecido en el artículo 3, inc. e) del CEN y el 12 y 19 inc. 2) del C.P. es contrario "...al principio del artículo 37 de la Constitución Nacional que asegura el sufragio "universal, igual, secreto y obligatorio". De esta manera, garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, "con arreglo a las leyes que se dicten en consecuencia" (art.37 CN, 1 y 22). Sería incorrecta cualquier interpretación de la ley que restrinja o desconozca los derechos y libertades individuales (18 CN) o consagre una solución discriminatoria (art. 16 CN)...". Y en igual sentido a los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Por otra parte, destacó que la prohibición electoral no permite identificar una finalidad social legítima.

Además, remarcó que "...La pena debe tener una función resocializadora" (arts. 10.3) PIDCP, 5.6 CADH) que "difícilmente pueda alcanzarse amputando los lazos que unen a los sujetos privados de su libertad con el resto de la sociedad". Es una pena adicional tendiente a mortificar a los condenados, prohibiéndoles la participación en la vida pública y hundiéndolos, en la muerte cívica. Aun, considerando la pena como medida de seguridad, no se advierte la utilidad de la proscripción electoral..." y que la restricción tampoco responde a criterios de necesidad y proporcionalidad.

A su vez, afirmó que la normativa en cuestión vulnera el principio de igualdad, constituyendo una restricción discriminatoria y que no se ajusta a los lineamientos internacionales a los que nuestro país adhirió con la Reforma Constitucional de 1994.

Citó precedentes jurisprudenciales que sirven a la materia y recordó, entre otros, el fallo "Orazi" de la CSJN, en el que el Máximo Tribunal "...consideró que la decisión de la Cámara había sido en consonancia con lo decidido por la Corte Suprema en el caso "Mignone", en la que ya sostuvo que el Poder Judicial debía proveer remedios efectivos para garantizar el goce pleno del derecho a voto y que el Poder Legislativo es quien debe establecer las condiciones para hacer efectivo el derecho a voto a la mayor brevedad posible (...) Por otra parte, aseguro que esa decisión procura el ejercicio autónomo de las competencias constitucionales de cada órgano del estado y ofrece un remedio efectivo ante la constatación de la violación de un derecho político esencial, en tanto ordena la regulación de un sistema electoral compatible con los estándares constitucionales...".

Por último, resaltó los proyectos de ley presentados al Poder Legislativo tendientes a revertir la situación restrictiva del derecho a voto de las personas privadas de la libertad que se encuentran condenadas. Solicito que se tome en consideración los extremos de hecho y de derecho expresados, y la solución propuesta al momento de resolver estas actuaciones, y que se exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a la derogación, sustitución y reglamentación de las normas cuestionadas en un plazo razonable determinado.

Toda vez que, en el presente caso, el peticionante ha aportado argumentos jurídicos acerca de la cuestión que se ventila en las presentes actuaciones, expresando su competencia en la materia que es objeto del recurso de casación que viene a estudio en esta instancia, corresponde tener a la Procuración Penitenciaria de la Nación por incorporada en el carácter de *amicus curiae*.

IV. Reseñado lo antecedente, corresponde adentrarse a la cuestión de fondo planteada en el caso, en torno al planteo de inconstitucionalidad de la inhabilitación electoral de las personas condenadas en juicio penal, que establecen el artículo 3º incisos "e" del Código Nacional Electoral y del artículo 19 inciso 2º en función del 12, del Código Penal.

En lo que concierne al caso bajo análisis, cabe recordar que el art. 12 del C.P. prescribe: "...La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito..."

El art. 19 del C.P., en lo que aquí interesa, dispone: "...La inhabilitación absoluta importa: (...) 2. La privación del derecho electoral (...)".

Por otro lado, el art. 3 inc. "e" del Código Nacional Electoral, establece que: "Están excluidos del padrón electoral: (...) c) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena.(...)".

En el caso, la defensa cuestiona la restricción establecida por la mencionada normativa, en tanto la considera violatoria de la finalidad resocializadora de la pena, lo que refuerza la exclusión y estigmatización. Y a su vez, resulta contrario a lo dispuesto en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

V. Con el fin de analizar la cuestión sometida a estudio en esta oportunidad, procuraré una interpretación de dimensión sustancial, que tenga en cuenta el conjunto de derechos y valores vigentes en la actualidad, la evolución y el cambio de paradigma operado en materia de reconocimiento protección y aseguramiento de derechos de las personas privadas de su libertad, así como el desarrollo y especificación de las garantías y derechos reconocidos por la reforma de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

En esa dirección, la naturaleza de las cuestiones jurídicas en juego me inclina en una interpretación pro personae al permitirme salir de la zona de autorrestricción propia de los magistrados judiciales con el objeto de mejor garantizar los derechos en juego mediante un examen de su constitucionalidad.

Se trata de la postura que concilia mejor el más adecuado equilibrio y los límites del Poder del Estado frente al individuo encarcelado, quien goza de todos los derechos constitucionales cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de la libertad (Fallos: 318:1894 y 334:1216) y, en tal sentido, merece recibir del Estado condiciones de trato digno que, de no cumplirse, tornaría al encierro en ilegítimo.

De este modo, las normas que regulan la ejecución de las penas deben ser interpretadas de conformidad con los principios y los límites del derecho penal del Estado de Derecho, conforme al modelo de intervención penal que surge de una interpretación sistemática de las normas constitucionales y de los pactos internacionales de derechos humanos.

En tal sentido, se debe garantizar que la persona condenada mantenga sus relaciones con el mundo exterior en la mayor extensión posible, asegurando el ejercicio de los derechos y obligaciones, inherentes al ser humano. Para ello, se le deben otorgar herramientas que permitan cumplir con el ideal resocializador de la ejecución de la pena y no restringir sus derechos.

Cabe traer aquí a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (hoy llamadas Reglas Mandela) en cuanto establecen que "En el tratamiento de los reclusos no se hará hincapié en el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella... (Regla 88.1)".

Y ello exige, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el Estado tome la iniciativa para “garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible” (Corte IDH, “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, sentencia de 2 de septiembre de 2004).

Que en tal sentido ha sido clara la Corte Suprema de Justicia de la Nación al establecer que “(...) aunque determinados derechos de los condenados pueden ser disminuidos por las exigencias del encierro, al prisionero no se lo despoja de la protección constitucional por cuanto ‘no hay una cortina de hierro trazada entre la Constitución y las prisiones de este país’ ...El ingreso a una prisión, en tal calidad, no despoja al hombre de la protección de las leyes y en primer lugar de la Constitución Nacional. Los prisioneros son, no obstante ello, personas titulares de todos los derechos constitucionales, salvo libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso” (Fallos 327:388).

Ahora bien, el derecho a elegir libremente a un representante, así como el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos y elegir libremente a sus gobernantes, integra el universo de Derechos Humanos reconocidos en los principales Instrumentos Internacionales que nuestro país incorporó al derecho interno con jerarquía constitucional (cfr. artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Al respecto, nuestro más alto tribunal ha señalado que “...tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que “la interpretación de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos...” y que “...el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre los derechos humanos (caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21)” (R. 401. XLIII. Recurso de hecho deducido en causa “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino sobre daños y perjuicios”, resuelta el 27/11/12).

Que en lo que se refiere al modo en el que dicho control ha de ser ejercido, debe atenderse al alcance que la Corte Interamericana asigna al artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al precisar que los Estados parte “deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’. Según dicha Corte, ‘garantizar’ implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce” (cf. Fallos 318:514).

La Convención Americana de Derechos Humanos garantiza el voto individual y establece que el ejercicio de dicho derecho está sujeto a una razonable reglamentación, es decir, que debe guardar suficiente relación con la finalidad que justifique su aplicación (art. 23 CADH)

Allí se establece que: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley debe reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.” (el destacado no pertenece al original).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “...la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina

de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue...". (Caso "Yatama vs. Nicaragua", sentencia del 23 de junio del año 2005).

La Comisión IDH estableció que "...hay ciertos aspectos de la vida de las personas, especialmente ciertos atributos inviolables de la persona humana que están más allá de la esfera de la acción del Estado y no pueden ser legítimamente menoscabados..." (Informe 38/96, Caso 10.506 "Arenas" o "X e Y", del 15 de octubre de 1996).

Allí, la Comisión IDH fijó estándares a partir de los cuales es posible extraer criterios útiles para determinar el alcance de la facultad estatal para limitar los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad. Luego de establecer que toda restricción del Estado a los derechos reconocidos por la Convención debe surgir de una ley emitida por el Poder Legislativo -principio de legalidad-; exigió que esa limitación a un derecho fuera razonable y proporcional al interés que la justifica.

Al emitir mi voto en la causa "Betolli, José Tadeo Luis y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 16.491.13.4, rta. el 10/09/2013, recordé que la reforma constitucional de 1994 incluyó - con esa jerarquía - a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, de la C.N.) "en las condiciones de su vigencia", es decir, teniendo en cuenta las recomendaciones y decisiones de órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, en el marco de sus competencias (cfr. CSJN: causa "Girolodi", Fallos: 318:514, considerando 11; Fallos: 319:1840, considerando 8; Fallos: 327:3312, considerando 11).

Por ello, las restricciones a los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales deben provenir de una ley, en sentido formal, y además esa reglamentación debe ser razonable y necesaria, conforme los estándares internacionales reseñados.

La Constitución Nacional "...garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio." (cfr. Artículo 37 CN). Y de esta manera, la regulación del derecho a votar debe ser razonable y no puede significar una restricción genérica del derecho (art. 28 CN).

Cabe resaltar que el artículo 37 de la Constitución Nacional además de ser un derecho del individuo que está relacionado con la libre decisión sobre su destino y consecuente resguardo de su ámbito de autodeterminación, está estrechamente vinculado con el principio de soberanía popular, en cuanto a la conformación de la estructura gubernamental y el correcto funcionamiento del sistema democrático, de acuerdo con la voluntad colectiva (arts. 1 y 33 de la CN).

En este sentido, nuestro máximo Tribunal ha dicho que "...El sistema representativo republicano consiste en la participación del ciudadano en la formación del gobierno y esa participación se manifiesta en el ejercicio del derecho del voto. De ahí se deriva que los ciudadanos están obligados a votar, por ser ello indispensable para la organización de los poderes del Estado, pues si ese deber no rigiera, la existencia del gobierno podría peligrar o no ser éste la expresión de la verdadera voluntad popular..." (cfr. CSJN, "Esquivel, Héctor Darío", sentencia del 17/5/1933).

Que por otra parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara al respecto al sostener que el ejercicio efectivo de los derechos políticos y en particular el voto, constituye un fin en sí mismo y a la vez, un medio fundamental para garantizar la vigencia del resto de los derechos humanos previstos en la Convención (CIDH, "Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos", sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 145/149).

VI. Establecidos los límites que enmarcan la presente controversia, el valor del sufragio universal e igual en el Estado democrático y los parámetros del control judicial de convencionalidad de las normas que reglamentan el ejercicio del derecho en juego, advierto que las normas que limitan genérica y automáticamente el derecho a votar de las personas privadas de su libertad se encuentran

en crisis frente a la irreversible evolución y avance en el reconocimiento de sus derechos y entiendo que el punto debe ser objeto de una detenida y actualizada reflexión jurisdiccional.

He sostenido en distintos precedentes y como Presidente del Sistema Interinstitucional de Control Judicial de Cárceles, que un cambio de la perspectiva de abordaje de las cuestiones penitenciarias impone mirar tras los muros desde la óptica de la efectiva vigencia de los derechos y no ya desde las prohibiciones (cfr. vgr. Causa Nro. 871/2013 caratulada "RAMÍREZ, Juan Ramón s/recurso de casación", Reg. Nro. 2331.14.4, rta. el 06/11/14).

El ingreso a una prisión no despoja a la persona de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional, y la dignidad humana implica que quienes han sido penalmente condenados son titulares de todos los derechos constitucionales cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad (cfr. en el mismo sentido, C.S.J.N., Fallos 318:1894, 334:1216).

En lo que respecta al derecho al voto de las personas privadas de su libertad corresponde recordar que en el caso "Mignone" la Corte reconoció el derecho a votar de los detenidos no condenados, al afirmar que "...Es cierto que, necesariamente, algunos derechos son restringidos en virtud de la detención pero, también necesariamente, que subsisten inalterados un conjunto de derechos a intramuros del presidio. El de la inviolabilidad de la correspondencia que esta Corte reconoció a los condenados –por ejemplo- rige, naturalmente, para los procesados. Pero, tampoco se limitan, el derecho a la integridad física, psíquica y moral, el derecho a la honra, el derecho a contraer matrimonio, la libertad de conciencia, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad, el derecho a aprender, para trazar sólo una relación incompleta. Es, en fin, la libertad ambulatoria y no la dignidad lo que cede en estas situaciones..." (Fallos 325:524).

Sin embargo, el Código Nacional Electoral todavía excluye a las personas condenadas del padrón, esto es, de la posibilidad de elegir a sus representantes.

Ahora bien, a lo largo de la historia en nuestro país se han realizado grandes esfuerzos desde distintos sectores para la progresiva conquista de la universalidad del voto. El argumento central tiene que ver con la autonomía de los individuos que exige restringir las limitaciones de derechos a aquello que sea estrictamente necesario y que demanda regular el valor de los medios con los fines perseguidos.

La ejecución de la pena de prisión, en nuestro derecho, busca la reinserción social y evitar la reincidencia y no se advierte el modo en que aislarlo de la posibilidad de elegir a sus representantes contribuya a esos fines, más bien todo lo contrario.

En este sentido, "[l]a ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad." (art. 1 de la ley de ejecución de la pena).

Asimismo, es necesario actuar de modo consecuente con las exigencias de la sociedad que se pretende construir. En este sentido, en la búsqueda de una sociedad democrática, sólida, plural e inclusiva, se imponen las razones del voto universal, en el caso las que permiten el voto a las personas condenadas. En esa línea, la jurisprudencia más reciente comenzó a inclinarse a favor del derecho al voto de los condenados.

En efecto, en 2016 la Cámara Electoral Nacional declaró la inconstitucionalidad de la inhabilitación para votar de las personas privadas de libertad con condena y reconoció que la normativa deniega el derecho como pena accesoria automática. Allí afirmaron que la inhabilitación en nada se vincula con el alcance propio de la pena impuesta a la persona. (ver causa: "Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/amparo – Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2º C.P. y 3º inc. 'e', 'f' y 'g' C.E.N.)" (Expte. N° CNE 3451/2014/CA1).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación el 10 de febrero de 2022 se expidió en "Orazi Martín Oscar s/ inhabilitación (art. 3 CEN)". En el caso, se revisó la pauta temporal establecida por la Cámara Nacional Electoral para que el Congreso cumpla con la sentencia dictada a fin de garantizar el derecho al sufragio de los detenidos, el que fue establecido siguiendo la línea fijada en el precedente "Mignone" (Fallos: 325:524), y se remarcó que "...el Congreso de la Nación ni siquiera ha dado tratamiento a los diversos proyectos de ley presentados a efectos de implementar el derecho a votar de los condenados (ver expedientes 5735-D-2016, reproducido por expediente 0955-D-2018; 1310-D-2017, reproducido por expediente 1349-D-2019; y 0268-D-2021)...".

Nuestro más alto Tribunal también tiene dicho que “Ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad” (Fallos: 313:1262) y que “... toda situación de privación de libertad impone al juez o funcionario que la autorice el deber de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos del detenido no afectados por la medida de que se trate...” (Fallos: 322:2735).

Que la efectiva y real garantía a la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas sean reconocidas como titulares de todos los derechos constitucionales cuya restricción no derive razonable y necesariamente de la privación de la libertad (Fallos: 318:1894 y 334:1216).

Bajo estos parámetros, la prohibición contenida en las normas cuestionadas, atenta contra la dignidad del ser humano, afecta su condición de persona, que no la pierde por estar privado de su libertad, dado que produce un efecto estigmatizante, innecesariamente mortificante y, por ende, violatorio del art. 18 CN, del art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 5º apartado 6º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es que el condenado es persona humana, es sujeto de derecho y conserva todos los derechos que no fueran afectados por la sentencia de condena o por la ley o reglamentaciones que en consecuencia se dicten (principio constitucional de legalidad, art. 18 C.N.).

Y a su vez, se ha afirmado que “El ingreso a una prisión (...) no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional” (cfr. Fallos: 318:1894, considerando 9º del voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano).

Es preciso recordar que el artículo 37 de la Constitución Nacional consagra al voto “universal, igual, secreto y obligatorio”, y que numerosos Instrumentos Internacionales garantizan el derecho al sufragio y reclaman una reglamentación razonable.

Al respecto, el artículo 25 del PIDCyP reconoce y ampara el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos, el derecho a votar y a ser elegido. Cualquiera que sea la forma de constitución o gobierno que adopte un Estado, el Pacto impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro tipo que puedan ser necesarias para garantizar que los ciudadanos tengan efectivamente la posibilidad de gozar de los derechos que ampara. Además, el artículo 25 apoya el proceso del gobierno democrático basado en el consentimiento del pueblo y de conformidad con los principios del Pacto.

No se permite hacer distinción alguna entre los ciudadanos en lo concerniente al goce de esos derechos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El derecho a votar en elecciones y referendos debe estar establecido por la ley y sólo podrá ser objeto de restricciones razonables, como la fijación de un límite mínimo de edad para poder ejercer tal derecho. No es razonable restringir el derecho de voto por motivos de discapacidad física ni imponer requisitos o restricciones relacionados con la capacidad para leer y escribir, el nivel de instrucción o la situación económica tampoco la afiliación a un partido no debe ser condición ni impedimento para votar.

Los Estados deben adoptar medidas eficaces para asegurar que todas las personas que tengan derecho a votar puedan ejercerlo y deberán adoptarse medidas positivas para superar toda dificultad concreta, como el analfabetismo, las barreras lingüísticas, la pobreza o los obstáculos a la libertad de circulación, que impidan a las personas con derecho de voto ejercer sus derechos en forma efectiva. Se deberá disponer de información y material acerca de la votación de los idiomas de las distintas minorías.

Además, los Estados deben indicar y explicar las disposiciones legislativas, en virtud de las que se puede privar del derecho de voto a los ciudadanos. Los motivos para privarles de ese derecho deben ser objetivos y razonables.

Por su parte, el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.” (el destacado no forma parte del original).

Así, el Estado de Derecho Democrático, basado en la representatividad popular no puede permitirse excluir a las personas privadas de su libertad del acto más democrático de todos en la vida política, que es el que tenemos cada uno de los ciudadanos de participar en la elección de nuestros representantes.

Excluirlos de la posibilidad de votar se traduce en un castigo adicional a la pena ya impuesta y no guarda relación alguna con los fines de la pena. Es preciso recomponer esta situación que contradice los principios de la Constitución Nacional debiéndose garantizar a Víctor Manuel Zelaya el pleno ejercicio de su derecho al sufragio universal, igual, secreto y obligatorio. Es que el ejercicio del derecho al voto constituye una herramienta indispensable para el desarrollo de las personas privadas de su libertad ya que se funda en los valores democráticos consagrados en nuestra Constitución (arts. 1 y 31 de la CN).

De lo expuesto, surge en consecuencia que, en el caso de autos, se infringe el derecho al voto de Víctor Manuel Zelaya (arts. 37 de la CN, 25 del PIDCP, 21 de la DUDH, XX de la DADDH, 23 de la CADH), en tanto la legislación electoral colisiona los principios de igualdad (universalidad) y pro homine (arts. 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas, 29 de la CADH).

La exclusión del ejercicio al voto por parte de Zelaya, deviene arbitraria por lo que corresponde declarar la inconstitucionalidad parcial de las normas en que sustenta la prohibición y disponer por las autoridades su incorporación al padrón electoral y adoptar las medidas necesarias para su efectiva participación en los próximos actos eleccionarios.

Asimismo, se infringe el derecho a la no discriminación (arts. 1, 2 y 7 de la DUDH, 2.2 del PIDESC, 2.1 y 26 del PIDCP, II de la DADDH, 1.1, 23, 24 de la CADH), no ya como condición de ejercicio, sino como derecho humano esencial, esto es toda distinción o exclusión basada en la condición de la persona que tiene por resultado anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condición de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social o cultural.

Por último, se vulnera el principio de reserva (arts. 19 de la CN, 15 del PIDCP, 9 de la CADH), toda vez que la privación del ejercicio del voto no tiene vinculación alguna con el injusto penal y la culpabilidad del condenado (derecho penal de autor y no de acto). De igual modo, se afecta el principio de resocialización (arts. 18 de la Const. Nacional, 10.3 del PIDCP, 5.6 de la CADH), una de las pautas rectoras en la ejecución de la pena.

VII. En función de todo lo expuesto, propongo al acuerdo, I. TENER POR INCORPORADO en carácter de amicus curiae a la Procuración Penitenciaria de la Nación representada por el doctor Ariel Cejas Meliari. II. HACER LUGAR al recurso interpuesto por la Defensa Pública Oficial, REVOCAR la resolución recurrida y DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de los arts. 19 inc. 2 en función del 12 del C.P. y del artículo 3 inciso “e” del Código Nacional Electoral, en relación al derecho al voto de Víctor Manuel Zelaya. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del CPPN).

El señor juez doctor Eduardo Rafael Riggi dijo:

Más allá que en oportunidad de pronunciarnos en las causas n° 7403, caratulada “Castro, Juan Carlos s/recurso de inconstitucionalidad”, reg. n° 606/07, del 28/5/2007 y n° 6109 caratulada “Chávez, Miguel David s/recurso de inconstitucionalidad”, reg. n° 1795/07 del 13 de diciembre de 2007 –entre muchas otras-, hemos declarado la constitucionalidad del artículo 12 del Código Penal, lo cierto es que, en el caso, el planteo de inconstitucionalidad que originó el dictado de la resolución impugnada fue introducido tardíamente, puesto que la pena de inhabilitación absoluta del art. 19 del C.P. fue impuesta al condenado Víctor Manuel Zelaya en la sentencia dictada por el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata el 14 de diciembre de 2020.

Al respecto, el Máximo Tribunal del país lleva dicho que la cuestión constitucional debe deducirse en la primera oportunidad posible en el curso del proceso (CSJN Fallos: 297:285; 298:368; 302:346, entre otros).

Sin perjuicio de ello, corresponde destacar que conforme a lo resuelto recientemente por la CSJN el 10/02/2022 en la causa CNE 3995/2015/CS1 "Orazi, Martín Oscar s/inhabilitación (art. 3 CEN)", la pretensión de la parte recurrente se encuentra supeditada a que el Congreso de la Nación revise, a la mayor brevedad posible, la reglamentación vigente relativa al derecho al sufragio de los condenados.

Por otro lado, en punto a si el consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal, para que se restituya al condenado -en los términos del artículo 20 ter del C.P.- el uso y goce del derecho electoral, resulta vinculante o, dicho en otros términos, si despoja a la jurisdicción de su facultad de decidir sobre la cuestión, hemos sostenido en reiteradas oportunidades que la circunstancia de que existiere conformidad fiscal a la solicitud de la defensa en la instancia anterior, no resulta vinculante para el juez a cargo del control de la ejecución de la pena privativa de la libertad (cfr. causa n° 79/2013 "Campos, Ariel Maximiliano s/ recurso de casación", rta. 12/08/2013, registro n° 1357/13; causa n° 154/2013 "Cárcamo, Mauricio Ángel s/recurso de casación", rta. 15/08/2013, registro n° 1396/13; causa n° 254/2013 "García, Leonardo Fabio s/recurso de casación", rta. 12/08/2013, registro n° 1358/13; causa n° 17.136 "Luna, Daniel Alberto s/recurso de casación", rta. 22/05/2013, registro n° 801/13; a cuyos fundamentos nos remitimos por razones de brevedad).

De modo que, aun existiendo dictamen favorable del Ministerio Público Fiscal para la restitución solicitada, el requerimiento de la defensa quedará inexorablemente sometido al escrutinio jurisdiccional.

Sentado ello y analizadas las circunstancias del caso, advertimos que el recurrente no logra rebatir los argumentos expuestos por el tribunal de la instancia anterior para rechazar la rehabilitación pretendida por la defensa, ni demostrar un defecto que habilite la instancia que pretende.

En ese orden, ponderamos que en la resolución cuestionada se señaló que "el art. 20 ter. del C.P. refiere al caso de la persona que haya sido condenada a una pena de inhabilitación absoluta" y que "en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad", por lo que, razonablemente, el tribunal interpretó que dicha norma alude "...solo a la situación que la pena sea exclusivamente de inhabilitación (art. 5 C.P.)".

Por lo expuesto, consideramos que el recurrente no consigue demostrar el vicio jurídico que alega y no se ha hecho cargo de rebatir adecuadamente los argumentos en los cuales el a quo resolvió rechazar sus pretensiones sino que sus agravios sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (C.S.J.N. Fallos 302:284; 304:415); decisión que cuenta con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888).

En efecto, la discrepancia valorativa expuesta por la parte recurrente, amén de demostrar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:262; 314:451), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108), lo que sella definitivamente la suerte de su recurso.

Por lo expuesto, propiciamos el rechazo del recurso de casación interpuesto, con costas, de conformidad con las previsiones de los artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación.

Tal es nuestro voto.

El señor juez doctor Juan Carlos Gemignani dijo:

En virtud de los hechos de autos, a cuya descripción en atención a la brevedad me remito a lo expuesto por mi distinguido colega que precede el Acuerdo, el doctor Gustavo M. Hornos, considero que las circunstancias normativas del caso reclaman la aplicación de los antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 10 de febrero del corriente año causa CNE 3995/2015/CS1 "Orazi, Martín Oscar s/inhabilitación (art. 3 CEN)", que hizo expansivo a los condenados cumpliendo pena privados de su libertad lo dispuesto en el fallo "Mignone, Emilio Fermín s/ amparo" de fecha 9 de abril de 2002.

De tal manera, coincidiendo con el criterio sentado por el Alto Tribunal, entiendo que resultan incompatibles los artículos 12, y 19 inc. 2 del Código Penal; y el artículo 3 inc. "e" del Código Electoral, en cuanto a que la privación del derecho al voto infringe, y establece una situación de compromiso, con derechos y garantías reconocidos por nuestra Carta Magna y por Tratados Internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN).

Por ello, entiendo que debe declararse la inconstitucionalidad de los artículos 19 inc. 2 en función del 12 del C.P., y 3 inciso “e” del Código Nacional Electoral.

Ello sin perjuicio de hallarnos frente a la afectación hipotética del derecho al sufragio toda vez que no se configura agravio actual que esté pendiente de resolución. Esto, teniendo en cuenta que el vencimiento de la pena que viene cumpliendo Víctor Manuel Zelaya acaecerá el 29 mayo de 2023 (cfr. computo de pena a fs. 3 del presente expediente electrónico), por lo tanto, no hay una inminente votación que implique la imposibilidad de ejercer el derecho que se busca resguardar.

La inconstitucionalidad declarada se establece, consecuentemente, para la eventualidad futura del cercenamiento del derecho durante el término de la condena. Vale decir, para hacerse valer frente al establecimiento de un acto electoral durante la vigencia de la misma.

Por todo lo expuesto, acompaño la solución propuesta por el Dr. Gustavo M. Hornos solo en cuanto resuelve HACER LUGAR al recurso interpuesto por la Defensa Pública Oficial, REVOCAR la resolución recurrida y DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de los arts. 19 inc. 2 en función del 12 del C.P. y del artículo 3 inciso “e” del Código Nacional Electoral, en relación al derecho al voto de Víctor Manuel Zelaya. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

En mérito del Acuerdo que antecede, por mayoría, el Tribunal, RESUELVE:

I. HACER LUGAR al recurso interpuesto por la Defensa Pública Oficial, asistiendo a Víctor Manuel Zelaya REVOCAR la resolución recurrida y DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de los arts. 19 inc. 2 en función del 12 del C.P. y del artículo 3 inciso “e” del Código Nacional Electoral, en relación al derecho al voto de Víctor Manuel Zelaya. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

CASO 6

Caso: CSJ 2561/2018/RH1 Aguirre, Gabriela Yolanda c/ Quevedo, Eulalia y otro s/ daños y perjuicios (accidente de trabajo)

Tribunal que resolvió: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Fecha: 10-may-2022.

Resumen de los hechos:

La madre de dos niños promueve una acción por daños y perjuicios, por derecho propio y en representación de aquellos, en virtud del accidente laboral ocurrido ese mismo año (2012), del cual resultó la muerte del padre de los menores de edad, por lo que solicitó la indemnización correspondiente.

A partir de contingencias de la causa, que significaron la inacción de la actora y sin que los jueces hayan dado intervención a quienes según las normas internas tienen participación necesaria en toda causa en donde se encuentre en juego el interés de menores de edad y especialmente el derecho a la defensa y a ser oído (Ministerio Pupilar), y de acuerdo con la normativa procesal local aplicable (que haya transcurrido el plazo de un año desde la última notificación o diligencia destinada a impulsar el procedimiento), el Tribunal Superior de la provincia de Jujuy, convalidó el criterio del juez inferior que endilgaba la inacción de modo exclusivo a la madre de los niños, ordenándose la caducidad de instancia y la obturación del reclamo.

Así, sostuvo “[...] las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño no modifican el artículo 202 del Código Procesal Civil local, del cual surge que la caducidad corre aún contra los niños, en tanto su incapacidad se encuentra suplida o compensada por la representación de sus progenitores, tutores o defensores, con la que contaron en las presentes actuaciones”

La actora, luego de agotar las vías recursivas ante el tribunal provincial, interpone una queja por denegatoria de recurso extraordinario federal, ante la Corte Suprema nacional.

Resumen de la decisión:

La sentencia de la Corte Suprema argentina hace suyos los argumentos y conclusiones del Procurador Fiscal, y deja sin efecto la sentencia apelada.

Más allá de establecer, con fundamento en la normativa superior y Derecho Internacional de Derechos Humanos la necesidad de intervención obligada del defensor de menores de edad, y de señalar el ámbito de comprensión de las garantías judiciales para ese colectivo específico (art. 8.1 CADH y art. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño), especificó estándares para resolver estos casos en virtud de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente “Furlan y familiares vs. Argentina” (vgr. obligación de debida diligencia y tutela reforzada por parte del juez, con la participación oportuna de organismos específicos para asegurar el derecho a ser oído del niño o adolescente y su defensa adecuada).

Así, señaló: “[...] en la medida en que le corresponde al juez como director del proceso asegurar la participación oportuna del Ministerio de Menores, hasta tanto no se efectiviza dicha participación, e incluso se dirime si ese ministerio actuará en calidad complementaria o principal, no puede configurarse la caducidad de la instancia sólo por la falta de impulso procesal del representante legal”.

*“Es que, ante la verificación de la situación de indefensión jurídica de los hijos de la demandante, el juzgador debió llevar a cabo un control judicial activo y disponer la notificación inmediata de esta situación al Ministerio Público, a fin de evitar el abandono de proceso en perjuicio éstos. En ese sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacaron el deber de tutela reforzada que recae sobre los jueces en los procedimientos judiciales que involucran derechos de los niños, niñas o adolescentes (Fallos: 324:122, “Guckenheimer”; entre otros, Corte IDH, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012, párrs. 127 y 169). En particular, el tribunal interamericano remarcó que, en procesos de esta naturaleza, **“el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos”** (“Furlan”, párr. 169)”.*

CSJ 2561/2018/RH1

Aguirre, Gabriela Yolanda c/ Quevedo, Eulalia y otro s/ daños y perjuicios (accidente de trabajo).
Corte Suprema de Justicia de la Nación
Buenos Aires, 10 de Mayo de 2022

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Aguirre, Gabriela Yolanda c/ Quevedo, Eulalia y otro s/ daños y perjuicios (accidente de trabajo)”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con costas. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Dictámen del Procurador al que remite la decisión de la Corte Suprema:

Suprema Corte:

-I-

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy – Sala IV, Laboral– rechazó el recurso local de inconstitucionalidad por sentencia arbitraria incoado por la actora y confirmó el pronunciamiento emitido por el órgano jurisdiccional de anterior grado que había declarado la caducidad de la instancia procesal e impuesto las costas en el orden causado (fs. 50/57 del expediente LA-13922/17, que corre como agregado).

Indicó que la sentencia apelada no podía considerarse arbitraria dado que resultaba posible advertir la existencia de los presupuestos que llevaron al juzgador a presumir en el caso el abandono de la instancia. Precisó que desde el proveído del 18 de junio de 2013 hasta el siguiente escrito que impulsó el procedimiento, presentado el 12 de diciembre de 2014 (ver. fs 46 y 48 del expediente B-282912/12, que corre como agregado), había transcurrido en exceso el plazo de caducidad de un año establecido en el artículo 200 del Código Procesal Civil local, sin que se encontrase pendiente resolución judicial alguna.

En cuanto al agravio de la recurrente referido a la falta de intervención en la causa del Ministerio de Menores, explicó que los intereses de los niños G. A. P. A. y A. I. A. P., hijos de la accionante y el trabajador cuyo fallecimiento originó el reclamo de la indemnización laboral pretendida en autos, contaron igualmente con tutela dual, toda vez que fueron representados por el Ministerio Público del Trabajo (tal como este órgano lo reconoció en su dictamen de fs. 197 del expediente B-282912/12, donde citó sus anteriores intervenciones de fs. 102, 107 y 118). Destacó que, conforme los términos del inciso segundo del artículo 21 del Código Procesal del Trabajo local, corresponde a ese ministerio tomar intervención en todo asunto judicial que interese a la persona o bienes de los menores de edad, dementes y demás incapaces, y entablar en su defensa las acciones o recursos necesarios, sea directa o juntamente con los representantes de aquellos.

Asimismo, expresó que la presencia del interés de los niños involucrados en el expediente no podía hacer prescindir del instituto de la caducidad de instancia y así cercenar los derechos de la contraparte. A su vez, sostuvo que las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño no modifican el artículo 202 del Código Procesal Civil local, del cual surge que la caducidad corre aún contra los niños, en tanto su incapacidad se encuentra suplida o compensada por la representación de sus progenitores, tutores o defensores, con la que contaron en las presentes actuaciones.

-II-

Contra ese pronunciamiento, la actora –en representación de sus hijos G. A. P. A. y A. I. A. P.– interpuso recurso extraordinario (fs. 60/78, expte. LA-13922/17), que fue contestado (fs. 82/88, expte. LA-13922/17) y denegado (fs. 98/99, expte. LA-13922/17), lo que dio lugar a la queja en examen (fs. 46/51 del cuaderno respectivo).

La recurrente sostiene que existe sentencia definitiva pues, en tanto dispone la finalización del proceso, impide a su parte el acceso a la justicia para la adecuada tutela de los derechos de G. A. P. A. y A. I. A. P., lo que causa un agravio de imposible reparación ulterior.

Con sustento en la doctrina de arbitrariedad de sentencias, señala, en lo sustancial, que la decisión judicial impugnada se basó en fundamentos aparentes ya que, al validar la falta de participación del Ministerio Pupilar, que resultaba indispensable, afectó las garantías de defensa en juicio y el derecho de propiedad de los niños, violando los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional. Al mismo tiempo, denuncia que el pronunciamiento recurrido vulneró normas federales, entre ellas, la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya jerarquía constitucional se desprende del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Por otra parte, a fojas 58/62 del cuaderno de queja tomó la intervención que por ley corresponde la Defensoría General de la Nación, quien, de forma concordante con la parte recurrente, solicitó que se revoque la sentencia apelada. A tal efecto, reiteró los agravios expresados por la apelante y resaltó la obligación especial de protección que recae sobre la comunidad, y el Estado, frente a los niños y niñas. En particular, reprochó el accionar del tribunal a quo por cuanto adoptó una decisión restrictiva, que implicó privar a sus defendidos del derecho a la representación oportuna del ministerio pupilar. Citó instrumentos específicos en tal sentido y doctrina de la Corte Suprema y de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos que resaltan los deberes de los jueces de impulsar de oficio el proceso y velar por los derechos de la niñez.

-III-

En primer lugar, cabe recordar que si bien los pronunciamientos por los cuales los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos locales sometidos a su conocimiento no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, tal principio reconoce excepciones cuando media arbitrariedad y la declarada improcedencia puede generar una restricción indebida del derecho de defensa (dictámenes de la Procuración General de la Nación, cuyos fundamentos fueron compartidos por la Corte Suprema en los precedentes registrado en Fallos:329:3673, "Empresa General Belgrano" y 330:4498, "Pastrana", y sus citas, entre muchos otros).

Por lo demás, aunque es cierto que lo atinente a la caducidad de instancia remite al examen de cuestiones fácticas y de derecho procesal ajenas de por sí al remedio federal, también lo es que tal criterio admite excepción cuando media un apartamiento de las constancias de la causa, o cuando el examen de aquellos requisitos se efectúa con injustificado rigor formal que afecta los derechos de defensa en juicio, debido proceso y propiedad, máxime cuando la decisión en curso pone fin al pleito causando un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior (Fallos: 342:1362, "Banco de la Nación Argentina").

A su vez, la Corte Suprema ha sostenido que por ser la caducidad de instancia un modo anormal de terminación del proceso y de interpretación restrictiva, la aplicación que de ella se efectúe debe adecuarse a ese carácter, evitando incurrir en un exceso ritual que la desnaturalice (Fallos: 342:1367, "Luna", por remisión a los fundamentos expuestos en el dictamen de esta Procuración General de la Nación, y sus citas).

En mi entender, el caso reúne las condiciones apuntadas, pues cabe adelantar que la sentencia recurrida resulta arbitraria en tanto confirmó, con excesivo rigor formal, el pronunciamiento de grado que había decretado la caducidad de la instancia, sin ponderar de manera adecuada la falta de intervención oportuna que correspondía otorgar al Ministerio Público con competencia local para ejercer la representación promiscua de los niños involucrados en la causa.

Al respecto, creo pertinente mencionar que el Alto Tribunal ha sostenido recientemente que son descalificables las sentencias que omiten dar intervención al ministerio pupilar para ejercer la representación promiscua cuando la resolución compromete en forma directa los intereses de niños, niñas y adolescentes, por cuanto ello importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho órgano, y no solo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones (Fallos: 341:424, "T., A. A."). Específicamente, la Corte ha revocado una resolución que decretaba la caducidad de la instancia sin que se hubiese otorgado la participación previa, necesaria y oportuna al Ministerio Público que debía ejercer la representación promiscua del allí accionante (Fallos: 334:1237, "Palacios"). En el sub lite, el 22 de octubre de 2012, la actora promovió demanda, por derecho propio y en representación de su hijo G. A. P. A., en virtud del accidente laboral acontecido el 25 de agosto de ese mismo año, que tuvo como resultado la muerte del trabajador, padre del niño, por lo que solicitó la indemnización correspondiente (fs. 29/36 del expte. B-282912/12, que se citará en lo sucesivo).

En respuesta a ese escrito, el 25 de marzo de 2013, la Sala III del Tribunal de Trabajo dictó un proveído mediante el cual se avocó al conocimiento de la causa (fs. 41), pero omitió ordenar la vista pertinente al Ministerio Público del Trabajo que, conforme el ordenamiento provincial, contaba con facultades legales para intervenir en todo asunto judicial que interese a la persona o bienes de los niños y entablar en su defensa las acciones o recursos necesarios, sea directa o juntamente con los representantes de aquellos (art. 21, inciso 2, del Código Procesal del Trabajo de la Provincia de Jujuy), o bien a la Defensora de Menores e Incapaces que, con sustento en los artículos 59 y 494 del Código Civil entonces vigente, actuó en representación de G. A. P. en el marco del expediente iniciado por consignación ante otra sala del mismo tribunal —B 283416/12, cuyas constancias fueron agregadas a estos autos (fs. 81)—. De este modo, ante esa primera presentación, el tribunal pasó por alto la participación necesaria que correspondía conferir al Ministerio Público competente a nivel local para garantizar el impulso del trámite del expediente en caso de inacción de la progenitora, y a los efectos de defender los intereses del niño, en particular, su derecho a ser oído (cf. art.

18, Constitución Nacional; 8.1, Convención Americana sobre los Derechos Humanos; 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 2, 3. b, 24 y 27, Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

Posteriormente, el 12 de abril de 2013, la demandante denunció el nacimiento de su hija A. I. A. P., quien, según sostuvo, es también hija del trabajador fallecido (fs. 43/44). En consecuencia, el 18 de junio de 2013, el tribunal interviniente tuvo por presentado dicho escrito (fs. 46) sin disponer, tampoco en ese momento, la vista al órgano provincial facultado para representar los intereses de la niña.

A partir de allí, dado que la siguiente presentación de la accionante, en la que informó el cambio de patrocinio letrado (fs. 48), data del 12 de diciembre de 2014, el a quo convalidó la decisión de grado que endilgaba la inacción de modo exclusivo a la actora, por haber transcurrido el plazo de un año desde la última notificación o diligencia destinada a impulsar el procedimiento, conforme los términos de la norma procesal local aplicable. Sin embargo, no tuvo en cuenta la deliberada omisión por parte de la Sala III del Tribunal del Trabajo de correr la vista oportuna al órgano pupilar que a nivel local debía actuar para resguardar el interés de los niños involucrados.

Es que, ante la verificación de la situación de indefensión jurídica de los hijos de la demandante, el juzgador debió llevar a cabo un control judicial activo y disponer la notificación inmediata de esta situación al Ministerio Público, a fin de evitar el abandono de proceso en perjuicio éstos. En ese sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacaron el deber de tutela reforzada que recae sobre los jueces en los procedimientos judiciales que involucran derechos de los niños, niñas o adolescentes (Fallos: 324:122, "Guckenheimer"; entre otros, Corte IDH, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012, párrs. 127 y 169). En particular, el tribunal interamericano remarcó que, en procesos de esta naturaleza, "el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos" (párr. 169).

En ese orden, la actuación del Ministerio Público respecto de niñas y niños puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal y, en lo que aquí interesa, se torna principal cuando existe inacción de los representantes legales y se encuentran comprometidos los derechos de los representados (arts. 59, 493 y 494 del Código Civil vigente al inició de la acción y 103, inc. b.i, del actual Código Civil y Comercial; art. 21, inciso 2, del Código Procesal del Trabajo de la Provincia de Jujuy, aplicable al sub lite). La intervención de ese ministerio no es equivalente a la de quien patrocina a un adulto, dado que en el primer caso se procura resguardar el interés superior del niño y el orden público, valores estos que merecen especial tutela jurisdiccional. A su vez, dicho organismo puede requerir, en su carácter de parte, todas las medidas conducentes para la mejor defensa de la persona y bienes de los tutelados.

Así, más allá de la discusión procesal propia de los jueces de la causa relativa a si puede o no atribuirse inacción a la recurrente, el Superior Tribunal provincial debió valorar de manera adecuada la falta de intervención oportuna del órgano competente para representar a los hijos del trabajador fallecido, previo a confirmar una medida tan gravosa para éstos, como la caducidad de la instancia. En especial, cuando la omisión de esta diligencia impidió a ese ministerio cumplir en tiempo y forma con los deberes y atribuciones específicos que la ley le asigna en resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que cuentan con protección especial del ordenamiento jurídico.

No modifica esa conclusión el hecho de que el tribunal de grado le haya otorgado vistas al Ministerio Público del Trabajo a partir del 30 de abril de 2015 (fs. 98 y 192), luego de la denuncia formulada por la accionante sobre la falta de actuación del órgano pupilar en su escrito de ampliación de demanda (fs. 84/97). Así lo entiendo pues las intervenciones conferidas a dicho organismo fueron tardías, ya que al momento en que emitió su primera opinión había transcurrido el plazo que motivó la caducidad en debate (ver fs. 102). Además, no obstante haber dictaminado dicho ministerio en contra de la caducidad de la instancia no concretó, a esa altura del trámite, ninguna medida útil en defensa de los intereses de los niños cuya representación le correspondía ejercer, como pudo haber sido, por ejemplo, la solicitud de la nulidad de todo lo actuado sin su participación (ver fs. 102, 107, 118 y 197).

A las consideraciones hasta aquí enunciadas corresponde agregar que, tal como se ha reseñado anteriormente, en autos se halla en juego la reparación de un accidente laboral que ocasionó la muerte del progenitor de los niños representados en la causa, por lo que ese suceso implicó la

pérdida de los ingresos básicos de subsistencia del grupo familiar. En este escenario, teniendo en cuenta el carácter alimentario que reviste la indemnización objeto del reclamo y la preeminencia que cabe otorgar al interés superior de los hijos del trabajador fallecido –art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño– (Fallos: 334:120, “Guerrero”, por remisión al dictamen de esta Procuración General de la Nación), la interpretación del instituto de la caducidad de la instancia debe ser especialmente restrictiva (dictamen de esta Procuración General de la Nación en la causa S.C. G. n° 2744; L. XXXVIII, “Galvalisi, Giancarla c/ ANSeS”, cuyos fundamentos fueron compartidos por la Corte Suprema en su sentencia del 23 de octubre de 2007). En particular, cuando dicho instituto no se encuentra contemplado de manera expresa en el Código Procesal del Trabajo de la Provincia de Jujuy, ordenamiento que a la vez otorga amplias facultades para el impulso de las actuaciones al tribunal interviniente (arts. 10, 11 y 12), por lo que en caso de admitirse la caducidad de instancia en el procedimiento laboral local, su procedencia debe limitarse a supuestos muy excepcionales (Fallos: 306:851 “Torchia” y 308:334, “De Marco”).

En suma, cabe concluir que resulta descalificable bajo la doctrina de arbitraria de sentencias el pronunciamiento que ratificó la perención de instancia decretada en autos con exceso ritual, en tanto no tuvo en cuenta que al momento de la inacción procesal reprochada a la parte actora no se le había corrido vista al Ministerio Público con competencia local para ejercer la representación promiscua de G. A. P. A. y A. I. A. P.. Esa vista resulta esencial para la integración regular del proceso en el que participan menores de edad, por lo que su omisión justifica la declaración de nulidad de todo lo actuado sin la intervención del referido organismo (cfr. Fallos: 334:419, “Faifman”, 333:1152, “Rivera”, 332:1115, “Carballo de Pochat”; dictamen de esta Procuración General de la Nación en la causa V. 154. XLIV. RHE, “Vargas Moises Roberto c/ Balut Hermanos SRL s/ daños y perjuicios”, resuelta de conformidad con lo allí opinado por la Corte Suprema, en su sentencia del 7 de junio de 2011). Además, en la medida en que le corresponde al juez como director del proceso asegurar la participación oportuna del Ministerio de Menores, hasta tanto no se efectiviza dicha participación, e incluso se dirime si ese ministerio actuará en calidad complementaria o principal, no puede configurarse la caducidad de la instancia sólo por la falta de impulso procesal del representante legal. Ello, máxime, cuando a la luz de la materia en debate el instituto de la caducidad de instancia debe aplicarse en autos de manera especialmente restrictiva.

En el caso, por último, cabe señalar que la terminación del proceso de índole social produce una grave afectación de los intereses de los niños involucrados, cuyo derecho a ser oídos y a contar con una defensa adecuada no fue garantizado eficazmente por la administración de justicia provincial.

–IV–

Por lo expuesto, considero que corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Buenos Aires, 18 de noviembre de 2020.

C) ASOCIACIÓN CIVIL DE LA DEFENSA PÚBLICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (ADEPRA)

CASO 1

Caso “G., M. A. -Su Denuncia S/ RECURSO DE CASACION”.

Tribunal que resolvió: Cámara de Casación de Paraná Provincia de Entre Ríos Argentina.

Fecha de la decisión: 15-mar-2018.

Síntesis de los Hechos:

Una adolescente rural de 14 años, fue abusada sexualmente por su cuñado (mayor de edad).- Como consecuencia de ese hecho, la menor quedó embarazada, teniendo a su hijo a la postre. Denunciado el hecho, y cursando la Inves-

tigación Penal Preparatoria, la defensa del imputado (defensa privada) arribó a un acuerdo de juicio abreviado con el Ministerio Público Fiscal. Se celebró la audiencia respectiva y en ese marco, el Ministerio Público de la Defensa, se opuso al juicio abreviado. El Juez de Garantías, homologó el acuerdo y la Defensa Pública en representación de la adolescente recurrió en casación. La Cámara de Casación hizo lugar al recurso planteado por el Ministerio Público de la Defensa, pese a no estar contemplada la legitimación del Ministerio para recurrir en casación (como si fuera un querellante) en el código procesal penal de la provincia de Entre Ríos, pero atento a los derechos convencionales involucrados, y fundando en dicha normativa, la Cámara hizo lugar al recurso, declarando la nulidad de la sentencia homologatoria del acuerdo de juicio abreviado, y remitiendo la causa a juicio.

Síntesis de la decisión:

Se encuentra involucrado el derecho de acceso a la justicia que surge del art. 8, punto 1 de la Convención Americana, cuya principal manifestación radica en el deber de los jueces de posibilitar el acceso de las partes a juicio sin restricciones irrazonable conforme lo establecen las pautas interpretativas del art. 29 de la Convención, esto es a favor de las libertades y de la efectividad de los derechos. Las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad", que exhortan a las autoridades judiciales para que dentro del ámbito de sus respectivas competencias, promuevan medidas que hagan efectivo el contenido de sus propuestas a fin de garantizar que aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. También se afectó el principio de igualdad ante la ley, no discriminación y protección igualitaria, previsto en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y art. 24 de la Convención Americana. Asimismo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al establecer que los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (art. 2); que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3); que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan (art. 12); que los Estados partes deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo; estas medidas deben comprender procedimientos eficaces para la prevención y para la identificación, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descriptos de malos tratos al niño, y según corresponda, la intervención judicial (art. 19); los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abuso, fomentando el respeto de sí mismo y su dignidad (art. 38).

También se encuentra involucrado el artículo primero de la Convención Belem Do Para: "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. El art. 2, apartado b, reza: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro

y acosos sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimiento de salud o cualquier otro lugar”. Deben tenerse en consideración las obligaciones asumidas por el Estado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, especialmente lo establecido en el art. 7: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer... f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”. Desde este marco legal, que impone la necesidad de establecer un “procedimiento legal justo y eficaz para la mujer -en el caso además niña-” es evidente que, la aceptación del procedimiento abreviado, mediante un acuerdo exclusivamente provechoso para el imputado, en el cual a la víctima se la invisibilizó.

Link al fallo: <https://www.pensamientopenal.com.ar/libraries/pdf.js/web/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fwww.pensamientopenal.com.ar%2Fsystem%2Ffiles%2F2018%2F05%2Ffallos46517.pdf>

CASO 2

Caso: “D. G. W. D. S/ABUSO SEXUAL”.

Tribunal que resolvió: Superior Tribunal de Justicia de Río Negro.

Fecha de la decisión: 11-abr-2024

Síntesis de los hechos: Un hombre imputado de delitos contra la integridad sexual contra su pareja, fue sometido a proceso penal durante un año. Mediando retractación de la presunta víctima y luego de dos prórrogas de la investigación, la defensa solicitó el sobreseimiento por vencimiento del plazo de la investigación. El Juez de Garantías declaró la caducidad de instancia, pero consideró que no correspondía el sobreseimiento previsto en el art. 153 del Código Procesal riogrino y resolvió decretar la inconstitucionalidad de oficio de esa norma, al entender aplicable la doctrina del fallo “PRICE” de la CSJN. A partir de allí se inició un camino recursivo a instancias de la defensa que duró más allá de dos años y que demandó la intervención de varios jueces y tribunales del fuero, incluyendo dos intervenciones del Tribunal de Impugnación de Río Negro y dos intervenciones del Superior Tribunal de Justicia, en este último caso, haciendo lugar al recurso de la defensa y decretando el sobreseimiento del imputado.

Síntesis de la decisión: Si bien el aspecto central del caso es el derecho del acusado a ser juzgado sin dilaciones indebidas (plazo razonable), este segundo fallo del STJPRN se complementa con la primera decisión de ese tribunal en este caso, en el que se consideraron diversos temas plantados por la defensa, tales como la prohibición de reforma en perjuicio (reformatio in pejus), control horizontal, competencia recursiva en la medida de los agravios.

Link al fallo: https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=8fffc337-8c32-45b5-8d56-eba8bbea7d09&stj=1&usarSearch=1&texto=&option_text=0

CASO 3

Caso: Expediente sac: 12287667 - Habeas corpus presentado en favor del menor LMZ (ppal sac 12183741) - recurso de casación protocolo de sentencias. número: 422 del 19/10/2023.

Tribunal que resolvió: Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia Córdoba.

Fecha de la decisión: 19-oct-2023.

Resumen de los hechos:

El caso se relaciona con un adolescente de 14 años privado de la libertad junto a adolescentes punibles por un hecho de homicidio calificado por alevosía

Resumen de la decisión:

En primer lugar, el Tribunal acepta, excepcionalmente, avocarse a conocer el caso alegando que "(...) se torna urgente dar una definitiva solución expedita en la materia, lo que habilita el avocamiento excepcional por salto de instancia de este Tribunal Superior de Justicia en las presentes actuaciones, a fin de evitar un daño irreparable o de muy difícil subsanación posterior. En este sentido, corresponde al Poder Judicial en su conjunto, pero especialmente a su más alta instancia como cabeza de ese poder, resolver los asuntos que se refieran a aquellos colectivos que cuentan con una preferencia de protección, a través de una interpretación de las reglas de derecho interno *conforme* a los derechos humanos y evitar que subsistan prácticas contrarias a ellos."

En cuanto al fondo, se sostuvo que "Este es un colectivo que tiene una especial protección constitucional y convencional en orden a su mayor vulnerabilidad. En tal sentido, la Constitución de la Nación incorporó en su art. 75 inc. 22 con igual jerarquía, entre otros instrumentos internacionales, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y la Convención sobre los Derechos del Niño. Los mencionados conforman el *corpus juris* internacional de protección de los derechos de los NNA, junto a otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general como específicos en materia de niñez.

Es así que el Estado argentino ha asumido la obligación internacional de garantizar que el sistema de justicia juvenil argentino cumpla los estándares internacionales en materia de derechos humanos de los NNA. El incumplimiento de dicho compromiso por parte del Estado devendrá en responsabilidad internacional"

Y ejerciendo un expreso control de convencionalidad en el que se analiza la colisión entre la normativa local Penal Juvenil (art. 94 Ley 9944) y los estándares internacionales en materia de privación de la libertad de NNA y la Convención de los Derechos del Niño, afirman: "Por lo tanto, a los NNA no punibles por su edad se les aplica un sistema distinto respecto de los punibles, con un enfoque diferenciado, basado en un abordaje multidisciplinario, *en el que la libertad es la regla absoluta y no deja margen para el encierro.*"

"Es que atento lo expuesto, la privación de libertad debe aplicarse solo a NNA de mayor edad (excepcionalmente, como medida de último recurso), mientras que respecto de NNA que no alcanzan la edad mínima de responsabilidad penal, la intervención estatal debe estar orientada a acciones preventivas para evitar el contacto con el sistema penal juvenil, pues "...Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables" (Observación General n° 24, apartado 2)."

La sentencia concluye revocando el auto impugnado y reenviando el caso "al tribunal *a quo* para que dicte un nuevo pronunciamiento por el cual se adecúe la situación del adolescente L. M. Z. a los estándares internacionales de derechos humanos de NNA menores a la edad mínima para ser responsables por infringir leyes penales, conforme los fundamentos expuestos".

EXPEDIENTE SAC: 12287667 - HABEAS CORPUS PRESENTADO EN FAVOR DEL MENOR LEANDRO MATIAS ZILLI (PPAL SAC 12183741) - RECURSO DE CASACION

PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 422 DEL 19/10/2023

En la ciudad de Córdoba, se constituyó la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos "Habeas corpus presentado en favor del menor L. M. Z. (Principal SAC 12183741) –Recurso de Casación-" (SAC 12287667), con motivo del recurso de casación interpuesto por la asesora letrada con funciones múltiples reemplazante de la ciudad de Laboulaye, doctora Mariana Noelia Ferreyra, en el carácter de representante complementaria del joven L.M.Z., en contra del Auto número cincuenta y uno, de fecha veintitrés de agosto de dos mil veintitrés, dictado por el Juzgado Penal Juvenil de Cuarta Nominación de esta ciudad.

Seguidamente la señora Presidente informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Se ha aplicado erróneamente la normativa vigente respecto a niños, niñas y adolescentes no punibles por su edad?

2º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en forma conjunta.

A LA PRIMERA CUESTION

Los señores Vocales doctores Aída Tarditti, Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati dijeron:

I. Por Auto n° 51 del 23 de agosto de 2023, el Juzgado Penal Juvenil de Cuarta Nominación de esta ciudad resolvió: "...I) Rechazar la demanda de Habeas Corpus presentada por doctora Mariana Noelia Ferreyra, asesora letrada con funciones múltiples de la ciudad de Laboulaye, en el carácter de Representante Complementaria del joven L. M. Z., en razón de que no se da en el presente caso, los extremos requeridos por el art. 3 de la ley 23.098...".

II. La asesora letrada con funciones múltiples reemplazante de la ciudad de Laboulaye, doctora Mariana Noelia Ferreyra, en el carácter de representante complementaria del joven L. M. Z., interpuso recurso de casación en contra de la resolución mencionada.

En primer lugar, bajo el título "Avocamiento per saltum" expresa que la decisión que resultó contraria a lo peticionado reviste gravedad institucional, toda vez que con el rechazo del habeas corpus se mantiene privado de libertad a un adolescente que no cuenta con la edad mínima de responsabilidad penal (EMRP), perpetuando el gravamen que ello implica para un joven que presenta condiciones de alta vulnerabilidad debido a su edad y al actual contexto de encierro bajo el ropaje de una medida que, si bien aparenta ser legítima por ampararse en la normativa provincial vigente, resulta claramente anticonvencional a la luz del art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General n° 10 y n° 24 del Comité de los Derechos del Niño, art. 1 de la Ley n° 22.278, AR n° 1740 Serie "A" del 30/12/2021 de este Tribunal Superior de Justicia y demás normas que integran el corpus iuris minoritatis, situación que además coloca al Estado en una responsabilidad frente a los organismos internacionales encargados de la custodia del sistema de derechos humanos.

Alega que la vía intentada por la cual se solicita el avocamiento de este Alto Cuerpo obedece a razones de extrema excepcionalidad, por entender que la resolución de la situación de privación de libertad a través de las vías recursivas ordinarias se torna claramente ineficaz y su mantenimiento causa un perjuicio para el adolescente L. M. Z. Por ende, esta situación de encierro no admite dilación alguna.

Manifiesta que continuar con las vías recursivas previstas por el ordenamiento adjetivo vigente y los plazos previstos por el Código Procesal Penal (por remisión supletoria del art. 112 de la Ley n° 9944) a los fines de sustanciar un recurso de apelación y posteriormente la casación, acarrea para el joven un gravamen de imposible reparación ulterior, máxime si se tiene en cuenta que el mantenimiento de la medida dispuesta para su resguardo de acuerdo al plazo máximo que prevé el art. 87 inc. f de la Ley n° 9944, podría prolongarse por un año, lo que sin dudas implica un hecho de inusitada gravedad institucional por resultar esta privación de libertad contraria a los principios y garantías que le acuerda al adolescente no punible todo el ordenamiento jurídico.

Aduce que esta injusticia resulta palmaria si se contrasta la normativa local con los tratados internacionales sobre derechos humanos, principios y valores jurídicos, causando un menoscabo al interés superior del adolescente contrariando la finalidad de protección de su interés superior.

De este modo, entiende que resulta justificada la posibilidad de habilitar la competencia del Máximo Tribunal Provincial por la vía del per saltum, a pesar de no encontrarse reglada en nuestra ley adjetiva, siendo regulada exclusivamente por el art. 257 bis del Código Procesal Civil de la Nación. Cita jurisprudencia de este Tribunal Superior de Justicia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Expresa que, además de ello, la gravedad que reviste la decisión adoptada por la jueza excede el mero interés individual de las partes, si se tiene en cuenta que existe otro planteo formulado ante este Alto Cuerpo, por el Cuerpo de Asesores de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género, Penal Juvenil de la ciudad de Córdoba, en contra de una decisión de la misma magistrada que rechazó la acción de habeas corpus preventivo en favor del colectivo de niños, niñas y adolescentes especialmente vulnerables, privados de la libertad en el mismo Complejo Esperanza donde se encuentra alojado en la actualidad el adolescente L.M.Z.

A continuación, hace mención al AR n° 1740 Serie A del 2021 dictado por este Tribunal Superior de Justicia, en relación a las pautas para resolver la situación jurídica de este colectivo de NNyA no punibles.

Por ello, considera que este Tribunal Superior, como máximo intérprete de la Constitución Provincial y habiendo sentado jurisprudencia para los jueces inferiores, debe avocarse al conocimiento de la presente causa y en ejercicio de su jurisdicción evite las consecuencias gravosas que la privación de su libertad conlleva para el adolescente no punible L. M. Z. y dar seguridad al colectivo de NNyA no punibles respecto al ejercicio de la jurisdicción.

Bajo el título "Agravios" invoca ambos motivos de casación (art. 468 incs. 1 y 2 CPP), por estimar que la resolución cuestionada es injusta por no apegarse a la normativa convencional y constitucional, como así también arbitraria por adolecer de vicios de forma en base a los siguientes motivos de agravio.

En el subtítulo "Errónea aplicación e interpretación de la normativa vigente en la materia, tanto nacional como internacional (arts. 1 Ley n° 22278, 19 Ley n° 26061, 37 inc. b y 40 apartado 3 incs. a y b CDN, regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, arts. 18, 19, 31, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) alega que si bien la jueza a quo menciona el fallo "García Mendez", no se apega a lo ordenado allí por el más Alto Cuerpo de la Nación en cuanto manda a observar la legislación interna en relación a la niñez, a través del prisma de la normativa superior y el corpus iuris minoritatis.

Entiende que esta interpretación y aplicación errónea de la ley supranacional vigente en la materia penal juvenil no solo agrava ostensiblemente el interés superior del adolescente, sino que además convierte la resolución en nula por resultar viciada su fundamentación.

A continuación, en el subtítulo "Incorrecta mención de la doctrina aplicable al caso concreto de autos", explica que el adolescente cuenta con catorce años de edad, por lo que es indiscutible que la inimputabilidad viene dada exclusivamente por su edad, sin que sea necesario evaluar el presunto hecho cometido. La situación de persona no punible garantiza que no se encuentra sujeto a proceso alguno y la circunstancia de inimputabilidad se verifica ipso iure y tan solo demostrando que el joven no alcanza la edad mínima de responsabilidad penal juvenil.

Afirma que el criterio que sigue la magistrada y que indica la necesidad de que el beneficio de la inimputabilidad deba demostrarse luego de un análisis del presunto hecho delictivo por parte del juez especializado no solo no se condice con el presente caso, sino que resultaría de aplicación si se tratara de una persona menor (de 16 a 18 años), cuando se deba corroborar su eventual punibilidad, en función de la comprobación del hecho atribuido.

Asevera que, en conclusión, este tramo del fallo no se ajusta a las constancias de autos y constituye una modalidad de fundamentación aparente, ya que se limita a reproducir estándares doctrinarios que no se condicen con las concretas circunstancias de autos y, por ende, la torna nula.

Bajo el subtítulo "Equivocada aplicación e interpretación de la ley provincial en sintonía con la normativa convencional y supranacional que debe guiar el sistema de justicia penal juvenil", expresa que en ningún párrafo de la resolución la a quo brinda las razones por las cuales se aparta de la aplicación de la normativa convencional y constitucional, que garantizan al adolescente la aplicación

de medidas alternativas a la privación de la libertad. Por el contrario, señala, decide aplicar exclusivamente la ley provincial, sin efectuar un debido control de convencionalidad de los artículos que señala, incluso de manera incorrecta e inadecuada al caso concreto de autos.

Alega que esta incongruencia en cuanto a la fundamentación jurídica y legal del caso se verifica palmaria si se tiene en cuenta que el art. 102 de la Ley n° 9944 -al que se hace mención- se encuentra reservado para los menores de edad punibles, toda vez que incluso se encuentra ubicada en el Capítulo III referido a los menores de edad sometidos a proceso penal. Por el contrario, no se aplica al caso concreto de autos.

De este modo, entiende que es incorrecto dicho encuadramiento legal y por no ajustarse al caso concreto de autos constituye otro vicio invalidante de la resolución.

A ello agrega que, si bien es cierto que la privación de libertad del joven se funda en la normativa provincial vigente, lo que le brindaría a la medida adoptada un viso de legitimidad, también lo es que dicha legalidad se diluye al ser contrastada con el sistema de protección que rige en la materia específica, toda vez que dichas normas entran en pugna con toda la legislación convencional y constitucional propia del paradigma del régimen penal juvenil, máxime si se tiene en cuenta que en el caso concreto de autos no existe duda alguna de que el adolescente es un menor no punible, que se encuentra alojado para su resguardo en una institución que no se condice con las mínimas garantías que exige la tutela de su interés superior.

Manifiesta que, por ello, tanto el error jurídico y legal señalado como la omisión de interpretación de la normativa local en contraste con el ordenamiento legal supremo que se advierte en el fallo, no solo constituyen motivo suficiente de agravio sustancial, sino que además constituyen un vicio formal que nulifica la resolución puesta en crisis.

En el subtítulo "Errónea aplicación de las normas que regulan la acción de habeas corpus en relación al caso concreto de autos" expresa que los argumentos brindados por la jueza se verifican infundados si se tiene en cuenta que la vía de habeas corpus correctivo, aparece en este caso concreto como la única idónea para revisar la legitimidad de la medida dispuesta, sobre todo si la misma es cumplimentada en un lugar que si bien a criterio del organismo administrativo de protección resulta adecuado, es claro que ello solo obedece a la inexistencia de otro lugar que pueda alojar a menores no punibles.

Señala que la permanencia del joven en el Complejo Esperanza resulta claramente perjudicial, e implica un sometimiento ilegal que configura una situación agravada respecto de aquella que tendría que encontrarse, si se interpreta la normativa con jerarquía superior que acuerda al adolescente no punible no solo un plus de garantías respecto de una persona adulta, sino que además exige la aplicación de otras medidas o alternativas que no impliquen la limitación a su derecho a permanecer en libertad.

En respuesta a que la acción de habeas corpus no es la vía correcta para cuestionar la medida adoptada en perjuicio del joven, cita doctrina como así también el debate dado en el Senado de la Nación Argentina con motivo de la reglamentación de la Ley Nacional n° 23.098.

Añade, además, que la magistrada omite considerar que, a lo largo de todas las presentaciones efectuadas por esa representante complementaria, se insistió de manera reiterativa que el traslado al Complejo Esperanza no resultaba el lugar adecuado y que su situación de privación de libertad debiera ser urgentemente revertida.

Señala que incluso omite ponderar que la acción de habeas corpus fue presentada el 8/8/2023 ante el mismo juez que ordenó la medida de resguardo. No obstante ello, el magistrado interviniente y, a la vez, el juez natural de la causa, fue quien decidió que la acción fuera resuelta por el juzgado de turno más próximo al lugar de alojamiento del joven.

Observa que, de este modo, ninguno de los magistrados intervinientes tanto en la causa principal como en el habeas corpus se pronunciaron acerca de la cuestión de fondo introducida. Esto es, omitiendo expedirse acerca de la cuestionada legitimidad del traslado del adolescente a un lugar que luce claramente inadecuado para garantizar su resguardo por tratarse de un menor no punible, cuando esta situación luce visiblemente palmaria al repasar las garantías que contemplan los tratados internacionales sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos del sistema de justicia penal juvenil, incumpliendo ambos el deber de resolver en causas como ésta, donde

se encuentran implicados los derechos humanos de un justiciable que se encuentra en estado de vulnerabilidad (por su edad y situación de encierro) y que en función del cambio de paradigma producido por la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), deben juzgar a la luz del control de constitucionalidad y de convencionalidad.

Manifiesta que se suma a ello que la demora procesal materia de recursos resultaría contraproducente frente al caso concreto de autos, que no admite dilación alguna en tanto se trata de una medida de privación de libertad ambulatoria de un joven no punible.

Por lo tanto, en contraposición a lo sostenido por la jueza, considera que la acción de habeas corpus, aparece como la vía más idónea para resolver en forma oportuna la situación legal del adolescente L.M.Z., por tratarse del recurso más rápido y sencillo que tutela la libertad física y que fuera constitucionalizado a partir de la reforma de la Carta Magna en el año 1994.

Seguidamente, bajo el título "Fundamentación" expresa que los agravios se basan fundamentalmente en que el decisorio ha invertido la pirámide legal que corresponde aplicar en relación a los NNyA no punibles, lo que ha llevado a la jueza a una errónea interpretación del derecho que corresponde sostener en relación al joven. De haberlo hecho, se hubiese llegado a una conclusión inversa; esta interpretación y aplicación errónea de la ley sustantiva vigente en la materia agravia ostensiblemente el interés superior del adolescente.

Advierte que la magistrada justifica el mantenimiento de la privación de la libertad del adolescente, por ser una correcta y justa aplicación de la normativa prevista en la Ley n° 9944, aclarando que la Ley n° 10637 no derogó los artículos que se han puesto en crisis e incluso resaltó que esa ha sido la voluntad del legislador. Al sostener esta postura omite revisar la ley local a través del prisma de la ley superior.

Cita el fallo "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" de fecha 26/9/2006 dictado por la CIDH, en relación a la obligación de los jueces de ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y los tratados internacionales que han ratificado los Estados.

Expresa que la Convención sobre los Derechos del Niño con rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN) y ratificada por nuestro país resulta de carácter operativa para su aplicación, por lo tanto, debe ser la primera norma a tener en cuenta antes de adoptarse una medida de tal magnitud, como lo es la privación cautelar de la libertad de una persona menor de edad. En dicha línea cita los arts. 40.3.a de dicha Convención y 1 de la Ley n° 22278 y aduce que frente a estas normas, la situación en que se encuentra el joven Z. por un hecho presuntamente cometido antes de cumplir los dieciséis años de edad, es manifiestamente ilegítima, ya que no responde ni a una prisión preventiva, o cautelar de la libertad, ni a una condena firme, así como vulnera el principio de legalidad penal, el principio de culpabilidad, el principio de inocencia y el derecho a un juicio previo.

Alega que de allí que por más que la jueza sostenga que la medida de resguardo se encuentra justificada al igual que resulta adecuado el lugar de alojamiento, resulta innegable que la única normativa en la que ancló su postura fue la normativa local, sin detener su mirada desde la legalidad convencional.

Afirma que de la simple lectura del art. 40 apartado 3 b) de la CDN surge contraria a derecho la medida de traslado y permanencia del joven en el Complejo Esperanza.

Recuerda que respecto de los no punibles no corresponde incoar proceso penal, ni declaración de responsabilidad, por lo que menos aún pueden aplicarse medidas de restricción ambulatoria. Los remedios proporcionados por el Estado deben ser otros y siempre aplicados en su mejor favor y no agravando su condición subjetiva frente al derecho.

Por último, resalta que la CSJN (Fallos 331:2691) se expidió acerca del deber de revisar permanentemente la razonabilidad, la necesidad y las circunstancias que justifican la privación de libertad de un menor inimputable.

Por todo ello, estima claro que la resolución que se cuestiona a través del presente omitió juzgar a la luz del control de constitucionalidad y de convencionalidad y con la perspectiva de vulnerabilidad que el caso requiere. Esto la convierte en una resolución arbitraria por no constituir una derivación razonada del derecho vigente, de conformidad con el caso concreto de autos.

De allí, manifiesta, que resulta necesario su rechazo y consecuentemente se brinde al joven, como sujeto de derechos, la posibilidad de propender a su protección integral y alentar su reinserción socioeducativa. Para ello se torna indispensable instar al organismo administrativo SeNAF para que implementen en favor del adolescente una medida que no implique la privación de su libertad ambulatoria, con el objeto de evitar las consecuencias nocivas que trae aparejado su permanencia en el Complejo Esperanza, teniendo en cuenta su especial condición de alta vulnerabilidad.

Por todo lo expuesto, solicita que se deje sin efecto la resolución que rechaza el habeas corpus y, en su lugar, se case la resolución impugnada declarando la nulidad absoluta del Auto n° 51, de fecha 23/8/2023, en cuanto perjudica los intereses del adolescente, y se disponga una medida alternativa que no implique la privación de la libertad en el Complejo Esperanza, por insistir que éste no resulta el lugar adecuado a fin de garantizar su protección integral y su reinserción socioeducativa.

Señala que para ello se torna necesario instar al organismo administrativo SeNAF con el objeto de que, como medida alternativa al encierro, se priorice el acompañamiento en libertad a fin de poner atención en su reinserción social y educativa, lo que implica disponer acciones tales como supervisión en territorio, para lo cual deberá articular otras redes de contención, junto al grupo familiar del adolescente.

III. De la lectura del recurso se desprende que la representante complementaria del adolescente L. M. Z., no punible por contar tan solo con catorce años de edad, impugna la resolución por la cual la juez penal juvenil rechazó el habeas corpus que solicitaba el cese de la internación en el Complejo Esperanza.

Recientemente, esta Sala ha tenido oportunidad de expedirse con relación a la situación de NNyA no punibles por su edad alojados en el Complejo Esperanza ("Asesores de Niñez, Juventud y Penal Juvenil solicitan Habeas Corpus en favor de niños, niñas y adolescentes no punibles alojados en el Complejo Esperanza -Recurso de Casación e Inconstitucionalidad- PER SALTUM-", S. n° 389, 25/9/2023).

A continuación, se reflejarán los argumentos expuestos en dicha ocasión:

1. En orden a la solicitud de avocamiento per saltum de este Tribunal Superior de Justicia, vale la pena rescatar lo dicho por este tribunal en los autos "Acción de amparo presentada por el señor juez de paz de la localidad de Laguna Larga, Pedro Domingo García, contra Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba- solicita avocación directa (per saltum)" (A. n° 32, 23/2/2021). En aquella oportunidad se destacó lo siguiente:

- Tal como lo tiene dicho este Alto Cuerpo, resulta arduo establecer, al margen de toda instancia recursiva, si puede avocarse por esta vía al caso y analizar la resolución que se ataca (TSJ), en pleno, por intermedio de la Sala Penal, "Ortiz Pellegrini Miguel Ángel (Fiscal General) s/ avocación en autos 'amparo presentado por Amadeo Raúl Rissi en favor de Stella Maris Yasny y otros - acción de amparo'", A. n° 296 del 19/8/1999, y "Acción de amparo presentada por el concejal Armando Conterno c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba y Caminos de las Sierras S. A.- solicita avocación directa- per saltum- solicita habilitación de feria judicial", Tribunal de Feria A. n° 1 del 10/1/2001).

En tales precedentes se ha observado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la admite, cuando los hechos "exhiben inequívocas y extraordinarias circunstancias de gravedad, y demuestran con total evidencia que la necesidad de su definitiva solución expedita es requisito para la efectiva y adecuada tutela del interés general" y tornan procedente la supresión de las instancias recursivas inferiores "para que el marco normativo que procura la eficiencia del tribunal no conspire contra la eficiencia de su servicio de justicia al que, en rigor, debe tributar todo ordenamiento procesal" (caso "Dromi", 6/9/1990).

- Así se expresó que, con anterioridad al caso precedentemente mencionado, calificada doctrina tenía aceptada "la apelación a la Corte per saltum" como "remedio federal para supuestos muy excepcionales pero que requieren impostergable definición por su trascendencia institucional, repercusión en la opinión pública, propósito de pacificar con la definición final, en una zona ríspida, similar a la que contempla la regla 20 del derecho federal procesal ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de América" (Morello, "La Corte Suprema en Acción", Abeledo Perrot, 1989, pág. 485). Asimismo, proyectos de ley de conspicua autoría, habían propuesto adoptar el instituto (Proyecto

de reformas a la Ley n° 48 del año 1984, de Boffi Bogero, Bidart Campos, Linares, Masnata, Morello, Moncayo y Colombres; Proyecto de 1987, remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso).

Fundamento de tal solución lo constituye la exigencia de una tutela judicial efectiva y la salvaguarda del interés público que han justificado la adopción de soluciones pretorianas que el tiempo consolidó como sabias.

- Va de suyo que no basta la sola invocación de gravedad institucional que habilita la vía extraordinaria federal y que la Corte ha precisado que se configura, cuando de alguna manera se compromete el interés general o se afecta el adecuado funcionamiento de las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno (Fallos, 312:2151; TSJ, Sala Penal, A. n° 32, 23/4/1996, "Pizarro", A. n° 232, 22/6/1999 "Vissani", entre muchos otros).

Ello así, pues este excepcionalísimo remedio de restringido alcance, entraña una cuestión de gravedad institucional, entendida en el sentido más fuerte que le ha reconocido el Máximo Tribunal y que con el mismo grado de intensidad se encuentre acreditado que el recurso extraordinario directo constituye el único medio eficaz para la protección del derecho federal comprometido (CSJN, caso "Dromi", del 6/9/1990, ED, t. 139, pág. 332).

Tales argumentos evidencian, sin lugar a dudas, la existencia de un plus, esto es la situación de extrema gravedad aludida, que torne imperativa la prescindencia de los recaudos procesales, -incluidas las instancias inferiores- cuya atención haría peligrar la base misma del Estado de Derecho.

Se pretende de este modo priorizar -entre otros aspectos-, la garantía de una efectiva vigencia del derecho como condicionante de la paz social y evitar el enfrentamiento de sectores que podrían llegar a poner seriamente en entredicho la convivencia ciudadana o circunstancias análogas, que comprometan el interés general de tal suerte que lleve inexorablemente -como es obvio, en un caso justiciable- a la impostergable definición que, por su grave trascendencia institucional, se traduzca en agravios de imposible o insuficiente reparación ulterior (Cfr. Morello, ob. cit. y caso "Dromi").

- Desde otro ángulo en un reciente pronunciamiento de este Alto Cuerpo en pleno, por intermedio de la Sala Electoral -ratificado por el Tribunal de Feria citado- se ha expresado que, el avocamiento per saltum del Tribunal Superior de Justicia, se ha llevado a cabo en situaciones de gravedad institucional inusitada (cfr. autos "Ortiz Pellegrini, mencionado supra) y constituye un expediente de extrema excepcionalidad, puesto que puede comprometer la independencia de los jueces inferiores (cfr. Aída Kemelmajer de Carlucci: "El Poder Judicial hacia el Siglo XXI" en "Derechos y Garantías en el Siglo XXI", Rubinzal Culzoni, 1990, pág. 40) por lo que, aún admitida su constitucionalidad, es una alternativa que debe ser utilizada con extrema prudencia (cfr. TSJ, en pleno, Sala Electoral, "Municipalidad de Córdoba- Plantea conflicto externo de poderes", A. n° 30, 12/12/2000).

2. En este caso, la materia del habeas corpus diverge de la casuística de los precedentes mencionados, los que versaban sobre conflictos en donde estaban en juego otro tipo de cuestiones que ponían en entredicho la paz social en su origen por medidas estatales en contextos emergenciales.

Aquí, si bien la situación no es exactamente la misma, están en juego los derechos fundamentales de un colectivo NNyA en conflicto con la ley penal, quienes no tienen la edad mínima para ser responsables y que estarían sometidos, por decisiones judiciales, a privaciones de libertad al amparo de la interpretación de algunas disposiciones legales sin consideración, o por lo menos con una errada intelección, de los estándares de derechos humanos de las infancias y adolescencias. Ante estas situaciones, los defensores públicos intentaron las vías ordinarias, pero en su devenir los casos particulares se convirtieron en abstractos, y las prácticas que objetan se reiteraron y subsisten en la actualidad.

De tal manera, a través de esta presentación hemos advertido que la demora propia que conllevan las vías ordinarias imposibilitan brindar atención al asunto, pues las impugnaciones intentadas se tornaron abstractas.

Es cierto que no es una práctica generalizada, pero basta la persistencia en casos particulares que se reiteran y la notoria ineficacia de las vías ordinarias para habilitar excepcionalmente esta vía, por tratarse de una materia que puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, en caso que ellas no puedan ser reconducidas debido al tratamiento estandarizado del sistema judicial.

Por lo expuesto, se torna urgente dar una definitiva solución expedita en la materia, lo que habilita el avocamiento excepcional por salto de instancia de este Tribunal Superior de Justicia en las presentes actuaciones, a fin de evitar un daño irreparable o de muy difícil subsanación posterior.

En este sentido, corresponde al Poder Judicial en su conjunto, pero especialmente a su más alta instancia como cabeza de ese poder, resolver los asuntos que se refieran a aquellos colectivos que cuentan con una preferencia de protección, a través de una interpretación de las reglas de derecho interno conforme a los derechos humanos y evitar que subsistan prácticas contrarias a ellos.

3. En esta presentación, se recurre el auto por el cual la juez penal juvenil rechazó el habeas corpus que solicitaba el cese de la internación de persona menor de edad que no ha alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal (NNyA no punibles por su edad), alojada en el Complejo Esperanza.

Este es un colectivo que tiene una especial protección constitucional y convencional en orden a su mayor vulnerabilidad. En tal sentido, la Constitución de la Nación incorporó en su art. 75 inc. 22 con igual jerarquía, entre otros instrumentos internacionales, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y la Convención sobre los Derechos del Niño. Los mencionados conforman el corpus juris internacional de protección de los derechos de los NNyA, junto a otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general como específicos en materia de niñez.

Es así que el Estado argentino ha asumido la obligación internacional de garantizar que el sistema de justicia juvenil argentino cumpla los estándares internacionales en materia de derechos humanos de los NNyA. El incumplimiento de dicho compromiso por parte del Estado devendrá en responsabilidad internacional.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) –cuyas decisiones son obligatorias- tiene dicho que los jueces de los Estados Parte deben realizar un “control de convencionalidad” al momento de aplicar las normas en sus respectivos procesos, es decir, deben merituar si la norma (o lo que sea objeto de control) es acorde o no con la Convención Americana de Derechos Humanos y con otros documentos del sistema, y de no serlo no deben aplicarla. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación no sólo ha aceptado esta posición, sino también exige que se tome en cuenta lo decidido por los demás órganos que monitorean los tratados de derechos humanos (Cfrm. CSJN, 13 de julio de 2007, “Mazzeo, Julio L. y otros”).

Además del control de convencionalidad, este tribunal ha recurrido a la interpretación conforme, esto es, la interpretación de la ley en consideración no sólo a estas otras fuentes en sentido formal, sino también a su armonización con los contenidos materiales que se expresan en sus valores, principios y reglas (Aguilar Cavallo, G. [2019]. El principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena. Cuestiones Constitucionales, 1(41), 83–128. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41.13942>). En este sentido, cabe recordar que este tribunal, aun en materia diferente a la exégesis de leyes penales, ha hecho aplicación de la llamada interpretación “conforme”. Ella configura “ un principio que se deriva directamente de la Constitución como norma que confiere fundamento y unidad al ordenamiento jurídico (vid. María Luisa Balaguer Callejón, “Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico”, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 111)” y “posibilita que, de entre varios entendimientos posibles de una regla de derecho, el intérprete opte por aquel que “mejor se acomode a los dictados constitucionales” (Jiménez Campo, J., Enciclopedia jurídica básica, Madrid 1995, pág. 3681), ya que se trata de “arbitrar una solución para el caso concreto que, partiendo “desde” la Constitución y orientándose “hacia” la norma infraconstitucional, preserve la eficacia de los principios y valores que subyacen en la Ley Fundamental, subsanando de ese modo las deficiencias de una formulación normativa de menor jerarquía y de carácter excepcional, que -no obstante ese carácter- debe encontrar siempre como marco de referencia a la Constitución” (TSJ, Sala Contencioso-Administrativo, S. n° 79, 30/5/2000, entre muchos otros; TSJ Sala Penal, “Rodríguez”, S. n° 135, 28/5/2009; “Gongora”, S. n° 86, 22/4/2009; “Alaniz Funes”, S. n° 141, 22/6/2011).

Asimismo, la Corte IDH estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que

inegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

4. Si bien este Alto Cuerpo ya se ha expedido al respecto (A.R. n° 1740 Serie A del 30/12/2021 y A. n° 819 del 17/12/2021, por intermedio de la Sala Penal), la privación de libertad de NNyA no punibles en razón de su edad ha continuado durante los años 2022 y 2023. Ingresaron 38 NNyA no punibles por su edad al Complejo Esperanza, esto es, 19 en el año 2022 y 19 hasta el 22/8 del corriente año 2023. Si bien ninguno de los mencionados en las presentes actuaciones se encuentra aún alojado allí, otros fueron ingresados y permanecían 9 NNyA no punibles por su edad en el complejo (cfm. informe remitido por la SeNAF, adjuntado al SAC mediante operación de fecha 24/8/2023).

La privación de la libertad de los NNyA no punibles por su edad causa gran preocupación a este Tribunal Superior de Justicia. Por ello, en fecha 30/12/2021, este Alto Cuerpo dictó el Acuerdo Reglamentario n° 1740 Serie A.

En ese Acuerdo se hizo referencia al A. n° 819, de fecha 17/12/2021, por el cual la Sala Penal de este Superior Tribunal Provincial sostuvo que la Observación General n° 24 del Comité del Niño (18/9/2019), en consonancia con la Convención del Niño, respecto de NNyA que no hayan alcanzado la edad mínima para la responsabilidad penal juvenil, ha remarcado que la intervención estatal se debe orientar a las acciones preventivas para evitar el contacto con el sistema penal juvenil, mediante alternativas enfocadas en la responsabilidad y asistencia parental y estatal, y excepcionalmente, que se recurra en los programas estatales al acogimiento fuera del hogar familiar "como medida de último recurso y durante el período más breve posible y debe estar sujeta a revisión judicial" (Observación n° 24, IV, A, 11).

Asimismo, se rescató lo señalado en dicho pronunciamiento en relación a que la directriz de minimización de la judicialización de NNyA no punibles fue receptada por la reciente reforma legal implementada, ya que "la Ley n° 10.637, en el art. 86 ter, establece en forma expresa la derivación "obligatoria" del caso a una alternativa de justicia restaurativa, salvo que se trate de lesividad insignificante o bagatelaria en cuyo caso procede directamente el archivo. Además, se reseñó el siguiente extracto: "La regla es clara y no deja alternativa para la subsistencia de las medidas tutelares, especialmente las privativas de la libertad y deberá, en su caso, revisarse la posibilidad de la validez constitucional con la regla en pugna (art. 94 bis), a fin de armonizar el sistema en consonancia con la Convención del Niño y sus directrices políticas preventivistas orientadas a las alternativas restaurativas en las cuales la separación del NNyA no punible del ámbito familiar o alternativas semejantes es excepcional".

Por ello se resolvió que, a fin de precaver los conflictos que coloquen en pugna el funcionamiento institucional en relación a los NNyA no punibles con el sistema de derechos humanos vigente, correspondía hacer saber a magistrados y funcionarios que intervienen en el Fuero Penal Juvenil, que consideren la incompatibilidad del art. 94 bis de la Ley n° 9.944 que autoriza la privación de libertad de NNyA no punibles hasta seis meses -modificada por Ley n° 10.637-, con la Convención del Niño, las recomendaciones y Observaciones del Comité del Niño, la jurisprudencia de la Corte IDH, la Corte Suprema de Justicia y el pronunciamiento de esta Sala Penal mencionado, en relación con la especial situación jurídica de quienes no han alcanzado la edad mínima para la responsabilidad penal juvenil.

Retomando el A. n° 819 mencionado, en dicha ocasión esta Sala Penal recordó que, como lo ha señalado la Corte IDH, los NNyA, al igual que los adultos, "poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos (...) y tienen además derechos especiales derivados de su condición" (Ibáñez Rivas, Juana María, Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista IIDH, 2010, p. 25, disponible en internet <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf>, visita diciembre 2021). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la premisa de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perder de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos "pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo" ("M., D. E. y otro", Res. del 7/12/2005).

A ello se agregó que los NNyA no punibles tampoco deben ser tratados igual que los jóvenes punibles. En esa línea se destacó que el acortamiento de los plazos es un rasgo muy marcado en la

actual legislación y considerar que las personas no punibles deban transitar por los mismos pasos que los jóvenes punibles, es erróneo porque implica condicionar la inclusión en un programa adecuado de justicia restaurativa por exigencias predicables para otra categoría de sujetos: los responsables ante la ley penal. Asimismo, se resaltó que la intervención de la justicia penal juvenil debe ser la mínima posible, porque el foco debe estar puesto en los programas preventivos a fin de evitar que se ingrese nuevamente en el sistema penal juvenil. De igual modo, se puntualizó que la Ley n° 9.944 según modificación de la Ley n° 10.637, profundiza el rol subsidiario de la justicia penal juvenil por fines preventivistas orientados a buscar alternativas restaurativas que eviten el contacto con el sistema penal juvenil, con mención del art. 86 ter de dicha ley respecto de la derivación de los NNyA no punibles a programas restaurativos.

5. Esta Sala ha destacado que el motivo sustancial de casación tiene por finalidad política unificar la jurisprudencia, pues si bien el pronunciamiento es obligatorio en el caso concretamente fallado, tiene un valor orientador en casos análogos para los tribunales inferiores, siquiera por razones de economía procesal, salvo que se agreguen nuevos argumentos que puedan variar el precedente.

Repárese que este tribunal se ha expedido recientemente en dos ocasiones, en relación a los estándares internacionales actuales sobre los derechos humanos de los NNyA menores a la edad mínima para ser responsables por infringir leyes penales, que deben ser observados por la justicia penal juvenil local en virtud del compromiso internacional asumido por el Estado argentino.

En dicha tarea se recurrió al corpus juris internacional sobre los derechos de los NNyA y se afirmó que aquellos no punibles por su edad no deben ser tratados igual que los jóvenes punibles.

En tal sentido, resulta de especial relevancia que la Convención sobre los Derechos del Niño haya dispuesto el establecimiento de una edad mínima por debajo de la cual se entiende que los NNyA no tienen capacidad para infringir las leyes penales. En consonancia, el art. 1 de la Ley n° 22.278 establece que “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad”.

De igual manera, consideró la Observación General n° 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil del Comité de los Derechos del Niño, la cual examina los principios y disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicha Observación General vino a sustituir la n° 10 (2007) en virtud de los cambios que se han producido desde entonces como resultado de nueva normativa internacional y regional, jurisprudencia del Comité, los conocimientos actuales sobre el desarrollo en la infancia y la adolescencia, y la experiencia de prácticas eficaces, como las relativas a la justicia restaurativa, abordando temas que causan preocupación como lo es la persistencia en privar de la libertad a NNyA (apartado 1). Asimismo, señala que la privación de libertad de los NNyA debe ser una medida de último recurso, que en las pocas situaciones que se justifique se aplique únicamente a niños de mayor edad y esté estrictamente limitada en el tiempo y sujeta a revisión periódica (apartado 6).

La citada Observación se dedica especialmente a los NNyA que no alcanzan la edad mínima de responsabilidad. Explica que la intervención temprana en estos casos requiere “respuestas multidisciplinarias y adaptadas a las necesidades de los niños cuando se dan los primeros indicios de un comportamiento que, si el niño superara dicha edad mínima, se consideraría un hecho delictivo... Como prioridad absoluta, los niños deben recibir apoyo en sus familias y comunidades. En los casos excepcionales en que se requiera un acogimiento fuera del hogar familiar, esta modalidad alternativa de cuidado debería producirse preferiblemente en un entorno familiar, aunque en algunos casos puede ser apropiada la asistencia residencial, a fin de proporcionar la variedad de servicios profesionales necesaria. Debe utilizarse únicamente como medida de último recurso y durante el período más breve posible, y debe estar sujeta a revisión judicial” (apartado 11).

Por lo tanto, a los NNyA no punibles por su edad se les aplica un sistema distinto respecto de los punibles, con un enfoque diferenciado, basado en un abordaje multidisciplinario, en el que la libertad es la regla absoluta y no deja margen para el encierro.

Es que atento lo expuesto, la privación de libertad debe aplicarse solo a NNyA de mayor edad (excepcionalmente, como medida de último recurso), mientras que respecto de NNyA que no alcanzan la edad mínima de responsabilidad penal, la intervención estatal debe estar orientada a acciones preventivas para evitar el contacto con el sistema penal juvenil, pues “...Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables” (Observación General n° 24, apartado 2).

Nótese, además, que la misma Observación indica que “Los niños que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal deben recibir asistencia y servicios de las autoridades competentes, según sus necesidades, y no deben ser considerados como niños que han cometido delitos penales” (apartado 23).

Como se mencionó arriba, la directriz de minimización de la judicialización de NNyA no punibles fue receptada recientemente en la provincia al establecer la derivación obligatoria del caso a una alternativa de justicia restaurativa, no dejando margen para la subsistencia de las medidas tutelares, especialmente las privativas de la libertad.

Entonces es este marco el que debe considerarse las normas en las que los/as jueces disponen la privación de libertad de un NNyA no punible (arts. 90 y 94 bis, Ley 9.944, modificada por Ley 10.637).

El art. 90, bajo el epígrafe Medidas urgentes establece: “Desde el principio el Juez puede disponer las medidas que estimare necesarias para proveer al resguardo de los derechos de la niña, niño o adolescente, las que no tendrán mayor duración que la indispensable para tomar conocimiento directo y personal, disponer los estudios y peritaciones sobre su personalidad, entorno familiar y social y proceder según lo previsto en el artículo 87 de esta Ley, lo que en ningún caso puede exceder los treinta (30) días corridos”.

El art. 94 bis, establece: “En caso de haberse aplicado una medida de resguardo o de coerción a una niña, niño o adolescente no punible, que implique el impedimento de su externación por propia voluntad, la misma solo puede extenderse el tiempo necesario para la aplicación de medidas alternativas vinculadas a la edad de aquél, la que en ningún caso puede exceder los seis (6) meses. Vencido dicho plazo el Juez Penal Juvenil actuante puede solicitar, mediante resolución debidamente fundada, una prórroga excepcional por única vez y por seis (6) meses, a que debe ser autorizada por la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar”.

Tomadas aisladamente y en su tenor literal, estas reglas aparecen en franca contradicción con las reglas convencionales, las recomendaciones realizadas por los organismos habilitados y otras disposiciones de la misma ley que hemos citado que disponen la remisión y el paradigma restaurativo.

No es algo simple determinar que el art. 90 (medidas urgentes) abarque también a NNyA no punibles, en consideración que esta disposición está en un Capítulo diferente al que aquellos les corresponde (Capítulo II, arts. 92 a 96). Si así fuese, sería contradictorio que parifique la duración de una medida excepcional para jóvenes punibles y no punibles, ya que tienen un trato diferenciado. ¿Cómo se justifica privar de la libertad para resguardo judicializando, cuando el paradigma es la no judicialización de los no punibles? En todo caso, serían aplicables las medidas de tercer nivel previstas en la misma ley que puede tomarse en sede administrativa y luego tener un control judicial (arts. 48 y sgts) y no esta disposición. Esto ya desplaza esta regla como fundamento de la privación de libertad dispuesta en sede judicial. En cuanto al art. 94 bis, el plazo es por demás extenso, con su prórroga se diferencia sólo en seis meses con la duración de esa medida cautelar para jóvenes punibles. Y la más seria objeción es la referencia a la expresión “coerción” que desnuda su verdadera sustancia. Este fin es inconciliable con todos los principios convencionales, que implica aplicar a NNyA no punibles una medida restrictiva de la libertad que otra disposición elimina (art. 94).

Por eso este método (interpretación literal), en estos casos de las reglas mencionadas es insuficiente, porque si tuviesen sólo este sentido aisladamente consideradas o en su conjunto con otras reglas de la misma ley, estarían en pugna con la CDN y las recomendaciones del organismo Comité del Niño). Recurriremos a realizar una interpretación conforme a los derechos humanos de NNyA de estas reglas. En ella, como dijimos, debemos armonizar la ley con el contenido material del plexo convencional que trasuntan los valores, principios y reglas, y es esta tarea la que posibilita ajustar o conformar la interpretación literal a los casos concretos para que sea coherente con el marco convencional, si esto es posible la ley no será inválida (Aguilar Cavallo, pub. cit., p. 90 y nota 23). La interpretación conforme puede reducir, sustituir o modificar la aplicación literal de la ley en los casos concretos (aut. y ob. cit.).

Con esta herramienta, advertimos que en principio el art. 90 no es aplicable porque ya existen en la ley medidas excepcionales con fines tuitivos y que judicializan sólo el contralor. En cuanto al art. 94 bis, consideramos que esta disposición debe ser interpretadas muy restrictivamente, en situaciones excepcionalísimas, en las que sea imposible o esté contraindicado según opinión técnica,

incluir al NNyA de inmediato en un programa de justicia restaurativa. Por ejemplo, en los casos de consumo problemático de drogas, siempre que de conformidad a la intervención multidisciplinaria de profesionales de acuerdo a la legislación de salud mental, sea indispensable por un riesgo cierto y actual la internación involuntaria para el tratamiento.

Pero de ningún modo esta medida, que reiteramos es excepcionalísima y así debe ser justificada, puede ser cumplida en el mismo dispositivo establecido para jóvenes punibles y tener la extensión de 12 meses (6 y prórroga). Si todo el marco normativo hace una clara separación, luego es incoherente que desde la justicia se anulen esas diferencias y se dispongan bajo la etiqueta "medidas cautelares" verdaderas privaciones de libertad. Si es imprescindible, una medida de protección fuera del hogar familiar, como señala la recomendación, tiene que tratarse de un dispositivo semejante al de un entorno familiar y si esto no es posible, una residencia asistencial como última ratio y por el más breve tiempo posible.

IV. De la resolución recurrida surge que en fecha 2/7/2023, el Juzgado de Control, Niñez, Adolescencia, Penal Juvenil, Violencia Familiar, Género y Faltas de la ciudad de Laboulaye, se avocó al conocimiento de los autos SAC 12080944, tomó contacto inmediato con el adolescente L. M. Z. y solicitó a la SeNAF que arbitrara los medios para que reciba la atención integral multidisciplinaria y apoyo psicoterapéutico que su situación requiere, realizando un abordaje interdisciplinario y disponiendo las medidas necesarias para proveer a su resguardo y asegurar la realización de estudios y peritaciones sobre su personalidad, entorno familiar y social (arts. 2, 3, 4, 6, 87 inciso f y 90 Ley n° 9944), debiendo informar las medidas que se adoptan.

En la misma fecha, se solicitó al Centro de Admisión y Diagnóstico que arbitrara los medios para que el adolescente fuera alojado en una institución a su cargo que impida su externación por su sola voluntad, donde reciba la atención integral multidisciplinaria y apoyo psicoterapéutico que su problemática requería con evaluación multidisciplinaria (psicológica, psiquiátrica, etc.) en el marco del art. 90 en función del art. 87 inciso f de la Ley n° 9944.

En fecha 26/9/2023, la SeNAF informó que el adolescente L. M. Z. se encuentra alojado en el Centro Socioeducativo Complejo Esperanza -Instituto Mixto- desde el día 3/7/2023 por orden del Juzgado de Control, Niñez, Adolescencia, Penal Juvenil, Violencia Familiar, Género y Faltas de la ciudad de Laboulaye.

V. En virtud de que el adolescente L. M. Z. resulta no punible por su edad ya que cuenta con 14 años (art. 1 Ley n° 22278) y que a la fecha de informe permanece alojado en el Complejo Esperanza en función de los arts. 90 y 87 inc. f de la Ley n° 9944, se torna indispensable tomar razón de los estándares internacionales actuales sobre los derechos humanos de los NNyA que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal que, conforme el compromiso internacional asumido por el Estado argentino, deben ser observados por la justicia penal juvenil, y adecuar su situación conforme lo expuesto en el apartado III de la presente.

En consecuencia, a la presente cuestión, votamos en forma afirmativa.

A LA SEGUNDA CUESTION

Los señores Vocales doctores Aída Tarditti, Sebastián López Pela y María Marta Cáceres de Bollati dijeron:

En virtud del resultado de la votación que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación por salto de instancia deducido por la asesora letrada con funciones múltiples reemplazante de la ciudad de Laboulaye, doctora Mariana Noelia Ferreyra, en el carácter de representante complementaria del joven L. M. Z. y, en consecuencia, casar el Auto n° 51, del 23/8/2023 dictado por el Juzgado Penal Juvenil de Cuarta Nominación de esta ciudad, en cuanto resolvió: "...I) Rechazar la demanda de Habeas Corpus presentada por doctora Mariana Noelia Ferreyra, Asesora Letrada con funciones múltiples de la ciudad de Laboulaye, en el carácter de Representante Complementaria del joven L. M. Z., en razón de que no se da en el presente caso, los extremos requeridos por el art. 3 de la ley 23.098...". En su lugar, revocar el auto impugnado y reenviar los presentes al tribunal a quo para que dicte un nuevo pronunciamiento por el cual se adecúe la situación del adolescente L. M. Z. a los estándares internacionales de derechos humanos de NNyA menores a la edad mínima para ser responsables por infringir leyes penales, conforme los fundamentos expuestos.

Sin costas por el éxito obtenido en esta sede (arts. 550 y 551 CPP). Así votamos.
En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE:

I. Hacer lugar al recurso de casación por salto de instancia deducido por la asesora letrada con funciones múltiples reemplazante de la ciudad de Laboulaye, doctora Mariana Noelia Ferreyra, en el carácter de representante complementaria del joven L. M. Z. y, en consecuencia, casar el Auto n° 51, del 23/8/2023 dictado por el Juzgado Penal Juvenil de Cuarta Nominación de esta ciudad, en cuanto resolvió: "...I) Rechazar la demanda de Habeas Corpus presentada por doctora Mariana Noelia Ferreyra, Asesora Letrada con funciones múltiples de la ciudad de Laboulaye, en el carácter de Representante Complementaria del joven L. M. Z., en razón de que no se da en el presente caso, los extremos requeridos por el art. 3 de la ley 23.098..."

II. En su lugar, revocar el auto impugnado y reenviar los presentes al tribunal a quo para que dicte un nuevo pronunciamiento por el cual se adecúe la situación del adolescente L. M. Z. a los estándares internacionales de derechos humanos de NNyA menores a la edad mínima para ser responsables por infringir leyes penales, conforme los fundamentos expuestos.

III. Sin costas por el éxito obtenido en esta sede (arts. 550 y 551 CPP).
Protocolícese, hágase saber y oportunamente bajen.

BRASIL

DPU - Defensoria Pública da União CASO 1

RECURSO CIVIL. RESPONSABILIDAD CIVIL. ERROR MÉDICO. DEBER DE INFORMACIÓN. PRUEBA. PECULIARIDADES DEL CASO CONCRETO. PROCEDIMIENTO ANTICONCEPTIVO QUE NO SE REALIZÓ.

INFORMACIÓN AL AUTOR SOBRE LA REALIZACIÓN DE LA LIGADURA TROMBAL. NO HAY CULPA DEL MÉDICO COACUSADO. CONFESIÓN DEL PRESIDENTE EN EL NOSOCOME DEMANDADO. DAÑOS MORALES. DEBER DE COMPENSAR EL CONJUNTO. IMPORTE DE LA COMPENSACIÓN. MAYORACIÓN.

INTERÉS Y CORRECCIÓN. PENSIÓN MENSUAL. IMPROCEDENCIA.

Órgano/Tribunal que resolvió: 3ª Vara Federal de la Subsección Judicial de Santa María/RS".

Fecha de la sentencia: 24-abr-2024.

Resumen de los hechos: El caso se trata de una situación legal en la que una mujer, durante su cuarto embarazo en el año 2019, fue diagnosticada con preeclampsia, una condición médica de alto riesgo que compromete tanto su salud como la del feto en gestación.

Como respuesta a este diagnóstico, se recomendó que se llevara a cabo una ligadura de trompas, un procedimiento quirúrgico destinado a prevenir futuros embarazos de alto riesgo, en conjunción con su cesárea.

La mujer optó por someterse a la ligadura de trompas durante el parto de su cuarto hijo, realizado en mayo de 2019, en un hospital universitario, con los costos cubiertos por el sistema de salud pública. Sin embargo, posteriormente a este procedimiento, la mujer recibió tratamiento médico para combatir la obesidad, el cual incluía medicamentos con potencial efecto sobre un eventual embarazo. A pesar de ello, quedó embarazada nuevamente, ya que el hospital no llevó a cabo la ligadura de trompas según lo acordado, lo que afectó sus derechos reproductivos, su planificación familiar y el bienestar de su familia.

Resumen de la Decisión: 1. La responsabilidad objetiva surge cuando la responsabilidad se atribuye no por culpa, sino por un riesgo. Ya no se trata del deber de conducta de un individuo (responsabilidad subjetiva), sino de una relación objetiva de equilibrio social.

En lo que respecta a la responsabilidad civil del Estado, la norma constitucional establece la obligación de reparar los daños causados al particular. En este sentido, la compensación por los daños causados a terceros encuentra respaldo en la teoría del riesgo administrativo, contemplada en el §6° del artículo 37 de la Constitución Federal.

Sin embargo, en lo que respecta a la responsabilización por omisión, la doctrina entiende la aplicación de la teoría de la responsabilidad subjetiva, o de la negligencia en el servicio. El Estado solo puede ser responsabilizado en estos términos si: (1) tiene el deber de actuar (para evitar el daño); (2) en este deber, ha actuado con negligencia o imprudencia, es decir, ha dejado de prestar el servicio/deber que se le imputaba, o lo ha hecho sin la calidad necesaria.

El daño moral, por lo tanto, presupone el sufrimiento físico o moral, y no depende de ninguna relación con el perjuicio patrimonial. El sufrimiento moral, aunque no tenga repercusión económica, es indemnizable. Es el pago del precio del dolor por el propio dolor, aunque este sea económicamente incalculable. Como se sabe, la intensidad del daño moral no necesita ser probada, simplemente se debe verificar si hubo una situación humillante o de afectación psicológica en lo que respecta a la esfera personal de la víctima debido a la acción/omisión del causante.

Es sabido que el daño patrimonial se manifiesta en la figura del daño emergente y del lucro cesante. En este sentido, la doctrina (ANTONIO LINDBERGH C. MONTENEGRO, Responsabilidad Civil, Ed. Lumen Júris, 1996, pg. 157) sostiene que "(...) si el objeto del daño es un interés actual o relativo a un bien perteneciente a una persona en el momento en que ocurre, tendremos el daño emergente.

Por el contrario, si el objeto del daño es un interés futuro o se refiere a algo que aún no pertenece al perjudicado, estaremos ante el lucro cesante (...)"

Está consolidado en la jurisprudencia que la pensión, de naturaleza civil, tiene como objetivo compensar el daño causado a la víctima de un acto ilícito, y debe ser sufragada por aquel que causó el daño patrimonial.

En consecuencia, es importante señalar, a modo de aclaración, que la pensión mensual no impide el acceso a prestaciones de seguridad social, y está permitido deducir el monto de los beneficios recibidos de la seguridad social pública del valor de la pensión civil, con el fin de asegurar una compensación justa a la víctima del ilícito.

La indemnización por daño moral no tiene como objetivo reparar, en el sentido literal, el dolor y la tristeza, que son valores inestimables, pero eso no impide que se precise un valor compensatorio que mitigue el respectivo daño (TRF4, AC, proceso 2000.70.02.004521-0, Cuarta Sala, ponente Valdemar Capeletti, publicado el 17/11/2004).

Por otro lado, el monto del daño moral debe imponer a la parte demandada una compensación suficiente para una nota pedagógica, siempre con miras a la prevención de casos como el presentado en estos autos.

El sufrimiento psicológico no proviene del nacimiento del hijo, ya que es motivo de felicidad. El caso concreto evidencia un alto sufrimiento derivado de un embarazo no deseado, situación que va más allá de las dificultades y riesgos propios debido a un nacimiento que no se ajusta al plan familiar, ya que la demandante no tenía condiciones de salud para concebir otro hijo.

Con base en estos supuestos, y atendiendo a las particularidades del caso concreto, especialmente la magnitud y consecuencias del daño, considero suficiente fijar como indemnización por daño moral la suma de R\$30.000,00 (treinta mil reales) a favor de la parte demandante BÁRBARA, ya que este monto es compatible con la realidad del solicitante.

Asimismo, es suficiente la cantidad de 1/2 (medio) salario mínimo como pensión mensual, ya que puede garantizar un mínimo de alivio y dignidad para la demandante.

El valor fijado como compensación por daño moral debe ser actualizado monetariamente (corrección monetaria y compensación por la mora), aplicando únicamen-

te la tasa SELIC, conforme al artículo 3 de la Enmienda Constitucional n° 113/2021, desde la fecha de esta sentencia (Según la Súmula 362 del STJ), ya que el valor fue fijado de acuerdo con su expresión actual. Aclaro que este Juzgado, al dimensionar la mencionada cantidad, también consideró el tiempo transcurrido entre la fecha de los hechos y el juicio como uno de los elementos objetivos en su fijación, por lo que el valor relativo a los intereses y actualización forma parte del monto establecido.

En cuanto a la pensión civil, la corrección (actualización monetaria: IPCA-E; intereses: cuentas de ahorro) debe comenzar desde la fecha en que debió pagarse cada cuota, siendo que la primera es debida en la fecha de notificación. Dicho índice se aplica solo hasta noviembre de 2021, ya que luego solo deberá adoptarse la tasa SELIC, acumulada mensualmente, para la remuneración del capital y la compensación por la mora, según el artículo 3 de la Enmienda Constitucional n° 113/2021.

Link a la sentencia: https://dpudef-my.sharepoint.com/:b/g/personal/ilana_sza-bo_dpu_def_br/EYcls_mWo3NEkYYY2w0JPE0BxsqtjEopUOVWSG13cO6ioA?e=DbxFZL

CASO 2

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 70411 - RJ (2022/0402468- 4)

RECURSO DE AMPARO. SECRETO DE LA INVESTIGACIÓN POLICIAL. DERECHO DE LOS FAMILIARES DE LAS VÍCTIMAS A ACCEDER A LAS PRUEBAS YA DOCUMENTADAS EN LA INVESTIGACIÓN. PRECEDENTE VINCULANTE N° 14. DERECHO DE LA DEFENSA. PRERROGATIVA DEL MIEMBRO DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PROTOCOLO DE MINNESOTA. CUMPLIMIENTO DE LA DECISIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA. DICTAMEN FAVORABLE DEL MINISTERIO PÚBLICO. SEGURIDAD CONCEDIDA.

Órgano/Tribunal que resolvió: Sexta Clase del Tribunal Superior de Justicia.

Fecha de la sentencia: 18-abr-2023.

Resumen de los hechos: Los familiares de la ex concejala Marielle Franco y de su chofer Anderson Gomes, dos víctimas fatales del asesinato perpetrado el 14 marzo de 2018, solicitaron que se les concediera acceso a las pruebas ya documentadas en los autos de la investigación policial que investiga al presunto autor o autores intelectuales de los asesinatos.

El Superior Tribunal de Justicia (STJ) reconoció el derecho de los familiares de las víctimas a acceder a las pruebas ya documentadas en la investigación, mencionando en la decisión la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cosme Genoveva y otros vs. Brasil (Favela Nova Brasília).

Resumen de la Decisión: 1. El secreto de la investigación policial está intrínsecamente relacionado con la eficacia de la investigación preprocesal, ya que su publicidad podría hacer inoqua la investigación del hecho delictivo. Sin embargo, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores ha avanzado en el sentido de establecer el carácter relativo de este secreto en relación con las diligencias practicadas y ya documentadas en la investigación.

El resultado de esta corriente interpretativa culminó con la publicación del Precedente Vinculante 14, que establece que es “derecho del abogado defensor, en interés del imputado, tener amplio acceso a las pruebas que, ya documentadas en un procedimiento de investigación practicado por un órgano con atribuciones de policía judicial, se refieran al ejercicio del derecho de defensa”.

En este contexto, las leyes que regulan la profesión de abogado y la Defensoría Pública también garantizan al defensor lato sensu el derecho a examinar las actas de la investigación policial y a hacer las copias que considere oportunas.

En efecto, la elección hermenéutica por parte de los Magistrados del Tribunal Supremo de la palabra “representado”, contenida en el sumario, proporciona amplitud subjetiva para incluir no sólo al investigado, sino también a otras personas interesadas en el caso investigado, en particular a la víctima de la acción delictiva. Precedentes.

Por otro lado complementario, pero también decisivo para el análisis final del caso - es importante incrementar la observancia y el cumplimiento, dentro del sistema de justicia penal, de los protocolos y tratados internacionales de derechos humanos y de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como ejemplo, el Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia), en el que la Corte IDH subrayó que “las víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares deben tener amplia oportunidad de ser oídas y de actuar en los respectivos procesos, tanto para solicitar el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como para buscar la debida reparación” (Sentencia de 24 de noviembre de 2010, § 139).

A este respecto, la norma 35 del Protocolo de Minnesota - documento elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para la investigación de posibles homicidios ilegítimos - establece que: “35. La participación de los miembros de la familia y otros parientes cercanos de la familia y otros parientes cercanos de la persona fallecida o desaparecida es un elemento importante de una investigación eficaz. El Estado debe permitir que todos los parientes cercanos participen efectivamente en la investigación, sin poner en peligro su integridad”.

En su sentencia en el Caso Cosme Genoveva y otros vs. Brasil (Favela Nova Brasilia), la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que “el Estado debe adoptar las medidas legislativas o de otra índole necesarias para permitir que las víctimas de delitos o sus familiares participen formal y efectivamente en la investigación de los delitos llevada a cabo por la policía o el Ministerio Público”.

En este caso, los familiares de las dos víctimas mortales de los asesinatos perpetrados el 14 de marzo de 2018 solicitan acceso a las pruebas ya documentadas en las actas de la investigación policial que investiga al presunto autor o autores intelectuales de los asesinatos.

Por lo que se deduce de los autos, la pretensión no se refiere a la calificación de los demandantes como auxiliares de la acusación en la investigación policial, ni pretende interferir en dicha investigación; el objeto de este recurso se limita al acceso de los ofendidos, por sus representantes legales, a las pruebas ya documentadas en la investigación policial.

Seguridad concedida.

(RMS n. 70.411/RJ, ponente Juez Rogerio Schietti Cruz, Sexta Sala, juzgado el 18/4/2023, DJe de 3/5/2023).

Link a la sentencia: https://dpundef-my.sharepoint.com/:b:/g/personal/ilana_sza-bo_dpuf_def_br/Eblz6liNWEZHlYirHlI5JGIBsFpWtUCZl5uQDx6rm7yXCw?e=mPhbFk

CASO 3

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 136.961 - RJ (2020/0284469-3)
RECURSO INTERLOCUTORIO. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. LEGITIMIDAD. IPPSC (RÍO DE JANEIRO). RESOLUCIÓN JUDICIAL IDH 22/11/2018. PRESO EN CONDICIONES DEGRADANTES. DOBLE CÓMPUTO DEL PERIODO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD. OBLIGACIÓN DEL ESTADO PARTE. SENTENCIA JUDICIAL. MEDIDA DE URGENCIA. EFICACIA TEMPORAL. EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS. PRINCIPIO PRO PERSONAE. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA, EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A NIVEL INTERNACIONAL (PRINCIPIO DE FRATERNIDAD - DESDOBLAMIENTO). SÚMULA 182 STJ. RECURSO DESESTIMADO.

Órgano/Tribunal que resolvió: Quinta Clase del Tribunal Superior de Justicia.
Fecha de la sentencia: 15-jun-2021.

Síntesis de los hechos: Este caso se refiere al Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho de Río de Janeiro (IPPSC). Esta prisión fue objeto de numerosas inspecciones que culminaron en la Resolución de la CIDH de 22/11/2018, que, reconociendo que esta institución era inadecuada para la ejecución de penas, especialmente porque los presos se encontraban en una situación degradante e inhumana, determinó en el punto 4 que cada día de privación de libertad cumplido en el IPPSC debía ser computado doble para determinadas personas allí alojadas. La controversia en esta sentencia se refiere al plazo inicial de eficacia de la decisión de la CIDH, con el STJ, en una interpretación ampliada de la protección de los derechos humanos, determinando que el doble cómputo debe aplicarse a todo el período de la condena y no sólo desde el momento de la notificación (cuando el Estado brasileño tuvo conocimiento de la decisión).

Resumen de la Decisión: Legitimidad del Ministerio Público del Estado de Río de Janeiro para interponer el recurso interlocutorio. “No tiene sentido negar el reconocimiento del derecho de los Ministerios Públicos de los estados y del Distrito Federal para actuar ante este Tribunal, si la interpretación dada por el STF, basada en una cuestión que asume, en palabras del juez Celso de Mello, ‘indiscutible relevancia jurídico-constitucional’ (RCL-AGR n.7.355), apunta en la dirección opuesta, después de la evolución jurisprudencial sobre el tema” (AgRg)..358) apunta en la dirección opuesta, tras la evolución jurisprudencial sobre la materia” (AgRg nos EREsp n. 1.256.973/RS, Magistrada Ponente LAURITA VAZ, Magistrado Ponente ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sección Tercera, juzgado el 27/8/2014, DJe 6/11/2014).

Se trata del notorio caso del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho de Río de Janeiro (IPPSC), objeto de numerosas inspecciones que culminaron con la resolución de la Corte IA de 22/11/2018, que, reconociendo que el instituto no era apto para la ejecución de penas, especialmente porque los presos se encontraban en una situación degradante e inhumana, determinó que “cada día de privación de libertad cumplido en el IPPSC debe computarse doble para todas las personas allí alojadas que no se encuentren imputadas por delitos contra la vida o la integridad física, o delitos sexuales, o no hayan sido condenadas por ellos, en los términos de los Considerandos 115 a 130 de la presente Resolución”.

Al someterse a la jurisdicción de la Corte IDH, Brasil amplía la lista de derechos de las personas y el espacio de diálogo con la comunidad internacional. Al basarse en la cooperación internacional, la jurisdicción de Brasil puede aumentar la eficacia de los derechos humanos.

La sentencia del Tribunal IA tiene autoridad de cosa juzgada internacional, con efecto vinculante y directo para las partes. Todos los órganos y poderes internos del país están obligados a cumplir la sentencia. En este caso, los tribunales inferiores, al diferir los efectos de la decisión al momento en que el Estado brasileño tuvo conocimiento de la decisión dictada por la Corte Interamericana, omitiendo así computar parte del período en que el recurrente habría cumplido condena en una situación considerada degradante, incumplieron este mandamiento, teniendo en cuenta que las sentencias de la Corte tienen eficacia inmediata para los Estados Partes y un efecto meramente declarativo.

No es posible que la determinación del doble cómputo tenga sus efectos modulados como si el recurrente hubiera cumplido parte de su condena en condiciones aceptables hasta su notificación y a partir de entonces este estado de cosas hubiera cambiado. En realidad, el sustrato fáctico que dio lugar al reconocimiento de la situación degradante ya persistía con anterioridad, incluso para que pudiera ser reconocida, por lo que debe aplicarse a todo el período de cumplimiento de la condena.

Los poderes públicos, incluido el poder judicial, deben ejercer el control de convencionalidad, observando los efectos de las disposiciones del derecho inter-

nacional y adaptando su estructura interna para garantizar el pleno cumplimiento de sus obligaciones con la comunidad internacional, ya que los países signatarios son guardianes de la protección de los derechos humanos y deben utilizar la interpretación más favorable al ser humano.

Los jueces nacionales deben actuar como jueces interamericanos y establecer un diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, entre otras cosas para reducir las violaciones y abreviar los procedimientos internacionales. Con este espíritu hermenéutico es claro que, en el presente caso, la mejor interpretación que debe darse es aplicar la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2018 a todo el periodo en que el recurrente cumplió condena en el IPPSC.

La novedosa alegación traída en el recurso interlocutorio, en el sentido de que la determinación emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la Resolución de la CIDH de 22 de noviembre de 2018, tendría el carácter de medida cautelar provisional y que, en atención a esta circunstancia, dicha Resolución no podría producir efectos retroactivos, sino que debe producir efectos jurídicos ex nunc, no merece ser acogida. El carácter urgente de la medida cautelar señalada por el recurrente no tiene la virtualidad de limitar los efectos de la obligación derivada de la Resolución de la CIDH de 22 de noviembre de 2018 hacia el futuro (ex nunc), sino de apuntar a la necesidad de celeridad en la adopción de los medios de cumplimiento, atendiendo no en último término a la gravedad de las particularidades del caso.

Por último, cabe señalar un obstáculo procesal para la concesión del recurso interlocutorio, consistente en que el recurrente se limitó a indicar posibles efectos futuros de la citada Resolución de 22 de noviembre de 2018 de la CIDH, basándose en su carácter de medida de emergencia, sin atacar, no obstante, los fundamentos de la decisión agravada, circunstancia capaz de atraer el obstáculo contenido en el Verbo Sumario 182 del STJ, verbis: “No es viable la apelación interlocutoria prevista en el artículo 545 del CPC que no ataque específicamente los fundamentos de la decisión agravada.”

Desestimación del recurso interlocutorio, manteniendo, en consecuencia, la decisión que, concediendo el recurso ordinario de habeas corpus, determinó el doble cómputo de todo el período en que el paciente cumplió condena en el Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, desde el 09 de julio de 2017 hasta el 24 de mayo de 2019.

(AgRg no RHC n. 136.961/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinto Panel, juzgado el 15/6/2021, DJe de 21/6/2021).

Link a la sentencia: https://dpufef-my.sharepoint.com/:b/g/personal/ilana_szabo_dpu_def_br/Eejn0iW7NbZKnkufeNSAkU8BnMhYFBH-0VtqqLuQUtWWgA?e=MvWaSW

CASO 4

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESAL CIVIL. RECURSO. DESLINDE DE TIERRAS INDÍGENAS. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DESLINDE. OPOSICIÓN A LA REIVINDICACIÓN POSESORIA. IMPOSIBILIDAD. ANULACIÓN PARCIAL DEL PROCEDIMIENTO SIN RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO. ACCIÓN DECLARATIVA DE INEXISTENCIA DE RELACIÓN JURÍDICA. DEMARCACIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS. DECRETO HOMOLOGATORIO. INSCRIPCIÓN INMOBILIARIA. PROCEDIMIENTO VÁLIDO. NULIDAD NO CARACTERIZADA. CUMPLIMIENTO DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES. RECURSO NO ESTIMADO.

Órgano/Tribunal que resolvió: Primer Clase del Tribunal Regional Federal de la 3ª Región.

Fecha de la sentencia: 22-ago-2022.

Síntesis de los hechos: Los recurrentes alegaron que eran los legítimos propietarios de las áreas denominadas Fazenda São Bento - Glebas II, V y X, registradas en la Oficina de Registro de la Propiedad de Amambaí/MS, y que no existía ocupación indígena tradicional en las áreas en disputa.

Sin embargo, el 06/11/1991, debido a los efectos de la Ordenanza Ministerial N ° 516/1991, la Tierra Indígena Jaguari fue demarcada y estas áreas fueron cubiertas por el perímetro del proceso de demarcación. Con referencia en el voto del relator a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente los casos de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay y del Pueblo Indígena Xucuru vs. Brasil, el TRF-3 concluyó que la oposición basada en derechos posesorios, fundamentada en títulos que legitiman la posesión, no es adecuada como base para obstaculizar la demarcación de tierras indígenas. Además, los diversos actos administrativos que componen el proceso de demarcación gozan de presunción de legitimidad y están respaldados por un mandato constitucional preeminente, estando vedada la acción de interdicción de la posesión contra la demarcación.

Síntesis de la Decisión: 1. El deslinde de tierras indígenas es un acto formal y declarativo que tiene por objeto el reconocimiento de un derecho preexistente (originario). Es un acto administrativo que goza de presunción de legitimidad y veracidad (presumption juris tantum), correspondiendo a la parte contraria impugnarlo mediante la presentación de pruebas inequívocas capaces de desvirtuarlo. Precedentes.

No es procedente oponerse a un acto administrativo fundado en derechos posesorios y basado en títulos legitimadores de la posesión, como medio de obstaculizar el proceso de deslinde de tierras indígenas y los diversos actos que lo integran, los cuales gozan de presunción de legitimidad y están respaldados por un mandato constitucional preeminente, así como también está vedada la acción de interdicción posesoria contra el deslinde.

La demarcación de tierras indígenas no constituye posesión ni forma alguna de pérdida o restricción de la propiedad, ya que se trata de un mero acto declarativo de una situación jurídica preexistente. Precedentes.

Debido a la propia naturaleza de la tierra indígena - como propiedad originaria de la Unión y usufructo exclusivo de los indios - el ordenamiento jurídico prohíbe expresamente la oposición al acto administrativo de demarcación (art. 19, § 2, de la Ley 6.001/73). Por lo tanto, es necesario poner fin al caso sin resolver el fondo en relación con la demanda posesoria, en los términos del art. 485, inc. VI, del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la observancia del contradictorio en el ámbito administrativo, se observa que una vez iniciado el procedimiento de deslinde, la legislación reguladora garantiza el derecho a la contradicción y a la participación de los interesados durante la tramitación administrativa. En este caso, el procedimiento de deslinde, la legislación reguladora garantiza el derecho a la contradicción y a la participación de los interesados durante la tramitación administrativa. En este caso, el procedimiento de deslinde se rigió por la normativa vigente en el momento del acto, es decir, el Decreto 22/1991, y el proceso administrativo que dio lugar a la determinación del deslinde de la Tierra Indígena Jaguari se llevó a cabo con estricto cumplimiento de las normas establecidas por la legislación vigente en aquel momento, sin que existan indicios que permitan concluir la existencia de vicios que pudieran empañar su validez.

El Supremo Tribunal Federal ha establecido que la pretensión de declaración de nulidad del Decreto 22/1991 no prospera en el caso de que se ratifique el proceso de demarcación y se inscriba posteriormente la propiedad. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha establecido la opinión de que la existencia de un procedimiento diferenciado para impugnar los procesos de demarca-

ción iniciados antes de la entrada en vigor del Decreto nº 1.775/1996 no constituye una violación del derecho a un juicio justo y a una defensa plena. Precedentes.

Las pruebas que obran en el expediente son pruebas irrefutables de la ocupación tradicional de la zona demarcada como Tierra Indígena Jaguari, así como del hecho de que los obstáculos a la ocupación indígena de la zona, a lo largo del tiempo, han sido promovidos por actos de extrusión y remoción forzosa por parte de personas no indígenas, caracterizando la usurpación reiterada.

El estudio antropológico debe evaluar no sólo la existencia de cualquier ocupación indígena el 05/10/1988, sino también analizar si la ausencia de indios se debió a actos de extrusión y remoción forzosa (despojo renuente), como el Supremo Tribunal Federal dictaminó en Pet. 3.388/RR y establecido por la jurisprudencia en los casos "Tierra Guyrároka" (RMS no. 29.087, DJe 14/10/2014) y "Tierra Indígena Limão Verde" (ARE no. 803.462-Agr-MS, DJe 12/02/2015).

Con base en los elementos reunidos en el expediente - en particular, teniendo en cuenta las conclusiones extraídas de los estudios presentados por el informe pericial judicial y el informe antropológico elaborado por el asistente técnico del Ministerio Público Federal - es posible concluir, a partir de un estándar de prueba suficiente para informar el juicio de convicción necesario en el contexto de la cognición exhaustiva, sobre la existencia de ocupación tradicional indígena (Guarani-Kaiowá) sobre el área sometida al proceso administrativo de demarcación de la Tierra Indígena Jaguari, así como la ocurrencia de actos de extrusión y remoción compulsoria, promovidos por no indios, caracterizando la usurpación renitente.

El hecho de que fincas originarias de títulos concedidos por el estado de Mato Grosso se superpongan al área demarcada no constituye motivo para obstaculizar la demarcación de la tierra indígena, cuyo acto administrativo constituye el reconocimiento constitucional del derecho originario de los indios a la posesión permanente y al usufructo exclusivo sobre las tierras tradicionalmente ocupadas, prevaleciendo sobre cualesquiera situaciones y vínculos jurídicos preconstitucionales. En consonancia con la jurisprudencia pacífica del Supremo Tribunal Federal, deben considerarse nulos los títulos que tengan por objeto reivindicaciones posesorias y los acuerdos comerciales sobre dichas tierras.

Los actos administrativos impugnados por los demandantes no adolecen de vicio alguno y deben ser confirmados, pues constituyen el reconocimiento de un derecho originario, declaratorio de una situación jurídica preexistente, que debe prevalecer sobre cualquier pretensión basada en títulos legitimadores de la posesión a favor de no indígenas. Se cumple así con un mandato constitucional expreso de nulidad y extinción de supuestos derechos adquiridos sobre tierras indígenas, a favor de la preservación de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y de la dignidad misma de la persona humana, pilar axiológico de la Constitución de la República.

Se desestima el recurso de casación.

(ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL / MS 0000035-46.1992.4.03.6005. 1º Panel - TRF3. Ponente Juez Federal Helio Nogueira. Fecha de la sentencia: 22/08/2022. Fecha de publicación: 23/08/2022).

Link a la sentencia: https://dpudef-my.sharepoint.com/:b:/g/personal/ilana_sza-bo_dpu_def_br/ERZcOp9N78RFqWkZPRjmxYBqkztdPHulnJ5TBpZP4IM9w?e=jvbJw9

CHILE

DEFENSA PENAL PÚBLICA CASO 1

Caso: SCS Rol N° 9886-2024.

Tribunal que resolvió: Corte Suprema.

Fecha de la decisión: 20-mar-2024

Síntesis de los hechos: acoge acción de amparo en atención a las precarias condiciones en que la amparada dio a luz a su hija (insalubres y en condiciones indignas, propias de un trato cruel, inhumano y degradante) sustituye cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad por arresto domiciliario total

Síntesis de lo resuelto: -En su sentencia el máximo tribunal destacada la obligación que el estado de Chile tiene de respetar y asegurar los derechos constitucionales, así como aquellos garantizados en tratados internacionales.

-En dicho contexto, la sentencia tuvo en consideración instrumentos internacionales de DDHH sobre material, específicamente, 1) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), 2) la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará), 3) las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok, Regla 57), y 4 La Convención de los Derechos del Niño.

- La acción es acogida por la Corte en atención a las precarias condiciones en que la amparada dio a luz a su hija (insalubres y en condiciones indignas, propias de un trato cruel, inhumano y degradante). La amparada mantuvo dolores en los días previos al parto, sin ser atendida frente a dicha alerta. Al momento del parto sólo fue atendida por otras internas, quienes pidieron ayuda a viva voz a funcionarios de Gendarmería de Chile, quienes carecían de experiencia y sin contar con equipamiento adecuado para brindarle ayuda, sin contar con caja de atención de parto, sin tener a disposición un vehículo de emergencia, lo que motivó una demora inexcusable en el corte del cordón umbilical dada la falta de experiencia del paramédico que concurrió. Lo anterior se extendió durante varias horas, e incluso impidió que la recién nacida recibiera las primeras atenciones que todo recién nacido debe recibir conforme a los parámetros dispuestos por el Ministerio de Salud, tardándose su traslado a un centro asistencial y sin tomar en cuenta los síntomas clínicos que presentaba la recién nacida, presentándose cianótica.

-Se constató que las mujeres embarazadas no reciben la información sobre la gestación, su nutrición ni la agenda de salud. Luego del parto, tampoco se proporcionó el ajuar que en todos los casos entrega el Estado a través del programa Chile Crece Contigo, el cual incluye una cuna. Dado lo anterior, la interna debe dormir junto a su hija en la misma cama, con el riesgo que ello conlleva.

Lo anterior permite colegir que, la amparada ha estado desprovista de las condiciones mínimas para procurar un proceso de apego con su hija, que permita su adecuado desarrollo, tanto desde el punto de vista sanitario como psicológico, lo cual incide en una afectación a la seguridad individual, no solo de la amparada, sino que, además, de su hija recién nacida.

- Por lo anterior, el fallo indica que mantener la ejecución de la condena de la amparada en el interior de un recinto carcelario, dados los graves perjuicios que conlleva para el desarrollo y vida futura de su hija, obliga a esta a Corte a adoptar medidas urgentes con la finalidad de cumplir con las convenciones internacionales a las que el Estado adscribió, en su oportunidad y, que en el presente caso, es la suspensión del cumplimiento efectivo del saldo de pena que actualmente cumple la amparada.

Santiago, veinte de marzo de dos mil veinticuatro.

Vistos y teniendo además presente:

1º) Que si bien en la legislación nacional no hay precepto que autorice expresamente la sustitución de la pena de presidio por un arresto domiciliario total, debe recordarse que, por mandato del inciso 2º, del artículo 5 de la Constitución, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, *“así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

2º) Que, en tal sentido, ha de tenerse presente la normativa internacional entre la que se destaca primeramente y a nivel de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y, con posterioridad, y mayor especificidad, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará).

En este contexto, particularizando el tratamiento internacional, deben colacionarse las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), que establece: Regla 57 *“Las disposiciones de las Reglas de Tokio servir de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deben elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”*.

3º) Que —en lo que interesa para este examen—, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también llamada Convención de Belem do Pará, establece: Artículo 1º: *“Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*. Artículo 4º: *“Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, y goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d. el derecho a no ser sometida a torturas; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos”*. Artículo 7: *“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b) actuar con la debida diligencia para prevenir,*

investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; e) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; y h) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención". Artículo 9: "Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad".

4º) Que, por lo demás, debe tener presente en el caso de marras —dado que la hija lactante de la amparada permanece junto a ella al interior del recinto penitenciario—, lo preceptuado en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, en orden a que en todas aquellas medidas concernientes a los niños que adopten, entre otros, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá el interés superior del niño como consideración primordial.

En el mismo sentido, no puede obviarse lo dispuesto en el artículo 3.3 de la citada Convención de los Derechos del Niño, en cuanto establece que *"Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada"*.

5º) Que en el caso en estudio, según aparece del mérito de los antecedentes, la amparada permanece en el Complejo Penitenciario de Iquique, cumpliendo una condena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, por el delito de tráfico de drogas, derivado de la sustitución de la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional, teniendo como fecha de término de condena el 30 de octubre de 2026, encontrándose privada de libertad conjuntamente con su hija nacida en el mes de enero de 2024.

No resulta controvertido en autos las precarias condiciones en que la amparada dio a luz a su hija. Tal es así, que el Comité para la Prevención de la Tortura, con ocasión de los hechos expuestos en la acción de amparo, elaboró un informe de visita reactiva sección materno infantil C.C.P. Iquique, que describe que el trabajo de parto, el parto y el alumbramiento fueron insalubres y en condiciones indignas, propias de un trato cruel, inhumano y degradante. La amparada mantuvo dolores en los días previos al parto, sin ser atendida frente a dicha alerta. Al momento del parto sólo fue atendida por otras internas, quienes pidieron ayuda a viva voz a funcionarios de Gendarmería de Chile, quienes carecían de experiencia y sin contar con equipamiento adecuado para brindarle ayuda, sin contar con caja de atención de parto, sin tener a disposición un vehículo de emergencia, lo que motivó una demora inexcusable en el corte del cordón umbilical dada la falta de experiencia del paramédico que concurrió. Lo anterior se extendió durante varias horas, e incluso impidió que la recién nacida recibiera las primeras atenciones que todo recién nacido debe recibir conforme a los parámetros dispuestos por el Ministerio de Salud, retardándose su traslado a un centro asistencial y sin tomar en cuenta los síntomas clínicos que presentaba la recién nacida, presentándose cianótica. A lo anterior, debe adicionarse la circunstancia que la amparada tampoco contó con controles prenatales durante las cuatro semanas anteriores al parto. Se constató que las mujeres embarazadas no reciben la información sobre la gestación, su nutrición ni la agenda de salud. Luego del parto, tampoco se proporcionó el ajuar que en todos los casos entrega el Estado a través del programa Chile Crece Contigo, el cual incluye una cuna. Dado lo anterior, la interna debe dormir junto a su hija en la misma cama, con el riesgo que ello conlleva.

Lo anterior permite colegir que, la amparada ha estado desprovista de las condiciones mínimas para procurar un proceso de apego con su hija, que permita su adecuado desarrollo, tanto desde el punto de vista sanitario como psicológico, lo cual incide en una afectación a la seguridad individual, no solo de la amparada, sino que, además, de su hija recién nacida.

6º) Que, en este contexto, conforme a las disposiciones reseñadas precedentemente, mantener la ejecución de la condena de la amparada en el interior de un recinto carcelario, dados los graves

perjuicios que conlleva para el desarrollo y vida futura de su hija, obliga a esta Corte a adoptar medidas urgentes con la finalidad de cumplir con las convenciones internacionales a las que el Estado adscribió, en su oportunidad y, que en el presente caso, es la suspensión del cumplimiento efectivo del saldo de pena que actualmente cumple la amparada, sustituyendo dicha forma de satisfacción de la sanción, por el de arresto domiciliario, máxime si es la propia Carta Fundamental la que reconoce en su artículo 19, N° 7, letra d) que la privación de libertad puede materializarse en el domicilio de una persona, lo que se condice de mejor manera con las circunstancias personales descritas anteriormente y la normativa internacional sobre la materia.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se confirma** la sentencia apelada de uno de marzo de dos mil veinticuatro, dictada por la Corte de Apelaciones de Iquique, en el Ingreso Corte N° 52-2024, con declaración que, además de lo resuelto en dichos antecedentes, se dispone la sustitución del cumplimiento efectivo del saldo de pena que actualmente purga la amparada **Dayana Cuellar Almanza**, por la de **arresto domiciliario total**, debiendo el tribunal de ejecución ordenar las medidas necesarias para la supervigilancia del cumplimiento alternativo otorgado.

Regístrese, comuníquese al tribunal de ejecución y a Gendarmería de Chile y, una vez hecho, devuélvase.

N° 9.886-2024.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., la Ministra Sra. María Cristina Gajardo H., y los Abogados Integrantes Sra. Pía Tavorari G., y Sr. Eduardo Gandulfo R. No firma el Abogado Integrante Sr. Gandulfo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

En Santiago, a veinte de marzo de dos mil veinticuatro, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.

En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

CASO 2

Caso: SCS ROL N°190.096-2023.

Tribunal que resolvió: Corte Suprema.

Fecha de la decisión: 21-agos-2023.

Síntesis de los hechos: acoge acción de amparo y deja sin efecto resolución que mantuvo prisión preventiva de mujer embarazada migrante, ordenando que se cite audiencia para discutir, en los términos del artículo 33 del CPP, la procedencia del reemplazo de la pena privativa de libertad.

Síntesis de lo resuelto: Corte Suprema revoca sentencia que desestima la solicitud de modificación de la medida cautelar de prisión preventiva por una de menor intensidad de imputada migrante embarazada, por cuanto no se realizó un análisis interseccional y de género, considerando los antecedentes sociales y médicos aportados por la defensa respecto de la amparada, y en su lugar acoge acción de amparo, dejándose sin efecto la resolución dictada por el Juzgado de Garantía de Copiapó que mantuvo la prisión preventiva a su respecto, debiendo el referido tribunal citar a los intervinientes a una nueva audiencia para los efectos de discutir, en los términos del artículo 33 citado, la procedencia del reemplazo de la pena privativa de libertad, por un juez no habilitado.

6°) Que, atendida la resolución transcrita en el motivo que precede, aparece de manifiesto que la decisión impugnada por el presente recurso de amparo, que desestima la petición de la defensa de modificar la medida cautelar de prisión

preventiva por una de menor intensidad, no analizó desde un enfoque interseccional y de género, el cúmulo de antecedentes sociales y médicos aportados por la defensa, que da cuenta que se trata de una mujer gestante en la que confluyen múltiples categorías de vulnerabilidad (migrante irregular, embarazada, de alto riesgo obstétrico), condición que se encuentran especialmente protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que importa que la decisión de mantener a la amparada privada de libertad, en esas especiales circunstancias, conlleva de un esfuerzo argumentativo en el sentido de justificar por qué los fines del procedimiento o riegos procesales del caso concreto, deben primar por sobre bienes igualmente valiosos para la sociedad, teniendo presente que la regla general es la libertad de las personas y que esta solo puede ser afectada de manera legítima a través de una resolución debidamente motivada que se haga cargo de las particularidades del caso específico, excluyendo los riegos de su imposición de manera “automática y acrítica” y descartando de la misma manera toda otra medida cautelar personal que pudiera garantizar de igual forma la necesidad de cautela requerida, sin afectar tan gravemente y en su esencia el derecho a la libertad personal y a la salud de la imputada y del nonato.

7º) Que en tal sentido, ha de tenerse presente la normativa internacional entre la que se destaca primeramente y a nivel de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y, con posterioridad, y mayor especificidad, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará).

Santiago, veintiuno de agosto de dos mil veintitrés.

Al escrito folio 234047-2023: a todo, téngase presente.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos cuarto a octavo, que se eliminan.

Y teniendo, además, en consideración:

1º) Que resulta un hecho no discutido en esta sede, que la amparada, ciudadana extranjera, se encuentra sujeta a la medida cautelar de prisión preventiva desde el 8 de abril último, la que fue decretada luego de haber sido formalizada como autora del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes (864 grs. de ketamina). También resulta inconcuso que la imputada se encuentra embarazada, estado gestacional que fue calificado de alto riesgo obstétrico, con fecha estimada de parto para el día 4 de octubre de 2023 y que asiste a controles médicos en la unidad especializada del Hospital Provincial de Huasco.

2º) Que, en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, se reconoce a todas las personas el derecho a la libertad personal y, en consecuencia, precisa su letra b), nadie puede ser privado de esa libertad ni ella restringida “sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”. Agrega la letra e) del mismo precepto, que *“La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”*.

El texto reproducido demuestra que la libertad personal es un derecho con reconocimiento constitucional que obedece a la situación normal o general de todo ciudadano, quien sólo podrá verse privado o restringido del mismo, excepcionalmente, en los casos y siguiendo las formas que definan la misma Constitución y las leyes, de manera que de no presentarse alguna de tales situaciones o no respetarse dichas formas, tal privación o restricción deviene en contraria a la Constitución y las leyes;

3º) Que para privar de la libertad personal a un imputado mediante la medida cautelar de prisión preventiva, el artículo 36 del Código Procesal Penal, que rige para toda resolución y actuación judicial y, por tanto, también para aquella que resuelve una petición de esa medida, dispone que es obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaran sobre cuestiones de mero trámite.

Por su parte, el artículo 122 del mismo código, consagra como principio general de toda medida cautelar personal, que éstas *“serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”* y el artículo 143 del citado cuerpo legal, ya específicamente en relación a la prisión preventiva, señala que al concluir la audiencia respectiva, *“el tribunal se pronunciará sobre la prisión preventiva por medio de una resolución fundada, en la cual expresará claramente los antecedentes calificados que justificaren la decisión”*;

4º) Que, en concordancia con lo anterior, el inciso segundo del artículo 144 del Código de Procedimiento Penal, dispone que *“Cuando el imputado solicitare la revocación de la prisión preventiva el tribunal podrá... citar a todos los intervinientes a una audiencia, con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos que autorizan la medida”*, esto es, acreditar que subsisten los requisitos previstos en las letras a), b) y c) del artículo 140 del Código Procesal Penal, debiendo el tribunal detallar, precisar o acotar, y analizar, los que le fueron útiles para tener por concurrentes cada uno de los extremos del artículo 140, para justificar la imposición de esa cautelar, como lo demanda el artículo 143, del mismo cuerpo legal mencionado; **5º)** Que, ahora bien, para desestimar la solicitud de modificación de la medida cautelar de prisión preventiva de la amparada planteada por la defensa, el Juzgado de Garantía de Vallenar, expresó: *“No hay antecedentes nuevos, de relevancia para sustituir la medida cautelar, el informe social en esta etapa del procedimiento no tiene relevancia, salvo una vez concluido el juicio, en la determinación de la pena, en esta etapa no se vincula con ninguno de los criterio de peligrosidad establecido por el legislador. Respecto del estado de salud, tampoco se ha dado cuenta de una condición concreta, que haga estimar que hay un peligro concreto en la salud de la imputada, Gendarmería también tiene todos los medios para que se le otorgue acceso a la misma mediante en el hospital regional, por lo tanto, tampoco es un argumento la situación de embarazo de la imputada, embarazo no significa libertad o necesariamente, suspensión del cumplimiento de las penas. Señala el legislador que debe estar en condiciones óptimas para aquello, pero en ningún caso significa que sea sinónimo de libertad, si eso fuera, sería otra cosa”*.

6º) Que, atendida la resolución transcrita en el motivo que precede, aparece de manifiesto que la decisión impugnada por el presente recurso de amparo, que desestima la petición de la defensa de modificar la medida cautelar de prisión preventiva por una de menor intensidad, no analizó desde un enfoque interseccional y de género, el cúmulo de antecedentes sociales y médicos aportados por la defensa, que da cuenta que se trata de una mujer gestante en la que confluyen múltiples categorías de vulnerabilidad (migrante irregular, embarazada, de alto riesgo obstétrico), condición que se encuentran especialmente protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que importa que la decisión de mantener a la amparada privada de libertad, en esas especiales circunstancias, conlleva de un esfuerzo argumentativo en el sentido de justificar por qué los fines del procedimiento o riegos procesales del caso concreto, deben primar por sobre bienes igualmente valiosos para la sociedad, teniendo presente que la regla general es la libertad de las personas y que esta solo puede ser afectada de manera legítima a través de una resolución debidamente motivada que se haga cargo de las particularidades del caso específico, excluyendo los riegos de su imposición de manera *“automática y acrítica”* y descartando de la misma manera toda otra medida cautelar personal que pudiera garantizar de igual forma la necesidad de cautela requerida, sin afectar tan gravemente y en su esencia el derecho a la libertad personal y a la salud de la imputada y del nonato.

7º) Que en tal sentido, ha de tenerse presente la normativa internacional entre la que se destaca primeramente y a nivel de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y, con posterioridad, y mayor especificidad, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará).

En este contexto, particularizando el tratamiento internacional, deben colacionarse las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), que establece: Regla 57 *“Las disposiciones de las Reglas de Tokio servir de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deben elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”*;

8º) Que -en lo que interesa para este examen-, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también llamada Convención de Belem do Pará, establece:

Artículo 1º: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Artículo 4º: “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, y goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d. el derecho a no ser sometida a torturas; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.”.

Artículo 7: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; e) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; y h) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.”

Artículo 9: “Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

9º) Que, en suma, la decisión de desestimar la modificación de la medida cautelar solicitada, manteniendo la de prisión preventiva a su respecto, no obstante tener a la vista la ficha clínica e informe social de la imputada, no dio cumplimiento a las exigencias de fundamentación mínima que debe contener la resolución que, en esas particulares circunstancias, dispone mantener la privación de libertad, desde que de su lectura es inobjetable que el tribunal no razonó acerca de todos los antecedentes proporcionados y que en su concepto permitían justificar los presupuestos exigidos por el artículo 143 del Código Procesal Penal, obliga a esta Corte a adoptar medidas urgentes con la finalidad de cumplir con las convenciones internacionales a las que el Estado adscribió, en su oportunidad y, que en el presente caso, es dejar sin efecto la resolución que dispuso su prisión preventiva y disponer medidas cautelares de menor intensidad que aseguren los fines del procedimiento, debiendo a judicatura competente citar a una audiencia a la brevedad, para su discusión.

Y visto además, lo establecido en los artículos 19 N° 7 y 21 de la Constitución Política de la República **se revoca** la sentencia apelada de veintisiete de julio de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, en el Ingreso Corte N° 72-2023, y en su lugar se resuelve que **se acoge** la acción de amparo deducida en favor de **Yenibel Maikerlyn Rojas Flores**, dejándose sin efecto la resolución de fecha diecisiete de julio del año en curso, dictada por el Juzgado de Garantía de Copiapó, que mantuvo la prisión preventiva a su respecto, debiendo el referido tribunal citar a los intervinientes a una nueva audiencia para los efectos de discutir, en los términos del artículo 33 citado, la procedencia del reemplazo de la pena privativa de libertad, por un juez no habilitado.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Brito y Dahm, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada en virtud de sus propios fundamentos.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 190.096-2023.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., María Teresa De Jesús Letelier R. y Abogada Integrante Pía Verena Tavolari G. Santiago, veintiuno de agosto de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veintiuno de agosto de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.

En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

CASO 3

Caso: SCS ROL N°236.977-2023

Tribunal que resolvió: Corte Suprema.

Fecha de la decisión: 26-oct-2023.

Síntesis de los hechos: Corte Suprema revoca sentencia apelada y acoge acción de amparo, toda vez que el amparado, según aparece del mérito de los antecedentes, padece una paraplejia espástica y complicaciones derivadas de su enfermedad. La corte estima que el Estado debe brindar todos los tratamientos médicos y facilidades, como garantía del derecho a la integridad personal. Así entonces, mantener la ejecución de la condena del amparado en el interior de un recinto carcelario, por el estado de su enfermedad y los tratamientos periódicos que requiere, implica un grave riesgo para su salud que obliga a esta Corte a adoptar medidas urgentes con la finalidad de cumplir tanto con la normativa constitucional como con las convenciones internacionales a las que el Estado adscribió, en su oportunidad y, que en el presente caso, llevan a considerar excepcionalmente, por motivos de índole humanitario y de respeto a la dignidad esencial del ser humano, un régimen sancionatorio menos estricto para el cumplimiento de su condena, como se dirá en lo resolutivo. En virtud de lo anterior, se acoge el recurso de amparo y en su lugar se decreta: la sustitución del régimen carcelario a que se encuentra afecto el amparado, por el de reclusión total domiciliaria, en tanto se mantenga su actual condición de salud.

Síntesis de lo resuelto:

1º) Que, si bien en la legislación nacional no hay precepto que autorice expresamente la sustitución de la pena de presidio por la de reclusión domiciliaria por razones como las que motivan la solicitud presentada en favor del amparado, debe recordarse que, en primer término, la Constitución Política de la República establece, en su primer artículo 1º, que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y luego garantiza a todos, en el artículo 19 N° 9, inciso 1: "El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo". A su turno, por mandato del inciso 2º del artículo 5 de la carta fundamental, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, "así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Por estas consideraciones se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto a favor de H.V.C, en contra de la resolución pronunciada con 11 de septiembre de 2023, del Juzgado de Garantía de Bulnes y en su lugar se decreta:

1.- Se hace lugar a la sustitución del régimen carcelario a que se encuentra afecto el amparado, por el de reclusión total domiciliaria, en tanto se mantenga su actual condición de salud.

2.- La defensa tiene un plazo de 24 horas para informar al Juzgado de Garantía de Bulnes, el domicilio en el cual se ejecutará la pena.

3.- El amparado deberá ser evaluado por el Servicio Médico Legal más próximo a su domicilio cada 3 meses, Servicio que informará directamente al tribunal sobre el estado de salud del amparado y la factibilidad de su reingreso al cumplimiento efectivo de la pena, si sus condiciones de salud así lo permiten.

4.- Carabineros de Chile de la localidad más cercana al domicilio del amparado, deberá controlar de manera periódica y aleatoria el cumplimiento del arresto domiciliario total.

Santiago, veintiséis de octubre de dos mil veintitrés.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de los fundamentos décimo a décimo quinto que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente.

1º) Que, si bien en la legislación nacional no hay precepto que autorice expresamente la sustitución de la pena de presidio por la de reclusión domiciliaria por razones como las que motivan la solicitud presentada en favor del amparado, debe recordarse que, en primer término, la Constitución Política de la República establece, en su primer artículo 1º, que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y luego garantiza a todos, en el artículo 19 N° 9, inciso 1: *“El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”*. A su turno, por mandato del inciso 2º del artículo 5 de la carta fundamental, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, *“así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

2º) Que, en tal sentido, ha de tenerse presente la normativa internacional, entre la que se destaca primeramente el artículo 12 N° 1 y N° 2, letra c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”*. A su turno, el artículo 5º N° 1 y N° 2 del Pacto de San José de Costa Rica, garantiza el derecho a la integridad personal, señalando que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

Ahora, en cuanto a la situación específica del amparado, debe tenerse en consideración las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Mandela), en especial la regla 24 que establece que *“1.- La prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica.*

2. Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general y de un modo tal que se logre la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogodependencia”.

También debemos tener presente la Resolución Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Organización de Estados Americanos (Washington D.C., Resolución 1/08, OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26, 2008).que en su Principio X señala que *“Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas,*

endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas.

En toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente”.

3º) Que, finalmente, resulta útil considerar que de conformidad a lo dispuesto en la Ley 20.584, referido a los derechos de los pacientes en estado terminal, se indica, en el artículo 16, que *“Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado estén y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual.”*

4º) Que en el caso en estudio, según aparece del mérito de los antecedentes, el amparado padece una paraplejia espástica y conforme da cuenta el médico Marcelo Pérez que señala en su informe, *“Sin embargo, desde ese período hasta la fecha actual, el paciente ha experimentado una progresión significativa en sus lesiones cutáneas, lo cual me ha sido informado a través de registros fotográficos y reportes de enfermería. Estas lesiones, que en un principio consistían en enrojecimiento de la piel y sensibilidad, han evolucionado hacia escaras profundas de tipo 4, lo que indica un daño grave que afecta tejidos, incluyendo músculos, huesos y articulaciones. Es importante destacar que este tipo de lesión puede extenderse a órganos internos, incrementando el riesgo de sepsis e infecciones graves. El tratamiento de las escaras profundas puede ser complejo y requiere una atención médica constante para evitar su empeoramiento.”*

Asimismo Gendarmería de Chile informa que *“Debido a su condición de postrado paciente presenta reagudización de su úlcera sacra crónica esta extendió hacia el glúteo y periné con posterior infección, el 03.03.2020 comienza con terapia antibiótica oral por 14 días ajustada a resultado del examen de cultivo y antibiograma de la lesión tomando en el hospital penal que fue positivo a Pseudomona pero solo presenta respuesta parcial, continuando infectada a pesar del tratamiento y curaciones. Por lo que el 18.03.2020 se constata aumento de la infección de la herida por lo que ya se encuentra fuera del resorte resolutivo del hospital penal procediendo el 19.03.2020 al traslado para evaluación en urgencias por cirugía del Hospital Regional de Concepción en donde se le realiza aseo quirúrgico dándose de alta el 20.03.2020 indicando terapia antibiótica endovenosa la que fue continuada en el hospital penal hasta 23.03.2020. A pesar de las curaciones avanzadas realizadas en el hospital penal las heridas crónicas presentan tórpidas evolución y vuelven a estar fuera del resorte resolutivo del hospital penal (...).”*

Por otra parte se cuenta con el informe médico de don Germán Ilabaca que refiere que *“El paciente al momento del exámen físico realizado el 07 de junio de 2023, destaca palidez importante (anemia), notable adelgazamiento de extremidades inferiores, rigidez, tanto muscular, como articular, múltiples escaras en zona pélvica lateral posterior, que se describen a continuación:*

1. Escaras trocántereas bilaterales de 2 cm. de diámetro por 3 cm. de profundidad
2. Escara isquiática izquierda de 4 cm. de diámetro por 10 cm. de profundidad
3. Escara sacrocoxígea plana 5 por 10 cm. profundidad 3 mm.
4. Amputación cabeza femoral izquierda por osteomielitis.
5. Extremidad izquierda inferior sin soporte óseo debido a resección de la cabeza del fémur por infección crónica (osteomielitis)

Atrofia muscular y articular importante en caderas, rodillas, tobillos y pies, con riesgo de ser permanente, si no se realiza tratamiento de rehabilitación motora y articular”.

Continua el mismo informe señalando que *“Este paciente debido a la incapacidad motora y sensitiva de la mitad inferior del cuerpo, no puede por sí mismo hacer prevención ni cuidado de sus lesiones por presión (escaras).*

Esta patología no sana de manera espontánea, al contrario, requiere de tratamiento especializado para la recuperación, lo cual hasta este momento no ha ocurrido.

Las características de las úlceras crónicas (herida abierta en forma permanente), no tienen barrera de protección contra agentes contaminantes, como bacterias y hongos que causan infecciones recurrentes, que obligan a la amputación (cabeza del fémur izquierdo) en este caso y que pueden causar la muerte. Es de vital importancia, entender que el origen de las úlceras son por falta de cuidados específicos, se trata de una patología grave, que puede ser fatal, por mal manejo del personal a cargo, de tal modo, que ningún paciente debería llegar a esta situación tan extrema. En este caso el paciente presenta osteomielitis, que es una infección a los huesos, esto por la falta de tratamiento adecuado de las escaras expandiéndose la infección hasta los huesos. De no tratarse esta infección a los huesos intentando evitar su expansión podría derivar en una septicemia y causar la muerte del paciente.

Algunas de las medidas necesarias para el manejo de pacientes con úlceras crónicas por presión:

• Asistencia de personal de salud, las 24 horas, para realizar cambios de posiciones en la cama, cada 2 horas.

• Acompañar al baño

• Aseo permanente para evitar infecciones, curaciones cada 12 horas

• Cama especial antiescaras

• Tratamiento kinésico diario

• Cultivo de secreciones de la escara en forma periódica"

5°) Que, en este contexto, conforme a las disposiciones reseñadas precedentemente, en el caso de todas las personas privadas de libertad con enfermedades, el Estado debe brindar todos los tratamientos médicos y facilidades, como garantía del derecho a la integridad personal. Sin embargo, según se ha establecido en estos autos, mantener la ejecución de la condena del amparado en el interior de un recinto carcelario, por el estado de su enfermedad y los tratamientos periódicos que requiere, implica un grave riesgo para su salud que obliga a esta a Corte a adoptar medidas urgentes con la finalidad de cumplir tanto con la normativa constitucional como con las convenciones internacionales a las que el Estado adscribió, en su oportunidad y, que en el presente caso, llevan a considerar excepcionalmente, por motivos de índole humanitario y de respeto a la dignidad esencial del ser humano, un régimen sancionatorio menos estricto para el cumplimiento de su condena, como se dirá en lo resolutive.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca** la sentencia apelada de seis de octubre de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Chillán, en el Ingreso de Corte N° 143-2023 y, en su lugar, se declara que **se acoge** el recurso de amparo interpuesto a favor de Hernán Vásquez Cid, en contra de la resolución pronunciada con 11 de septiembre de 2023, en la causa RUC 1910040397, del Juzgado de Garantía de Bulnes y en su lugar se decreta:

1.- Se hace lugar a la sustitución del régimen carcelario a que se encuentra afecto el amparado, por el de reclusión total domiciliaria, en tanto se mantenga su actual condición de salud.

2.- La defensa tiene un plazo de 24 horas para informar al Juzgado de Garantía de Bulnes, el domicilio en el cual se ejecutará la pena.

3.- El amparado deberá ser evaluado por el Servicio Médico Legal más próximo a su domicilio cada 3 meses, Servicio que informará directamente al tribunal sobre el estado de salud del amparado y la factibilidad de su reingreso al cumplimiento efectivo de la pena, si sus condiciones de salud así lo permiten.

4.- Carabineros de Chile de la localidad más cercana al domicilio del amparado, deberá controlar de manera periódica y aleatoria el cumplimiento del arresto domiciliario total.

Comuníquese al Juzgado de Garantía de Bulnes y Gendarmería de Chile, de la forma más expedita.

Regístrese y devuélvase.

RoI N° 236977-2023

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., Sra. María Teresa Letelier R. y Abogado Integrante Sr. Diego Munita L. No firman los Ministros Sr. Valderrama y Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y con permiso respectivamente.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Leopoldo Andrés Llanos S. y Abogado Integrante Diego Antonio Munita L. Santiago, veintiséis de octubre de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veintiséis de octubre de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.

En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

ECUADOR

DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR

CASO 1

JURISPRUDENCIA Sentencia No. 10-18-CN/19

TRIBUNAL

Corte Constitucional, 12 de junio del 2019

MATERIA

SCN Consulta de Constitucionalidad de Norma

DERECHOS INVOLUCRADOS

Derecho a la seguridad jurídica, derechos a la igualdad y no discriminación

BREVE RELACIÓN DE LOS HECHOS

El 7 de agosto de 2018, los señores Rubén Darío Salazar Gómez y Carlos Daniel Verdesoto Rodríguez entablaron una acción de protección (la N° 17230-20 18-11800) en contra del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador porque se negaron a celebrar el contrato matrimonial entre los mencionados accionan.

El 16 de agosto de 2018, previamente a resolver sobre el fondo de la acción de protección indicada, la titular de la Unidad Judicial, decidió consultar a la Corte Constitucional al respecto de la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en los que se basó el Registro Civil para negar la petición de los señores Salazar y Verdesoto. el 22 de agosto de 2018, la secretaria de la Unidad Judicial Civil antedicha remitió a esta Corte la mencionada consulta.

El 7 de mayo de 2019, el juez sustanciador avocó conocimiento de la causa y convocó a audiencia pública a la jueza consultante interés en el caso, diligencia que se llevó a cabo el lunes 20 de mayo de 2019.

El 8 de mayo de 2019, el juez sustanciador dispuso que se oficie a la Secretaría General de la Asamblea Nacional para que esta certifique si se han presentado proyectos de reforma de los artículos 67 de la Constitución de la República, 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. En respuesta al instrumento que le fuera remitido, , la Secretaria General de la Asamblea Nacional remitió dos proyectos de ley reformatorias del artículo 52 de la Ley

Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, los que, en la versión remitida a esta Corte, no modificarían los elementos por los cuales la jueza presentó su consulta. Además, la mencionada Secretaria General remitió un memorando de la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional quien manifestó que en sus archivos no consta información alguna relacionada a una iniciativa para reformar el segundo inciso del artículo 67 de la Constitución de la República.

El objeto de la consulta, antes mencionada se basan en los artículos que son los siguientes:

Código Civil artículo. 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, artículo. 52.- Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático o consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano. La autoridad competente, antes de la celebración de un matrimonio, deberá verificar el registro personal único de los contrayentes y que estos estén legalmente habilitados para contraer matrimonio civil, de lo cual se dejará constancia en el acta respectiva. La falta de esta solemnidad ocasionará la sanción administrativa, civil y penal de la autoridad que celebró el matrimonio, sin perjuicio de la nulidad del matrimonio a la que pueda haber lugar, de conformidad con la Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículo 67 de la Constitución de la República

Artículo 81 del Código Civil

Artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles

ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte responde al subproblema jurídico (1.1) que la Constitución no prohíbe al legislador Instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

C.b. Subproblema jurídico (1.2): ¿La Constitución permite al legislador democrático posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo?

56. De la respuesta al subproblema jurídico (1. 1) no se sigue, sin embargo, que la institucionalización de ese tipo de matrimonio sea obligatorio para el legislador, pues hay que considerar primero la hipótesis de que aquello le esté simplemente permitido: hay que ver si esta hipótesis puede subsistir a la luz de las razones favorables a la existencia de un derecho fundamental al matrimonio.

64. El derecho a la igualdad formal también apoya la existencia del derecho fundamental en cuestión, puesto que el inciso primero del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución prescribe que “[t]odas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos [...], entre ellos, los derechos a la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad (y otros conexos como los derechos a la intimidad personal y familiar, y a la libertad de conciencia) que, prima facie, establecen el derecho fundamental al matrimonio.

66. El derecho a la igualdad material respalda también el derecho fundamental al matrimonio de las parejas del mismo, por cuanto la exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio no solamente tiene consecuencias en el orden normativo (sus miembros no pueden adquirir los derechos y obligaciones derivadas del estado civil de casado), sino que también tiene efectos simbólicos, que impactan en la realidad de las personas homosexuales: el hecho de que no puedan casarse entre sí genera para ellos efectos degradantes y estigmatizantes, que contribuyen a deteriorar sus vidas. Situación que es aún más dramática en países de gran desigualdad socioeconómica, como el Ecuador. En general, ellas sufren discriminación materia específicamente, malos tratos y hu-

millones. Y, en el caso de las personas homosexuales en otras situaciones de vulnerabilidad, muchas veces socavado su derecho a la igualdad material, reconocido en el artículo 11.2 de la Constitución, de manera insostenible, al ser víctimas de las injusticias que enseguida se detallan, simplemente "porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo".

74. 1. Por un lado, la gravedad de una eventual afectación al extremo de la democracia tiene una intensidad baja porque, como se observó en su oportunidad, no es nítido el significado de la intención y del texto del constituyente y, segundo, porque la supuesta exclusión de las personas homosexuales de la institución matrimonial no apuntaría a realizar ningún principio, fin o valor constitucional.

74. 2. Mientras que, por otro lado, la gravedad de la violación de los derechos fundamentales concernidos en este caso tiene una intensidad alta si se considera, sobre todo, que la violencia física y psicológica, así como la exclusión socioeconómica, que padecen las personas homosexuales más vulnerables afecta su dignidad de una forma intolerable, y que la institucionalización del matrimonio entre esas personas eliminaría al menos una de las causas de su marginación.

La Constitución reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a que el legislador instituya (esto es, haga posible y regule) para ellas el matrimonio, otorgándoles con dicha institucionalización el poder jurídico de casarse. Consiguientemente, el legislador está obligado a hacerlo.

C.c. Conclusión final y respuesta al problema jurídico (1)

91. Por lo que se acaba de exponer, esta Corte concluye que nuestra Conclusión lo contrario, no solo que sería palmariamente injusto, sino que provocaría la responsabilidad internacional de la República del Ecuador ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues, como lo ha señalado la Corte IDH, [...] conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél.

D. Problema jurídico (2): ¿Qué debe decidir la Corte Constitucional respecto de la Inconstitucionalidad de la norma cuestionada?

93. La reciente conclusión final implica que es inconstitucional la norma legal cuestionada, aquella según la cual las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio. Como lo son, por tanto, los fragmentos de los artículos 81 del CC y 52 de la LOGIDC que dan lugar a dicha norma: en ambas disposiciones legales, la expresión "un hombre y una mujer" y, en la primera, el término "procrear". Así debe responderse a la consulta de norma planteada.

CONTEXTO SOCIAL Y ECONÓMICO DEL CASO

Que incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al otorgado a las de diferente sexo

INSTANCIA PROCESAL EN LA QUE SE EMITE LA SENTENCIA

Corte Constitucional

INSTRUMENTO Y/O CRITERIO INTERNACIONAL INVOCADO

El artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) opinión consultiva OC-24/17 propuesta por el Estado de Costa Rica

FALLO

1. Responder a la consulta de norma en el sentido de que son inconstitucionales los fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles siguientes: en ambas disposiciones legales, la expresión "un hombre y una mujer" y, en la primera, el término "procrear". Lo que deberá observarse en las decisiones judiciales atinentes a la acción de protección N° 1 7230-20 1 8- 1 1 800, presentada por Rubén Darlo Salazar Gómez y Carlos Daniel Verdesoto Rodríguez.

2. Declarar, con los mismos efectos que una sentencia dictada en el control abstracto de constitucional, es decir, con efecto erga omnes, la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva, según corresponda, de los antedichos fragmentos fin de que el tenor de estas disposiciones quede así: [C. C.] Art. 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente. [LOGIDC] Art. 52.- Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre dos personas y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático o consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano.

3. Exhortar a la Asamblea Nacional que revise integralmente la legislación sobre el matrimonio a fin de que esta incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al otorgado a las de diferente sexo.

VOTACIÓN POR LA QUE FUE ADOPTADA

Aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con cinco votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría

VOTOS CONCURRENTES O DISIDENTES: (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, AH Lozada Prado, Daniela Salazar Marín; y, cuatro votos salvados de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet, Teresa Nuques Martínez y Hernán Salgado Pesantes

OTROS DATOS DE INTERÉS:

LINK DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4a2e4469-9d31-4ec9-b7d1-cd9c6022d2cc/0010-18-cn-19_sen.pdf?guest=true

CASO 2

JURISPRUDENCIA SENTENCIA No. 1116-13-EP/20 (Voto concurrente)

TRIBUNAL

Corte Constitucional, 18 de noviembre de 2020

MATERIA

EP - Acción Extraordinaria de Protección

DERECHOS INVOLUCRADOS

Seguridad Jurídica

BREVE RELACIÓN DE LOS HECHOS

Mediante voto de mayoría, la Corte desestimó la EP propuesta en contra de la sentencia que aceptó una AP planteada por haber sido negada la residencia permanente en las islas Galápagos a favor del conviviente del entonces accionante, con quien mantenía una unión de hecho. La sentencia impugnada ordenó al presidente del Comité de Calificación y Control de Residencia, otorgue la residencia permanente al conviviente del accionante. La Corte consideró que no se vulneró el derecho a la seguridad jurídica, pues si bien al momento de resolver el caso el art. 222 del Código Civil hacía referencia a “la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer”, los jueces constitucionales optaron por la aplicación del art. 68 de la Constitución, en virtud de la regla de interpretación que obliga a aplicar la norma de mayor jerarquía. Los jueces Ramiro Avila, Agustín Grijalva, Alí Lozada y Daniela Salazar, en su voto concurrente, analizaron como opera la supremacía constitucional, la aplicación directa de la Constitución y la consulta de norma en los casos de conflicto entre una regla constitucional y una infra constitucional. Concluyeron que existen conflictos, como el del presente caso, que hacen posible que las autoridades jurisdiccionales apliquen directamente la Constitución, sin necesidad de consultar a

la Corte. El juez Hernán Salgado, en su voto concurrente, expuso que en la Constitución no se reconoce un sistema mixto y mucho menos un modelo difuso de control constitucional. Por tanto, concluyó que los operadores de justicia que consideren que una norma es contraria a la Constitución, están obligados a suspender la tramitación de la causa y consulta a la Corte Constitucional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Constitución de la República del Ecuador, 2008. artículos, 11 numeral 3, 424 numeral 2, 172, 426

Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos (LOREG), en el numeral 2 del artículo 26

Código Civil artículo 22

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-13-SCN-CC.

Código Civil, Artículo 222.

Con la reforma del Código Civil del 2015 (Registro Oficial Suplemento No. 526 de 19 de junio de 2015),

ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

18. Sobre la unión de hecho, el artículo 68 de la Constitución establece que “[l]a unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”¹⁶. Por su parte, la norma del Código Civil vigente a la época, sobre la unión de hecho, establecía que “[l]a unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale este Código, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio [...]”

19. En este caso, la falta de adecuación normativa de la ley a la Constitución es algo tan obvio que no genera una duda razonable que amerite consultar a la Corte

Constitucional. En este tipo de casos, la solución de la antinomia se reduce al criterio de la *lex superior*, como en efecto ocurrió. De ahí que, cuando existe una regla constitucional aplicable al caso, por supremacía debe aplicarse dicha norma, incluso cuando ello implique inaplicar la norma de rango legal que contradiga la norma constitucional.

24. Asumir que la facultad de consultar a la Corte Constitucional ante la duda sobre la aplicación de una norma en un caso concreto, se traduce en la imposibilidad de que los jueces y juezas apliquen directamente la Constitución, constituye una interpretación aislada de la misma que deja sin efecto al principio de aplicabilidad directa. La Constitución debe tener la plena capacidad de producir efectos jurídicos y la aplicabilidad directa es también un principio constitucional. Una interpretación sistemática y armónica de la Constitución exige que tanto la aplicabilidad directa como la consulta de norma, sean alternativas a las que los jueces y las juezas puedan acudir, dependiendo de cada caso.

25. En suma, ante un conflicto o colisión entre normas constitucionales e infraconstitucionales, las juezas y jueces están en la posibilidad de aplicar directamente la Constitución o de elevar la consulta ante la Corte Constitucional, lo que dependerá de la complejidad del conflicto bajo su conocimiento. En casos de conflicto entre una regla constitucional y una infraconstitucional, como el que estamos conociendo, la respuesta resulta tan obvia que lo que corresponde es que los jueces y juezas apliquen directamente la Constitución, por ser la norma suprema, sin necesidad de consultar a la Corte Constitucional.

INSTANCIA PROCESAL EN LA QUE SE EMITE LA SENTENCIA

Corte Constitucional

FALLO

1. Desestimar las demandas de acción extraordinarias de protección concernientes a la causa No. 1116-13-EP.

2. Disponer la devolución del expediente del proceso al juzgado de origen.

3. Notifíquese, publíquese, archívese y cúmplase

VOTOS CONCURRENTES O DISIDENTES: voto concurrente de los Jueces Constitucionales Ramiro Avila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado y Daniela Salazar Marín, en la causa 1116-13-EP

OTROS DATOS DE INTERÉS:

LINK DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=1116-13-EP%2F20>

CASO 3

CASO: No. 8-20-CN.

TRIBUNAL: Corte Constitucional del Ecuador.

JUEZ CONSULTANTE: Jueza Paola Campaña Terán, de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Lñaquito del D. M. de Quito.

DERECHOS INVOLUCRADOS: Derecho a la libertad personal, al tránsito libre en territorio nacional y a la integridad física y psíquica.

ARGUMENTOS DE LA NORMA CONSULTADA:

Respecto a limitación contenida en el artículo 536 del COIP que prevé, como excepción, para el caso particular de la prisión preventiva, que no procede su sustitución cuando la pena del delito por el que se procesa es superior a 5 años.

La jueza consultante explica que en el caso concreto se acusó a los procesados por el delito de robo, mismo que se encuentra sancionado con pena privativa de libertad de 5 a 7 años y "(...) estaría abarcado por el espectro normativo del Art. 536 del precitado cuerpo legal". Es por ello que "para resolver las pretensiones de los procesados es necesaria su aplicación, limitando la posibilidad de realizar un análisis atendiendo las normas, jurisprudencia y principios que se han identificado como contrarios al artículo indicado que es el que se eleva en consulta". Por lo que considera que, con independencia de la sanción, en la prisión preventiva se deben observar los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la misma conforme a la CRE y a los instrumentos internacionales.

En tal sentido, en cuanto al principio de excepcionalidad, establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de su jurisprudencia ha enfatizado que "la medida de prisión preventiva debe ser la excepción, más (sic) no la regla general (...) en consonancia con la norma que mantiene nuestra Constitución en el artículo 77 numeral 1, ya que constituye la medida más severa que se puede imponer al procesado (...). Esta excepcionalidad, radica también en el carácter procesal más no punitivo que debe revestir a la medida, analizándose que las restricciones a la libertad deben valorarse en función de la necesidad y buscando que no se convierta en una medida de anticipo de la pena. La Corte inclusive ha llegado a establecer que la regla general debe ser la libertad, mientras se espera la resolución de la situación jurídica".

Así mismo, agrega que la proporcionalidad implica que "no puede establecerse para el presuntamente inocente un gravamen que corresponda o exceda al del condenado y en ningún caso extenderse de forma desproporcionada en el tiempo" y agrega que la prisión preventiva "debería mantenerse en constante revisión, para poder optar por medidas alternativas a ésta".

Finalmente, sobre el contenido del principio de necesidad argumentó que la medida de prisión preventiva debe adoptarse cuando "sea estrictamente necesaria para garantizar el desarrollo eficiente de la investigación y la prosecución del proceso. Es decir, que la valoración debe estar enfocada en las consideraciones de obstrucción y evasión, debe por tanto determinarse que es posible la presencia de estas condiciones para su aplicación, caso contrario la medida se torna arbitra-

ria". Agrega que, "las restricciones a la libertad deben valorarse en función de la necesidad y buscando que no se convierta en una medida de anticipo de la pena".

La jueza consultante señala que, con base en el principio de mínima intervención penal, la prisión preventiva como medida cautelar debe ser considerada como el último recurso. En aplicación de la Constitución y demás normas expuestas, "por tanto, limitar la posibilidad de sustitución a través de normas integradas a la legislación penal, impide que se cristalicen estos principios". Asevera que la norma que se consulta como esta, elimina la posibilidad de efectivamente convertir a la prisión preventiva en una medida excepcional, de última ratio.

En su consulta, como segundo punto, agrega que las últimas reformas del COIP al artículo 536 en el inciso tercero añade a la reincidencia como otra excepción. Lo que a su criterio limita "la posibilidad de que la medida sea revisada en todos los delitos y para todos los procesados". Considera que el tipo del delito y su gravedad no deben ser tomados como elementos para la aplicación de una medida cautelar como es la prisión preventiva y menos aún deben incorporarse estas consideraciones en la legislación.

Sustenta que las condiciones relativas directamente al autor, como es la reincidencia, se contraponen a los principios antes señalados y al deber de no discriminación en función del pasado judicial reconocido en nuestra Constitución en el artículo 11 numeral 2. Asimismo, argumenta que se contrapone con las Reglas de Tokio, específicamente con los numerales 2 y 6, que desarrollan los principios de aplicación de las medidas no privativas de la libertad, indicando que deben aplicarse sin discriminación alguna, puesto que a su criterio el considerar el pasado judicial para la sustitución de la medida cautelar, constituye una condición de discrimen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Art. 11.2, Art. 66.14, Art.77.1.9.11, Art. 428 de la Constitución de la República del Ecuador. Art. 141, Art. 142, Art. 143.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 521, Art. 535, Art. 536 Código Orgánico Integral Penal.

INSTANCIA PROCESAL EN LA QUE SE EMITE LA SENTENCIA: Corte Constitucional del Ecuador, sentencia de 18 de agosto del 2021.

INSTRUMENTO Y/O CRITERIO INTERNACIONAL INVOCADO: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Carranza Alarcón vs. Ecuador. 3 de febrero de 2020, pág. 16, párr. 65/ Cfr; Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo. 1 de febrero de 2006, párr. 67; el Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 72; Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. 1997, párr. 98; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador. 21 de noviembre de 2007, párr. 93; Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile. 2014, párrs. 340-341; Caso Bayarri vs. Argentina, párr. 76; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 7.5, Tribunal Constitucional Federal de Alemania. 2 BvR 2128/20, 3 de febrero de 2021, Reglas de Tokio, numerales 2 y 6. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, Observación General No. 35 del Comité de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 9, Tribunal Constitucional de España. STC 66/2008, de 29 de mayo; STC 66/1997, de 7 de abril.

EFFECTOS DE LA SENTENCIA: La presente sentencia tendrá los mismos efectos de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad conforme al artículo 143 numeral 1 de la LOGJCC, sin perjuicio de la aplicabilidad del principio de favorabilidad cuando corresponda.

LA CORTE RESUELVE:

1. Declarar inconstitucional la frase contenida en el inciso primero del artículo 536 del COIP que establece: "en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, ni".

Se debe tomar a consideración la última reforma realizada al COIP, no contempla la reforma constitucional estableciendo:

Código Orgánico Integral Penal, última reforma Edición Constitucional del Registro Oficial 20, 16-III-2022.

Art. 536.- Sustitución.- (Sustituido por el Art. 89 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019; y Reformado por el Art. 19 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021).- La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, ni en los delitos de peculado, sobreprecios en contratación pública o actos de corrupción en el sector privado.

Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.

Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia.

Nota: De conformidad con lo ordenado en la Sentencia No. 8-20-CN/21 (R.O. E.C. 222, 13-X2021) emitida por el Pleno de la Corte Constitucional, la frase contenida en el inciso primero del presente artículo y que se encuentra en negrita, ha sido declarada inconstitucional.

VOTACIÓN POR LA QUE FUE ADOPTADA: Mayoritario: cinco votos de los jueces Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado y Daniela Salazar Marín

VOTOS CONCURRENTES O DISIDENTES:

Votos concurrentes: Ramiro Avila Santamaría, en el cual señala estar de acuerdo a los argumentos y sentencia adoptados, y señala meritorio agregar varios puntos, de los cuales consideramos destacar los siguientes:

La Constitución vigente, nos guste o no, es garantista penal. No es funcionalista. Los legisladores, como bien dice la sentencia, no tienen libertad para configurar el proceso penal ni las penas. Cuando no hay suficiente justificación para restringir los derechos, deben prevalecer los derechos.

En Ecuador lastimosamente, y la norma consultada lo demuestra, como tantas otras normas del COIP, prevalece el funcionalismo penal y la expansión del poder punitivo. El miedo, los prejuicios, la irracionalidad, la indiferencia a las personas contra quienes opera el poder punitivo (mayoritariamente las personas más excluidas de la sociedad que el único servicio público que conocen es la cárcel), prevalecen frente a los derechos y garantías constitucionales.

La consulta y la sentencia van en contrasentido con el populismo o punitivismo penal. Los argumentos no solo provienen de la Constitución sino del derecho internacional de derechos humanos. El garantismo que está en la Constitución, en otras palabras, no es una cuestión aislada del Ecuador sino que hay un consenso global sobre la necesidad de reconocer y proteger los derechos de las personas cuando tienen riesgo de perder su libertad por parte del Estado.

No podemos dejar de mencionar el contexto en Ecuador. En este país, privar de la libertad a una persona, por disponer una medida cautelar o una pena privativa de libertad, por el hacinamiento y las masacres de los últimos meses, significa someterla al riesgo de que signifique una medida o pena que implica la muerte, estar sometido a un ambiente violento y a contar con servicios públicos básicos insuficientes, como la alimentación o la atención a la salud.

En este contexto, cualquier medida que evite que más personas sean privadas de libertad, a nivel legislativo, jurisdiccional o constitucional, significa salvar y proteger vidas.

La prisión preventiva es una de las instituciones más abusadas en la historia de la región y de nuestro país. ILANUD llamó la atención sobre el drama de la prisión preventiva en los años 80. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que era un problema acuciante en Ecuador en los años 90. Y el problema sigue existiendo actualmente y a pesar de los principios constitucionales.

La sentencia contribuye a abrir una ventanita más para poder evitar que las personas puedan ir a la cárcel. Antes de la sentencia, si una persona estaba procesada por un delito con penas mayores a cinco años simplemente tenía que estar presa. Ahora podría reclamar o pelear por su libertad sin importar la pena.

Toda medida restrictiva de derechos debe ser estrictamente justificada, como la prisión preventiva. Una de las formas de analizar la justificación es a través del análisis de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad. Se podría considerar, a primera vista, que cuando la infracción es grave, del tipo muerte, genocidio, violación y más delitos que impliquen violencia contra las personas, la restricción de libertad podría tener asidero.

La defensa procesal de una persona no es igual si está privada de libertad una de las partes o si está en libertad. Cuando está en libertad, puede presionar a su abogado defensor en su oficina, puede buscar las pruebas, puede tener mejores condiciones para sobrevivir y preparar su defensa. Esto, por ejemplo, lo hacen los fiscales.

Considero que la Corte perdió la oportunidad para analizar el resto de disposiciones, y que podía hacerlo por el principio de conexidad. Las dos hipótesis descartadas son: i) prisión preventiva ante incumplimiento de medida sustitutiva; y ii) no sustitución de prisión preventiva frente a la reincidencia.

El encierro dentro del proceso penal significa tratar como culpable a una persona. En encierro, dentro de una cultura penal vengativa y punitivista, es una pena anticipada. Quien diga que el encierro durante proceso es una mera medida cautelar, que vaya a la cárcel, viva un día y me diga la diferencia entre medida cautelar o condena. La privación de libertad es un padecimiento se la llama como se la llame. La retórica jurídica no altera la realidad deplorable de un encierro.

En suma, el derecho penal mínimo, la presunción de inocencia, la proporcionalidad, la excepcionalidad y más principios constitucionales ordenan que la regla debe ser la posibilidad de que las personas procesadas penalmente se defiendan en libertad.

Votos en contra:

Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet, Teresa Nuques Martínez y Hernán Salgado Pesantes.

OTROS DATOS DE INTERÉS: Párrafo 38. Así, a consideración de esta Corte Constitucional, en la prisión preventiva existe una clara tensión entre la salvaguarda de la eficacia del proceso penal y la garantía misma de los derechos del procesado. Es por ello que la prisión preventiva es una medida cautelar de última ratio que únicamente es justificable desde una perspectiva constitucional si (i) persigue fines constitucionalmente válidos tales como los establecidos en el artículo 77 de la CRE; (ii) es idónea como medida cautelar para cumplir estas finalidades; (iii) es necesaria al no existir medidas cautelares menos gravosas que igualmente puedan cumplir la finalidad que la prisión preventiva persigue; y, (iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado. De otro modo, la imposición de la prisión preventiva supone una restricción injustificada y arbitraria¹.

¹ Al respecto, la Corte IDH también ha previsto tres requisitos para garantizar que la prisión preventiva no sea arbitraria, a saber: "i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea [...] que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto". Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. 21 de noviembre de 2007, párr. 93.

LINK DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidjY2M0NzM1NC1jNGQOLTRmMDYtODU2My0yNTNmMjlxMjA0ZDkucGRmJ30=

PARAGUAY

CASO 1

Caso: “HUGO RODRIGUEZ ORTIZ URIARTE S/ MEDIDA CAUTELAR”

Tribunal que dictó la sentencia: Tribunal de Apelación. Magistradas: Gloria Benitez, Belén Agüero y Andrea Vera Aldana

Fecha de la decisión: 16- may-2022

Síntesis de los hechos:

En fecha 22 de julio de 2019 la madre del niño HRU solicitó a la defensoría de la Niñez y Adolescencia que arbitre los medios necesarios para representar en juicio a su hijo, a fin de que el mismo pueda ser reconocido por el Instituto de Previsión Social como beneficiario de la pensión y el seguro social correspondiente a su finado padre, quien falleció el 14 de febrero de 2014, a consecuencia de un cáncer de páncreas. Cuando murió el padre del niño, la madre recurrió ante la Defensoría para iniciar el juicio de filiación post mortem que finalizó con una sentencia favorable, toda vez que el padre no pudo en vida reconocer la filiación de su hijo por encontrarse enfermo.

El 01 de febrero de 2018 el niño había sido declarado heredero. Por consiguiente, la Defensora Publica en representación del niño, inició una medida cautelar contra el INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL a efectos de ingresarlo para ejercer su derecho a la salud y al pago de pensión. En fecha 06 de octubre de 2021, se hizo lugar a la medida cautelar dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Tercer Turno. El INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL, interpuso recurso de apelación y fundamentó sus agravios de la siguiente manera: La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno, por lo que independientemente a si el juicio de filiación haya sido concluido o no, el niño ya contaba con el derecho a petitionar dentro del juicio de filiación una medida cautelar a fin de precautar sus derechos, ello, dentro del plazo de 24 meses desde el fallecimiento de su padre, tal como lo indica el Art. 84 de la Ley 98/92, por lo que la sentencia de fecha 06 de octubre de 2021 erróneamente dispone una medida cautelar extemporánea e ilegal. Y concluye peticionando sea revocada la resolución por prescripción de plazo.

Decisión y argumento del Tribunal:

Señala la sentencia que, de las constancias obrantes en el juicio surge que la progenitora previamente solicitó al I.P.S. el beneficio de pensión a favor de su hijo, por fallecimiento del progenitor, habiendo dicha institución rechazado el pedido en base a lo dispuesto en el art. 84 de la Ley 98/92 que dispone la prescripción a los 24 meses del derecho a pensión a contar desde la fecha del fallecimiento del asegurado o jubilado, motivo que la impulsó a recurrir a la medida cautelar. A este respecto, resulta importante mencionar que el niño, nacido en fecha 05 de diciembre de 2013 fue declarado hijo del Fallecido, conforme S.D. N° 493 de fecha 30 de diciembre de 2016, es decir, como resultado de un juicio de Reconocimiento de filiación post mortem. Igualmente, por S.D. N° 020 del 01 de febrero de 2018, el niño fue declarado heredero. Por consiguiente, el derecho a ingresar al I.P.S. comenzó a correr desde que la Sentencia Definitiva de filiación post mortem le ha concedido el título de hijo.

Por lo tanto, de conformidad a las disposiciones establecidas en los artículos 40, 54 y 70 de la Constitución Nacional, así como también de los artículos 24 y 25 de la Convención Americana, sumado a ello el derecho a la salud de los niños y/o adolescentes establecido en el artículo 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el tribunal consideró que la sentencia recurrida se halla ajustada a derecho, por lo que confirmó la S.D. N° 458 de fecha 06 de octubre de 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Tercer Turno respecto a la medida cautelar promovida.

Se vislumbra en la sentencia recurrida, el ejercicio de control de convencionalidad por parte de la jueza de primera instancia, entendida éste como el mecanismo que toda autoridad u órgano de un Estado parte se encuentra obligado a aplicar a fin de verificar si una norma o acto de autoridad es compatible con la Convención Interamericana a través de la Jurisprudencia.

Adicionalmente, se señala que no se puede exigir contra cautela para este caso, en atención a que el Estado Paraguayo al igual que el Instituto de Previsión Social se encuentran obligados por la Convención de los Derechos del Niño a atender el Interés Superior del Niño o Adolescente, siendo prevaleciente los derechos de los niños ante la responsabilidad eventual que surge de la norma procesal.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, no debe entenderse como sinónimo de certeza sino que significa que el derecho que se invoca tenga apariencia, prima facie, de ser verdadero. Claramente el a quo consideró la prevalencia de los derechos constitucionales y convencionales del niño, no solo del acceso a la seguridad social, sino al desarrollo integral del mismo como una vida digna.

En el acuerdo y sentencia se confirma la sentencia en la cual se hace lugar a la medida cautelar y se ordena al Instituto de Previsión Social que efectúe el pago de la pensión que por derecho le corresponde al niño.

DEFENSORA PÚBLICA FÁTIMA R. PANIAGUA RUIZ DIAZ

CAUSA “MARIO MACHUCA PEREIRA S/ VIOLENCIA FAMILIAR” EXPTE N° 3681/2018 MEDIDA CAUTELAR

Incumplimiento del Plazo Legal.

Al momento de la audiencia de imposición de medidas cautelares, ante el juez competente, me he percatado que ha transcurrido un plazo superior al establecido en la Constitución Nacional Artículo 12 - De la Detención y el arresto: “Toda persona detenida tiene derecho a 5 - que sea puesto a disposición del magistrado judicial competente, para que éste disponga cuanto corresponda en derecho. El Código Procesal Penal, en el Artículo 240 - Detención - “En todos los casos, la persona que haya sido detenida será puesta a disposición del juez en el plazo de 24 horas para que resuelva, dentro del mismo plazo, sobre la procedencia de la prisión preventiva, aplique las medidas sustitutivas o decrete la libertad por falta de mérito.”

Al sustanciarse la audiencia he planteado la nulidad absoluta de las actuaciones y su consecuencia lógica, la cual es la libertad inmediata de mi representado conforme a lo que establece la Constitución Nacional, Art. 12, artículos 7, 10, 12, 165, 167, 240 y 282 del Código Procesal Penal y los artículos 7, inc. 5, 8.1 y 2 literal "h", 9, nral 3 de la Convención Americana, ratificada por Paraguay, "Pacto San José de Costa Rica".

El juez de Garantías ha resuelto decretar la prisión preventiva del asistido y a razón de ello he presentado el Recurso de Apelación General contra la decisión. El Tribunal de Apelación acogido favorablemente dicho recurso, haciendo lugar al mismo, decretando la Nulidad Absoluta de las actuaciones la correspondiente libertad. Siendo el representado posteriormente Sobreseído Definitivamente por A. I. Nro. 445 de fecha 05/05/2021.-

VENEZUELA

DEFENSA PÚBLICA

Caso: Expediente: N° 09-1440.

Fecha de la decisión: 03-feb-2012.

Materia: Amparo contra decisión Jurisdicción indígena.

Tribunal que resolvió: Sala Constitucional.

Síntesis de los hechos:

Amparo intentado por el abogado Clareense Daniel Rusian Pérez, en su carácter de Defensor Público de la Sección Penal del Adolescente, adscrito a la Unidad de la Defensa Pública del Estado Delta Amacuro, a favor de un niño Warao, contra la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la **“Jurisdicción Especial Indígena”**, Tribunal Especial Integrado por Catorce (14) Caciques y Doce (12) Dibatus (Agentes Rurales Indígenas) mediante la cual se condenó al niño de 12 años a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de homicidio intencional.

Se consideraron aspectos relevantes de la cultura de este pueblo indígena, con especial énfasis en los aspectos de su organización social, política y jurídica y lo atinente a sus conocimientos científicos, sobre el sistema social punitivo y sistema político de la comunidad indígena Warao, así como sus estructuras institucionales, costumbres y la forma de represión de los delitos y faltas cometidos por sus miembros en su territorio.

Síntesis de la decisión:

Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 03 días del mes de febrero de dos mil doce (2012) en Exp.- 09-1440, que reconoce la vigencia del juzgamiento de los tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la supeditación del derecho originario o consuetudinario de los indígenas a las normas, reglas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se declaró con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta; se anularon las dos decisiones adversadas con el amparo y se ordenó la inmediata libertad del niño Warao condenado, para lo cual se le informó al respectivo Juzgado de Ejecución librar la boleta de excarcelación.

Consideraciones: las autoridades legítimas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus

integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución, a la ley y al orden público. La ley determina la forma de coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional.

El derecho originario o consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas se encuentra integrado al ordenamiento constitucional vigente, y por ende, no puede ser contrario, a las normas, reglas y principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

SALA CONSTITUCIONAL

Exp. N° 09-1440

MAGISTRADA PONENTE: CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

El 8 de diciembre de 2009, la abogada Marisela Castro Gilly, en su condición de Defensora Pública ante la Sala Constitucional presentó acción de amparo intentada por el abogado Clareense Daniel Rusian Pérez, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 91.943, en su carácter de Defensor Público de la Sección Penal del Adolescente, adscrito a la Unidad de la Defensa Pública del Estado Delta Amacuro, a favor de un niño Warao, cuya identidad se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contra la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la *“Jurisdicción Especial Indígena”*, mediante la cual se condenó al quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del *“delito de homicidio intencional”*, y la dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial.

El 16 de diciembre de 2009, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Doctora Carmen Zuleta de Merchán, quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

El 24 de marzo de 2010 y el 5 de mayo de 2010, la abogada Mónica Andrea Rodríguez Flores, en su condición de Defensora Pública ante esta Sala Constitucional y la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ratificó el interés procesal en la presente causa y solicitó que se dictara el respectivo pronunciamiento de admisión.

El 11 de mayo de 2010, los abogados Tutankamen Hernández Rojas y Néstor Luis Castellano Molero, en sus condiciones de Fiscales Quinto y Primero del Ministerio Público con Competencia ante las Salas de Casación y Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, respectivamente, presentaron un escrito mediante el cual solicitaron que se decretara una medida cautelar innominada referida a la suspensión de los efectos de la decisión dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, adversada con el amparo.

El 26 de mayo de 2010, la Defensora Mónica Andrea Rodríguez Flores, identificada en autos, consignó escrito ampliando la solicitud de amparo constitucional y, conjuntamente, entregó acta levantada en la Casa de Formación Integral Varones de Tucupita, sitio donde se encontraba recluido el indígena Warao, quien manifestó ***“QUE ÉL QUIERE QUE LO SUELTEN, QUIERE IRSE PARA SU CASA EN LOS CAÑOS, QUE SE HAGA TODO PARA SOLTARLO Y QUE ÉL QUIERE VER A SU FAMILIA, NO QUIERE SEGUIR EN EL CENTRO”***; asimismo, solicitó pronunciamiento en el caso bajo estudio; y que la causa fuese resuelta de mero derecho, conforme lo establece el *“artículo 19.20 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (sic)”*.

El 1° y el 22 de junio de 2010, la Defensora Pública Mónica Andrea Rodríguez Flores solicitó celeridad procesal para la resolución del presente caso y ratificó la declaratoria de mero derecho en el presente caso, así como la procedencia de la medida cautelar innominada solicitada por la representación Fiscal.

El 2 de julio de 2010, los representantes del Ministerio Público pidieron que se admitiera la presente acción y se acordara la medida cautelar solicitada.

El 23 de julio de 2010 y el 16 de septiembre de 2010, la Defensora Pública Mónica Andrea Rodríguez Flores solicitó que esta Sala dictara el respectivo pronunciamiento de admisión; asimismo,

consignó informe médico en el cual se deja constancia de que al adolescente indígena, parte actora, se le diagnosticó **"...FRACTURA DE CLAVICULA (sic) DERECHA"**.

El 24 de septiembre de 2010, se recibió oficio N° FTSJ-1-274-2010, suscrito por el Ministerio Público, mediante el cual el Fiscal Primero antes las Salas de Casación y Constitucional de ese Tribunal Supremo de Justicia solicitó que se emitiera pronunciamiento en el presente caso; solicitud que fue ratificada el 11 de octubre de 2010.

El 15 de octubre de 2010, esta Sala, mediante decisión N° 988, admitió la acción de amparo constitucional y ordenó las notificaciones del Juez del Juzgado Segundo Control de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro; del ciudadano Presente Ávila, en su condición de *"Cacique"* representante de la comunidad indígena de Bonoina, Municipio Antonio Díaz del Estado Delta Amacuro; del ciudadano Silveiro Torres Martínez, *"Cacique"* residenciado en Santa Rosa de Aragua, Municipio Antonio Díaz del mismo Estado; de los representantes de la víctima, ciudadanos Roselindo Jiménez y Magdaleno Romero; de la Fiscalía General de la República y de la Defensora del Pueblo; igualmente, se negó la solicitud de declaratoria de mero derecho y la medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos de la sentencia dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del mismo Circuito Judicial Penal; y se ordenó al referido Tribunal Segundo de Control que remitiese a este Alto Tribunal copia certificada del expediente penal relacionado con el presente amparo.

El 7 de diciembre de 2010 y el 17 de febrero de 2011, los representantes del Ministerio Público señalaron que *"...mantienen el interés en las resultas de la presente acción de tutela constitucional"*.

El 9 de diciembre de 2010, en virtud de la incorporación de los Magistrados designados por la Asamblea Nacional en sesión especial celebrada el 7 del mismo mes y año, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.569 del 8 de diciembre de 2010, la Sala Constitucional quedó integrada de la siguiente forma: Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, Presidenta; Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, Vicepresidente; y los Magistrados y Magistradas Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio Delgado Rosales, Juan José Mendoza Jover y Gladys María Gutiérrez Alvarado; ratificándose en su condición de ponente a la Magistrada Doctora Carmen Zuleta de Merchán, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

El 10 de diciembre de 2010, el 15 de febrero de 2011 y el 21 de marzo de 2011, el abogado Eduar Enrique Moreno Blanco, con el carácter de Defensor Público Segundo con Competencia para actuar ante esta Sala Constitucional, ratificó su interés procesal y pidió que se fijara la audiencia oral.

El 9 de febrero de 2011, fue recibido, mediante oficio N° 056-2011, suscrito por la Jueza encargada del Juzgado Segundo de Control de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, copia certificada del expediente penal YP01-D-2009-000100, contentivo de la causa perteneciente al quejoso de autos.

El 30 de marzo de 2011, los abogados Jesús Antonio Mendoza, Alejandra Bonalde, Lucelia Castellanos Pérez, Javier López Cerrada y Lilian Quevedo Ruiz, adscritos a la Dirección General de Servicios Jurídicos de la Defensoría del Pueblo, manifestaron *"...su interés legítimo para intervenir y obrar procesalmente en la Acción de Amparo Constitucional"*.

El 27 de abril de 2011, esta Sala, mediante decisión N° 612, designó a los Antropólogos Bernarda Escalante, Esperanza Arintero, Liliana Cabrujas Morales y Werner Wilbert, así como a los abogados Julio Ávalos y Santos Orta López, como testigos expertos, para que expusieran con ese carácter en la audiencia constitucional sobre el sistema social punitivo y sistema político de la comunidad indígena Warao, sus estructuras institucionales, costumbres y la forma de represión de los delitos y faltas cometidos por sus miembros en su territorio; asimismo, se ordenó al equipo multidisciplinario correspondiente a la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro, de conformidad con lo establecido en la letra b del artículo 179-A de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que realizara de manera inmediata un informe técnico al adolescente quejoso dejando constancia del estado de su salud, física y mental, así como de su entorno familiar.

El 3 de mayo de 2011, el abogado Eduar Enrique Moreno Blanco, antes identificado, solicitó que fuese fijada la audiencia constitucional.

El 12 de mayo de 2011, la Sala, mediante decisión N° 655, ordenó, conforme al contenido del artículo 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la notificación por cartel del ciudadano Presente

Ávila, en su condición de “Cacique” representante de la comunidad indígena de Bonoina, Municipio Antonio Díaz del Estado Delta Amacuro; del ciudadano Silveiro Torres Martínez, “Cacique” residenciado en Santa Rosa de Aragua, Municipio Antonio Díaz del mismo Estado; y de los representantes de la víctima, ciudadanos Roselindo Jiménez y Magdaleno Romero, para que acudieran a la celebración de la audiencia oral, todo ello en virtud de que no fue posible practicar su notificación personal.

El 28 de junio de 2011, la antropóloga Liliana Morales, quien es testigo experto en el caso bajo estudio, consignó un informe socio antropológico de la Comunidad Indígena Warao, en el cual se desarrollan “...aspectos relevantes de la cultura de este pueblo indígena, con especial énfasis en los aspectos de su organización social, política y jurídica”.

El 11 de julio de 2011, el Juzgado de Ejecución de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro informó a esta Sala, a través del oficio N° 785-2011, que no se encontraba conformado el equipo multidisciplinario de ese Circuito Judicial Penal, “...por cuanto cuenta nada más con la Trabajadora Social”.

El 19 de julio de 2011, el mencionado Juzgado de Ejecución remitió a esta máxima instancia constitucional, mediante oficio N° 836-2011, “Informes Técnicos” realizados al niño Warao.

El 20 de julio de 2011, el abogado Eduar Enrique Moreno Blanco, antes identificado, solicitó que fuese fijada la audiencia constitucional. En esa misma oportunidad y luego de realizadas las notificaciones correspondientes, se fijó la oportunidad de la referida audiencia para el 26 de julio de 2011.

El 25 de julio de 2011, compareció ante la Secretaría de la Sala el abogado Eduard E. Moreno, en su condición de Defensor Público ante esta Sala, y solicitó, mediante diligencia, “...se estudie la posibilidad del traslado del menor (...), en virtud [de] que el mismo se encuentra detenido en el Estado Delta Amacuro y es necesaria su presencia para la audiencia prevista para el día 26/07/2011, en consideración [de] que se trata de indígena menor que fue condenado a 20 años de prisión por comunidad indígena”.

El 26 de julio de 2011, siendo la una y cinco de la tarde (1:05 p.m.), se constituyó la Sala para que tuviera lugar la audiencia constitucional y, luego de declararse abierto el acto, se dejó constancia de la presencia de los abogados Clarence Daniel Russián Pérez y Eduar Enrique Moreno Blanco, Defensor Público de la Sección Penal del Adolescente, adscrito a la Unidad de la Defensa Pública del Estado Delta Amacuro y Defensor Público Segundo con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, respectivamente, en representación del accionante en amparo; de la no presencia de la ciudadana Jueza Segunda de Primera Instancia en funciones de Control de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, accionada; asimismo, se dejó constancia de la no presencia del representante judicial de los “Caciques” Presente Ávila y Silveiro Torres Martínez, terceros intervinientes; y de la no presencia del representante judicial de los ciudadanos Roselindo Jiménez y Magdalena Romero, terceros coadyuvantes; igualmente, se dejó constancia de la presencia de los abogados Lucelia Castellanos y Javier López, en representación de la Defensoría del Pueblo; de la misma manera, se dejó constancia de la presencia de los ciudadanos Antropóloga Bernarda Escalante, Antropóloga Liliana Cabrujas Morales, Antropólogo Werner Wilbert, Abogado Julio Ávalos y Abogado Santos López Orta, quienes fueron designados por esta Sala Constitucional como testigos expertos. Finalmente, se deja constancia de la presencia de los abogados Tutankamen Hernández y Néstor Castellanos en representación del Ministerio Público. Se les concedió el derecho de palabra a los abogados Clarence Daniel Russián Pérez y Eduar Enrique Moreno Blanco, en representación del accionante, quienes expusieron sus alegatos con relación a la acción de amparo interpuesta. Acto seguido, se le concedió el derecho de palabra a la abogada Lucelia Castellanos, en representación de la Defensoría del Pueblo. Finalmente, se le concedió el derecho de palabra al abogado Néstor Castellanos, en representación del Ministerio Público. En este momento, la Sala solicitó al Secretario que llamara al estrado a los ciudadanos Antropóloga Bernarda Escalante, Antropóloga Liliana Cabrujas Morales, Antropólogo Werner Wilbert, Abogado Julio Ávalos y Abogado Santos López Orta, para ser juramentados e hicieran uso del derecho de palabra para exponer lo atinente a sus conocimientos científicos, sobre el sistema social punitivo y sistema político de la comunidad indígena Warao, así como sus estructuras institucionales, costumbres y la forma de represión de los delitos y faltas cometidos por sus miembros en su territorio. Las Magistradas Doctoras Luisa Estrella Morales Lamuño y Carmen Zuleta de Merchán realizaron preguntas a la respectiva representación de la parte accionante, testigos expertos y a la Diputada del Parlamento Latinoamericano, indígena Dalia Herminia Yáñez, quien también presenció el acto, las cuales fueron debidamente respondidas. En esa

misma oportunidad, se declaró con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta; se anularon las dos decisiones adversadas con el amparo y se ordenó la inmediata libertad del niño Warao condenado, para lo cual se le informó al respectivo Juzgado de Ejecución librando la boleta de excarcelación. En tal sentido, la Sala libró los oficios números 11-049 y 11-050, dirigidos al Presidente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro y al Juez encargado del Juzgado de Ejecución, de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente, del mismo Circuito Judicial Penal, respectivamente, a fin de que se cumpliera lo ordenado.

Efectuada la lectura del expediente, pasa la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones:

I

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

El abogado Clareense Daniel Russian Pérez, en su condición de Defensor Público de la Sección Penal del Adolescente adscrito al Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, señaló, como argumentos de hecho para la interposición de su acción, lo siguiente:

*Corresponde en esta oportunidad acudir por ante la Honorable Sala Constitucional, a los fines de que conozcan la presente Acción de amparo (sic), como Superior Jerárquico de la Jurisdicción Especial Indígena del Estado Delta Amacuro a cargo de los ciudadanos Caciques: **PRESENTE AVILA** (sic), titular de la cédula de identidad **N° V-952834**, su Secretario **SANTIAGO MORALEDA**, titular de la Cédula de Identidad **Nro. V-5234676** y el Cacique de la Comunidad de Bonoína, Municipio Antonio Díaz, y **SILVERIO TORRES MARTÍNEZ**, titular de la cédula de Identidad **N° V- 21675719**, Cacique de la Comunidad Santa Rosa de Aragua, Municipio Antonio Díaz, y del **Tribunal Segundo de Control Sección Penal de Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro** a cargo de la Juez (sic) **Digna Elizabeth Linares Carrero**, a quienes señalamos como agraviantes, siendo sus domicilios procesales, las comunidades en las cuales se desempeñan como Caciques up supra señaladas, pertenecientes al Municipio Antonio Díaz del Estado Delta Amacuro, y la Avenida Guasima, Municipio Tucupita, Estado Delta Amacuro, Zona Postal 6401, Edificio del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, Primer piso (...), lugar donde pueden ser localizados.-*

(...)

*Como punto previo es preciso señalar que mi defendido (...), suficientemente identificado en autos, fue objeto de una **Sentencia Condenatoria**, de fecha 23/09/2009 la cual fue ratificada en fecha 23/11/2009 por la **Jurisdicción Especial Indígena** (Tribunal Especial Integrado por Catorce 14 (Caciques) y Doce (12) Dibatús (Agentes Rurales Indígena), se anexan al presente Recurso de Amparo el Informe y el Acta Levantada debidamente certificada, por estar presuntamente incurso mi defendido en uno de los delitos contra las personas específicamente el delito de **HOMICIDIO INTENCIONAL**, previsto y sancionado en el artículo **405** del Código Penal Venezolano Vigente, de dicha decisión tuvo conocimiento el Tribunal Segundo de Control Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro (...)*

(...)

*Los hechos que consideramos lesionadores y violatorios de las garantías y derechos contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se subsumen y relacionan específicamente a las actuaciones realizadas en fecha **23/09/2009 y 23/11/2009, 11/2009** (sic) y **02/12/2009** emanadas del **Tribunal Segundo de Control Sección Penal Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro**, por demostrar todas estas actuaciones violaciones de rango constitucional como lo son: el Derecho a la Defensa y el Derecho al Debido Proceso, y por ser omisiones y errores procesales de carácter inexcusables, pues los mismos son principios universales y elementales del Derecho Penal, quedando en entredicho el famoso aforismo romano: *Novi Curia Juris* (el Juez conoce el derecho).*

*En primer lugar al haberle mi defendido cercenado la vida a una persona específicamente al ciudadano **LUCIO ROMERO**, titular de la cédula de identidad N° 7.884.887, considera esta Defensa que el mismo le vulneró el derecho fundamental de la vida, que tiene todo ciudadano venezolano, el cual está estipulado en el Artículo 43 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y por consiguiente al ser este un delito de orden público previsto y sancionado en el artículo **405** de nuestro Código Penal Venezolano Vigente, lo más ajustado a derecho era que si los hechos ocurrieron en fecha **19/09/2009** al conocer y observar el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Control para el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro, que no se trataba de una flagrancia, por lógica procedimental y jurídica tenía que instar a la Fiscal del Ministerio Público,*

para que se realizara el acto de imputación fiscal, de modo que de manera subsiguiente prosiguiera con sus investigaciones hasta presentar su acto conclusivo, y continuar con el procedimiento ordinario; todo ello, como ya dijimos, en virtud de que la Jurisdicción Especial Indígena no puede hacer justicia cuando los hechos ocurridos sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad con la presente Ley Orgánica de Pueblos y comunidades Indígena (sic), así como mucho menos les compete hacer justicia en los delitos contemplados en el 133 Numeral 3° ejusdem, pues, asimismo lo ratifica la Ley Orgánica de Pueblos y comunidades Indígena (sic), en su Título (sic) referido a la administración de Justicia en sus Artículos 130, 132 segundo Aparte, y 141 Numeral 1°.

En otro orden de ideas a mi defendido se le violó el derecho fundamental de la Defensa contemplado en el Artículo 49 Numeral 1° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en el Artículo 138 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, en virtud de que en ninguna de las sentencias de fechas 23/09/2009 y 23/11/2009 proferidas por los Caciques y Dibatus de la Jurisdicción Especial Indígena se observa la presencia de la Defensa Técnica. ¿Será que los integrantes de la Jurisdicción Especial Indígena para el momento de encontrarse juzgando a mi defendido ignoraban o desconocían que mi defendido tenía derecho a un Defensor?, y con esa pequeña y simple omisión fueron capaces de dictar una decisión que constituye cosa juzgada en el ámbito nacional; en donde, las partes, el Estado y los terceros están obligados a respetarlas y acatarlas, según el Artículo 132, 2do Aparte de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. Que detalle tan interesante. Avalando semejante inconstitucionalidad tanto la Fiscal del Ministerio Público, como el Tribunal Segundo de Control Sección Penal de Adolescente del Circuito Judicial Penal del estado Delta Amacuro; considera esta Defensa como ya ha quedado claro, que si pudiesen constituirse como cosa juzgada las decisiones emanadas por la Jurisdicción Especial Indígenas, pero claro esta (sic), que éstas decisiones no sean incompatibles con los derechos fundamentales, como así lo refiere su misma Ley Especial, en consecuencia ha habido una contundente mala interpretación de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que le podría causar un gravamen irreparable a mi defendido de quedar definitivamente firme la referida sentencia de los Caciques indígenas, y es por ello, que imploramos justicia por ante la Sala Constitucional, a los fines de que se corrijan los errores cometidos.

(...)

Honorables Magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, si existen Jurisprudencias reiteradas con criterios sostenidos que han establecido que el **Debido Proceso** es el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, y que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia; y le aseguran la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho, reconociendo nuestro máximo Tribunal Supremo de Justicia al Debido Proceso como el principio madre o generatriz del cual dimanar todos y cada uno de los principios del Derecho Procesal Penal, entonces se pregunta esta defensa por qué la Fiscal del Ministerio Público y el Tribunal Segundo de Control Sección Penal de Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, obvian y se apartan de estas Jurisprudencias; desacatando los máximos criterios doctrinarios jurisprudenciales que existen en el ámbito procedimental.-

Otro aspecto que llama la atención es: ¿Porque (sic) conoció Un (sic) Tribunal de control la inconstitucional Sentencia Definitiva emanada de la Jurisdicción Especial Indígena, si la decisión constituía ya cosa juzgada?. Es decir, lo lógico sería que si estaba definitivamente firme la inconstitucional sentencia de la Jurisdicción Especial Indígena, el tribunal competente para revisar, sería un Tribunal de Ejecución o el Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de haberse vulnerado un derecho humano fundamental, como lo es el `Derecho a la Vida` consagrado en nuestro Artículo 43 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo preceptuado en los Artículos 134 Numeral 1°, 2° y 3° y Artículo 135 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (...).

(...)

Analizando los cuatro Numerales del presente Artículo [Artículo 133 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas] ya queda suficientemente claro que las Autoridades Legítimas de la Jurisdicción Especial Indígena solo (sic) van a conocer dentro del ámbito de todas sus competencias sobre incidencias o conflictos, controversias y solicitudes; circunstancias estas que en Diccionario de la Real Academia Española, y en el Diccionario Enciclopédico Larousse, en sus sinónimos jamás se asemejan a

la terminología **`Delito`** que es la esencia del caso que nos ocupa, como lo es el delito de **HOMICIDIO INTENCIONAL**, previsto y sancionado en el artículo 405 del Código Penal Venezolano Vigente, quedando suficientemente claro que lo han generado tanto las Autoridades Legítimas de la Jurisdicción Especial Indígena, como el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Control para el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro, es un verdadero adefesio jurídico, y más aún cuando dentro de las actas que conforman el expediente no constan las pruebas esenciales: (Acta Defunción, Protocolo de Autopsia, etc (sic)...) que de razones para presumir la comisión del hecho punible que se le quiere acreditar a mi defendido.-

(...)

Analizando este artículo [Artículo 141 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas] queda claro igualmente que el incompetente Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Control para el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Delta, que conoció de la inconstitucional sentencia emanada de las Autoridades Legítimas de la Jurisdicción Especial Indígena, no hizo caso y vulneró entonos (sic) los extremos el Artículo 141 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.-

NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS:

Ciudadanos Magistrados; es evidente que estamos ante la violación flagrante del artículo 49 Parte Inicio y Numeral 1ero de la Constitucional (sic), por conseguirnos en la presencia de la **violación del Debido Proceso y consecuentemente del Derecho a la Defensa**, pues, fueron mal interpretados los artículos 130 al 141 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, referidos a la Administración de Justicia en materia indígena, por otra parte mi defendido al ser un adolescente con tan solo (sic) doce (12) años de edad, debió haber sido procesado y sancionado por la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, cónsono con el artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal que se refiere al debido proceso como una garantía de carácter constitucional, en tal sentido nos refugiamos estrechamente en el contenido de los artículos 26 y 17 Constitucional, que conciben La Tutela Judicial efectiva, el derecho que tienen las personas de acceso a la justicia y a ser amparadas por los tribunales en el goce y en el ejercicio de sus derechos y garantías, los cuales fueron vulnerados por la ignorancia de las Autoridades Legítimas de la Jurisdicción Especial Indígena, por el Ministerio Público y por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Control para el Sistema de Responsabilidad penal (sic) del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro, por las razones señaladas.-

PETITORIO:

Con fundamento en todo lo que precede, explanado en este Recurso (sic) de Amparo, siendo ésta la única vía que le queda a la Defensa para ser oída, es por lo que comparezco respetuosamente ante su honorable autoridad previa venia de estilo; para solicitar:

PRIMERO: Que la presente Acción de Amparo Constitucional, sea admitida y sustanciada conforme a derecho.-

SEGUNDO: Se dicte Mandamiento de amparo Constitucional, a favor de mi defendido (...), (indígena Warao), nacido en fecha 08/08/1997, de 12 años de edad, (...), y consecuentemente se decrete la nulidad de lo decidido en fecha **23/09/2009** y **23/11/2009**, dictada por la Jurisdicción Especial Indígena y las decisiones de fecha **30/11/2009** y **02/12/2009** emanadas del **Tribunal Segundo de Control Sección Penal de Adolescentes de Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro**, donde se sentenció a mi defendido a cumplir **VEINTE (20) AÑOS DE PRISIÓN**, y se le restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida; para que se realice el verdadero proceso penal de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescente.

TERCERO: Que la presente solicitud de Amparo Constitucional, sea declarada **CON LUGAR**, y se restablezcan los derechos y garantías conculcados, por la conducta In Judicando, de las Autoridades Legítimas de la Jurisdicción Especial Indígena, por el Ministerio Público y por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Control para el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro; es decir haber emitido pronunciamiento fuera de su competencia, tomándose atribuciones que no le corresponden conforme a la ley.

Posteriormente, el 26 de mayo de 2010, la abogada Mónica Andrea Rodríguez Flores, en su carácter de Defensora Pública con Competencia para actuar ante esta Sala Constitucional, consignó

un escrito ampliando la solicitud de amparo, en el que señaló lo siguiente:

-Que se aplicó una condena de veinte (20) años de prisión, sin observarse las reglas del debido proceso, para mayor abundamiento, sin proceso, pues se dio inicio a una 'Audiencia Especial para oír al Adolescente', se aplicaron las Reglas de la Audiencia preliminar, conforme al artículo 574 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y, se procedió a imponer una sanción superior a la prevista en el artículo 628 ejusdem, con lo cual se configuró los parámetros previstos en el artículo 268 ibidem.

-Que, el Ministerio Público en la orden de inicio de la investigación designa al Cuerpo de investigaciones (sic) Penales y Criminalísticas, auxiliar de la investigación, la practica (sic) de diligencias 'necesarias tendientes al total esclarecimiento de los hechos...'; sin embargo, no se observa ninguna. Al punto que, no consta acta de defunción, certificado de enterramiento o cualesquiera otro elemento que permita generar la convicción de la existencia de un occiso, por el que se le procesa.

-Que, no consta el acto de imputación correspondiente, más sin embargo se le da tal tratamiento, conforme al artículo 654.f. en audiencia oral.

-Que, se violenta el principio reconocido universalmente (Organización de las Naciones Unidas), Constitucional y legalmente concebido en la República Bolivariana de Venezuela como es el interés superior del adolescente.

-Que, generó un plano de desigualdad al ser sancionado, obviando el proceso contenido en la Ley especial que le rige y que le beneficia, como es la que desarrolla el Sistema Penal de Niños, Niñas y Adolescentes.

-Que, se vulneró el principio de progresividad de los derechos humanos, pues al existir dos normas de igual entidad (Indígena y Adolescente, desarrollan derechos humanos) debió aplicarse la que más le favorece.

-Que, sin mediar verificación de la condición de los ciudadanos Silverio Torres y Presentación Ávila, se les atribuye el carácter de '...caciques que representan las comunidades...'; y el Ministerio Público solicita, sean interrogados para que '...certifiquen la veracidad de la sentencia...'

-Que, se omitió el análisis relacionado con los usos y costumbres, siendo la privación de libertad la ultima (sic) ratio, pero aunado a las previsiones contenidas en el artículo 268 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; así como a la presunción en buen derecho de una supuesta admisión de hechos, la sanción aplicada es irracional.

-Que, no se verificó la presencia de los padres del Adolescente durante la Asamblea, ni el Tribunal de Control.

-Que, se desaplicó el artículo 141 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, en razón de haberse optado por sanciones disímiles a aquellas conforme a los usos y costumbres, toda vez que estas se concretan a 'Trabajo comunitario, latigazos, trabajos forzados o expulsión de la comunidad'; es decir, la aplicada no es contesta con estos.

-Que, no se explica como (sic) un adolescente de doce (12) años puede causarle la muerte a un adulto de la manera como se describe, considerando las condiciones socio-antropológicas.

-Que, no se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 140 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, es decir, no se le efectuó al Adolescente el estudio socio antropológico (no consta ni siquiera la petición elevada al Ministerio del Poder Popular para los pueblos Indígenas); así como tampoco se solicitó a la Autoridad Indígena el informe que ilustre los usos, costumbres y derecho indígena.

-Que, se ordenó la separación de su grupo familiar, con lo cual se le imponen dos sanciones, a saber: la expulsión de hecho de la comunidad y la privación, a nuestro juicio ilegítima, de libertad.

-Que, se desconoce el tiempo que estuvo privado de libertad y a cargo de quien, antes de ser sancionado.

-Es importante resaltar que, la etnia warao, según sus usos y costumbres, cuentan con una Autoridad Indígena, equivalente a un Fiscal del Ministerio Público que se denomina, AIDAMO KOBENAJORO; y es el responsable de ejecutar los castigos.

Finalmente, es imprescindible conocer si son aplicables las figuras jurídicas doctrinalmente reconocidas, pues de ser cierto lo precedente, la declaración asumida como 'presunta confesión'; es de las denominadas calificadas, por cuanto alega una excepción de defensa, '...lo mate (sic) porque era malo conmigo...'; ¿a qué se refirió (sic) con dicha afirmación?; y presuntamente ello acaeció en la casa de la presunta víctima (sic) y bajo los efectos del alcohol, más omite expresar la fecha.

Todos lo señalamientos precedentes generan la convicción de esta frente a un acto jurisdiccional irrito

(sic) que, conforme lo disponen los artículos 19, 21, 22, 25, 26, 44, 49, 78, 257, 269 y 285 de la Constitución de la República (sic) Bolivariana de Venezuela, y por cuanto se dan los parámetros previstos en el artículo 132 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, debe ser declarado nulo, y así, muy respetuosamente, se solicita.

SITUACIÓN ACTUAL

Conforme información suministrada por la Defensora Pública de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescente, adscrita a la Unidad de Defensa del estado (sic) delta (sic) Amacuro, la causa –y el Adolescente-, esta (sic) a la orden del Tribunal de Ejecución de la Sección Penal de Adolescente, cuya titular, a petición de la Defensa Pública no ha impuesto la Sentencia, hasta tanto se produzca el fallo de la Honorable Sala Constitucional; no obstante, la representante Defensorial solicitó se acordara la practica (sic) del Informe Socio-Antropológico.

DE LA MEDIDA CAUTELAR

Es preciso, que la Sala Constitucional decrete medida de suspensión de los efectos del fallo proferido por (sic) Juzgado Segundo de Control Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro en fecha dos de diciembre del año próximo pasado (02-12-2009), a los fines de evitar la generación de un daño mayor en el supuesto que no considere lo que de seguidas se expone.

DEL PRONUNCIAMIENTO DE MERO DERECHO

Con fundamento en los graves señalamientos efectuados, desde el inicio, por la defensa Pública y, conforme puede la Honorable Sala Constitucional evidenciarlo, toda vez que se consignó copia certificada de toda la causa con la interposición de la Acción, es imperioso un urgente pronunciamiento de derecho, máxime que hasta el Ministerio Público, sin haberse dado las condicionantes previstas en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, procedió a coadyuvar con la petición realizada por la Defensa Pública, con lo cual sólo quedaría oír la Decidora, no obstante, el pronunciamiento habla per se.

Es por ello que, se solicita, muy respetuosamente, se imprima celeridad a la presente solicitud, asimismo se declare de mero derecho, conforme lo establece el artículo 19.20 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (sic); aunado a que decisiones de esta naturaleza generan escandalosas violaciones al ordenamiento Constitucional, sin obviar que perjudica la imagen del Poder Judicial, incluyendo el desacato a criterios expresados por la Sala Constitucional atinentes a la interpretación del artículo 21 de la Constitución de la República bolivariana (sic) de Venezuela (Fallos N° 536 del 08-06-2000; N° 1197 del 17-10-2000; N° 3242 del 18-11-2003 y N° 190 del 28-02-2008).

Por otra parte, es apremiante un pronunciamiento de la Sala Constitucional en relación a la Jurisdicción Indígena en materia penal, en razón de estar involucrado el orden público y, es preciso indicar que no pareciere adecuada la norma que le permite conocer algunos asuntos como el homicidio, que a nuestro juicio es el delito de mayor gravedad, pues la vida es, y debería seguir siendo considerado como, el bien máspreciado de la humanidad.

(...)

Igualmente, como dato curioso, se adjuntan dos consultas de datos efectuadas a través de la página web del Consejo Nacional Electoral en el que aparece una persona fallecida y, la presunta víctima de la causa principal, allí se observan diferencias, por lo que se desconoce si efectivamente, existe tal situación (fallecido) en la persona del ciudadano Lucio Romero...; toda vez que no existe en actas Certificado de Defunción, así como tampoco otro instrumento que permita concluir en ello. Qué certeza se tiene de la data de la muerte, y si este evento fuere cierto, como se afirma, pero hubiere acaecido antes del ocho de agosto de dos mil nueve (08-08-2009), cuando el hoy adolescente, no alcanzaba edad de imputabilidad. Frente a este escenario, cuál sería la respuesta de la Jurisdicción Especial y, subsecuentemente, de la ordinaria.

Subsidiario a tales señalamientos, pareciera que en la aplicación de citada (sic) Ley especial, existe un conflicto normativo, por cuanto se otorgan lineamientos a la 'Jurisdicción ordinaria', que se omiten en la 'Especial'; no obstante, en el caso particular se obviaron. Nos referimos estrictamente, a los usos y costumbres de los Pueblos y Comunidades Indígenas en cuanto a la aplicación de penas (en este caso sanción).

(...)

A título conclusivo, en lo único que coincidimos con el fallo que de denuncia conculca (sic) los derechos fundamentales del Adolescente, es que '...que (sic) esta es una acción (...) sin precedente alguno en Venezuela.

II

DE LAS ACTUACIONES PRESUNTAMENTE LESIVAS

El 23 de noviembre de 2009, en la Comunidad Indígena de Bonoina, ubicada en la Parroquia Manuel Renaud, Municipio Antonio Díaz, Estado Delta Amacuro, los "Caciques" de las diferentes comunidades Warao que conforman el referido Municipio del Estado Delta Amacuro celebraron una sesión con el fin de someter a consideración el presunto hecho punible cometido por un niño Warao integrante de esa comunidad, en perjuicio del ciudadano Lucio Romero, también indígena, para lo cual se levantó un acta escrita a mano, en la que se estableció lo siguiente:

ACTA

Siendo hoy lunes veintitres (sic) (23) de noviembre de dos mil nueve (2009). Hra (sic) 10:24 a.m. Se constituyó una asamblea en la comunidad indígena de Bonoina con la presencia de los caciques de diferentes comunidades que conforma, la parroquia Manuel Reanud del Municipio Antonio Diaz (sic), Estado Delta Amacuro. Habiendo hecho previa convocatoria de manera formal a través de oficio a cada uno de los asistentes. Considerando el punto que va a someter a consideración de dicha asamblea, era de suma importancia a la vez era un arma de doble filo para nuestra generación del (sic) Relevo.

Siendo el objetivo específico (sic) los siguientes:

Se trata de un incidente ocurrido en la comunidad indígena de Boca de Atoibo el día (sic) sábado fecha Diez y nueve de septiembre del presente año (2009) Donde el indiciado llamado (...) de 12 años de edad cédula de identidad n° (...) convirtiendo el autor de un crime (sic).

Siendo este el motivo de esta asamblea...para escuchar las opiniones, desde luego...votación de los congresantes de esta manera tomar decisión a (sic) respecto. Avalando los artículos (...) los efectos legales correspondientes n° 8 de la LOPCI. Asimismo, los artículos 5 y 18 de la ley (sic) Orgánica de Pueblos y comunidades (sic) indígenas (sic). Igualmente avalamos el 260 de la carta magna (sic) de nuestra constitución (sic) de la República Bolivariana de Venezuela.

Después de haber transcurrido el tiempo prudente de recepción toma el derecho de palabra el cacique (sic) presente (sic) Ávila, exteriorizando al público el procedimiento que había realizado los días 12 y (...) del mes en curso, noviembre 2009. Declaró que forma de averiguación fué (sic) de manera a (sic) conversada de prexionamiento (sic), el criminal confesó de manera espontanea (sic) todos los por menores a respecto de caso cometido.

A continuación, las opiniones de los caciques (sic) presentes en la asamblea.

Opina el cacique (sic) Venancio Nuñez (sic).

Dijo, si el infiltrado confesó la verdad de haber matado una persona tiene que recibir castigo.

Así mismo habló el Cacique de manacal de yarita Albano Garcia (sic) dijo que apoya y pide justicia.

Igualmente, cacique Venancio Solano de la comunidad indígena de Barakaro, tiene que trasladar a Tucupita para que proceda la sentencia.

También opinó el cacique de Volcan (sic) de Araguao Angel (sic) Nuñez si el sr (sic), ultimo (sic) a otro, tiene que recibir la condena, de no ser así otro puede agarrar el mal ejemplo.

El cacique Cayetano Beria dijo y apoya que tiene que entregar a las autoridades.

Atanacio Tabares: Cacique de Araguabisi manifestó que esa persona que cometió crimen tiene que recibir el castigo.

Leonardo Peres (sic) dijo si mató uno tiene que recibir la condena.

Saturnino Gonzalez (sic) cacique de Siawani si uno mató a otro necesita castigo.

También tomó la palabra cacique de Muabaina Araguao considera tiene que ser castigado con todo el peso de la Ley.

Evelio García dijo que apoya las demas (sic) opiniones que estan (sic) expresando.

Ma (sic) Paulina Gonzales cacique (sic) de Jominisebe para que las autoridades tomen cartas en el asunto.

Yotilde Bustillo dijo que ninguno tiene que apoyar al criminal.

Regino Jimenez (sic) cacique (sic) de Orinanoko que castiguen al criminal.

Biscaino Peres (sic) que el criminal sea procesado judicialmente

Cacique Siberio Martinez (sic) de Muabaina Bonoina que castigue al criminal.

Alicio Machado que castigue al imputado.

Conrado Moraleda el caso tiene que ser procesado y castigado legalmente.

Después de haber escuchado las opiniones de los caciques (sic) de diferentes comunidades indígenas, el (Dibatu) Agente Rural trajo al criminal ante la Asamblea y el mismo dijo ante todo que si había (sic) cometido el acto criminal en fecha 19-09-2009. El mismo agregó que ultimó a Lucio Romero apretando los testículos y la garganta dijo ante la asamblea (sic), allí todo escuchó la palabra del infiltrado del crimen.

En ese preciso momento que estuvo declarando, todos los que estaban allí se quedaron en silencio.

Para los presentes esta declaración fue un golpe duro, al final con todo el dolor que estaba embarcando en ambas partes tanto los familiares del difunto y los familiares del criminal no quedó otra cosa que pronunciar la sentencia de 20 años de prisión. Avalandos (sic) los artículos de la Ley Organica (sic) de Pueblos (sic) Indígenas (art: 3 a los efectos legales correspondientes n° 8 y artículos 5 y 18).

Así mismo acudiendo a los artículos 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Habiendo agotado el tiempo se concluye la asamblea que comenzó a las 10:24 am y terminó la asamblea hora 6:30 pm.

Seguidamente, dicha asamblea levantó otra acta donde se plasmó todos los detalles previos a la celebración de la audiencia así como la decisión tomada en ésta, y se anexó al documento que acaba de ser transcrito, con el fin de remitirla a uno de los órganos jurisdiccionales que integran el Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, haciendo especial énfasis en su imposibilidad de traslado desde las comunidades hasta la sede física de los Tribunales ordinarios, razón por la cual –señalan- resolvieron ellos mismos la responsabilidad del presunto hecho punible cometido en una de sus comunidades.

Por su parte, el 2 de diciembre de 2009, se publicó el fallo íntegro de la audiencia oral celebrada el 30 de noviembre de ese año, por el Juzgado Segundo de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, órgano jurisdiccional donde se llevó a cabo la audiencia especial para oír al imputado. En esa audiencia se estableció lo que, a continuación, se transcribe:

(...)

La ciudadana Juez (sic), advirtió al adolescente IDENTIDAD OMITIDA sobre el contenido del artículo 542 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (sic), que informa de la facultad que tienen de solicitar durante el desarrollo de la audiencia que se le tome declaraciones, la cual rendirá con las formalidades previstas en los Ordinales 3° y 5° (sic) del Artículo 49 de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, igualmente se le advierte sobre la garantía contemplada en los artículos 541, 542 y 543 de la ya referida Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como lo es el derecho a la información por lo que en este momento se le participa que ha sido traído al Tribunal Segundo de Control de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro a cargo de la jueza, Abogada Digna Elizabeth Linares Carrero, por dos Caciques de su Comunidad y por solicitud realizada por la Fiscal Quinto del Ministerio Público de esta Jurisdicción a los fines de ejercer el derecho que tiene de ser Oído, se le informa sobre el derecho de no inculparse, y a solicitar la presencia inmediata de sus padres, representante o responsable y su defensor. Igualmente se le indica que será asistido por un Defensor Público cuyo cargo ha recaído en el Dr. CLARENSE RUSSIAN, quien ha aceptado el cargo y juró cumplirlo bien y cabalmente; asimismo a los fines de garantizarle su derecho consagrados en el artículo 9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela así como el del artículo 542 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se le ha designado un intérprete del idioma warao, si no comprende o habla el idioma castellano, persona a quien se le ha tomado juramento de ley; ciudadana ARACELIS BRITO ha jurado cumplir el bien y cabalmente con las funciones encomendadas. A continuación, la Jueza impone al adolescente del PRECEPTO CONSTITUCIONAL, establecido en el Artículo 49 Ordinales 3° y 5° (sic) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que la exime de declarar en causa propia y sin juramento alguno y se interroga al adolescente si comprendió y si desea declarar: Manifestando él mismo, a viva voz que si desea declarar. La Juez (sic) seguidamente pone de manifiesto al Adolescente unos instrumentos, contentivos de sentencia efectuada por la Asamblea de Caciques de las Comunidades Indígenas, así como actas respectivas, que lo condenan a cumplir la pena de 20 años de prisión, por el delito HOMICIDIO en perjuicio de quien en vida se llamara LUCIO ROMERO, y le pregunta a través de su intérprete, si desea decir algo al respecto, contestando el mismo, una vez traducidas las preguntas por la intérprete: `Sí lo maté, porque me amenazó primero, porque como el (sic) era malo conmigo, estábamos tomando le apreté las partes (señalando los

genitales) del difunto y la garganta, de verdad que lo maté, no me acuerdo en que fecha ocurrió eso, el señor se llamaba LUCIO ROMERO, eso fue en la casa de LUCIO, en la comunidad de ATOIBO, el si sabe que está sancionado a veinte (20) años de prisión. Es todo ´. Acto seguido, la Ciudadana Jueza pone de manifiesto ante los CACIQUES PRESENTE AVILA (sic) y SILVERIO TORRES, el Instrumento escrito contentivo de Sentencia emitida por las autoridades indígenas, así como el acta suscrita por los referidos miembros indígenas y los mismos manifestaron que los documentos eran originales, y el Cacique PRESENTE AVILA (sic) manifestó que el documento de la Sentencia lo transcribió un hermano. Se deja constancia que el documento fue suscrito por los caciques de las comunidades de Bonoina, Siawani, Caboina, Araguabisi, Nakujana, Monacal de Yarita, Orinanoco, Kayanojo, Jominisebe, Muabaina de Araguao, Muabaina de Bonoina, Nabasanuka, Barakaro, Volcán de Araguao, así como por los Dibatus (Agentes Rurales que asistieron a la Asamblea realizada en la Comunidad Indígena de Bonoina), agente de Siawani, Orinanoko, Borojo Sanuka, Nabasanuka, Suana kasi, Winikina, Tucupita, Corokoina, Orinanoko I, Orinanoko II Agente Rural Teolindo, representante; y demás Agentes Rurales, dejándose constancia que no firmó el Cacique de la comunidad de Atoibo, y que también participó la comunidad de Muboina. Acto seguido, se le concede el derecho de palabra a la Fiscal Quinta del Ministerio Público, quien manifestó: "Con el respeto que me merece la sentencia que consta en autos, habida cuenta que al parecer, se trata de un acto dictado por las autoridades legítimas, en ejercicio de la Jurisdicción Indígena, reconocida por el artículo 9 de la Ley Aprobatoria del Convenio 169, de Pueblos Indígenas y Tribales, el Artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 130 y 132 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas que consagran el reconocimiento del Estado sobre la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, para tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva de las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras. Tomando en consideración que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 134 de la Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas (sic), se trata de una decisión con fuerza de "cosa juzgada", por lo que el Estado y los terceros estamos obligados a respetarla y acatarla, siempre que no sea incompatible con los derechos fundamentales establecidos en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, leyes, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República. Y siendo, que la decisión tomada por este Tribunal Especial Indígena en fecha 23 de Noviembre de 2009, donde condenó al Adolescente a cumplir VEINTE (20) AÑOS de PRISION (sic), de tal decisión, me permito hacer la siguiente consideración: UNICO (sic): Es evidente que la pena impuesta al adolescente IDENTIDAD OMITIDA, quien solo cuenta con la edad de 12 ó 13 años de edad, es excesiva y por ello incompatible con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y en los artículos de la Constitución, específicamente, en los artículos: 19: Que establece el principio de progresividad donde "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen". El artículo 24 de la misma constitución establece: el Principio in dubio pro reo "...Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea". Y establece el artículo 44: que la libertad personal es inviolable, en consecuencia: se establece en su numeral 3º la pena no puede trascender de la persona condenada. Y en relación al artículo de la LOPNNA es incompatible con lo establecido en el artículo 628 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por cuanto el referido artículo establece en el "Artículo 628 Parágrafo Primero: La privación de libertad es una medida sujeta a los principios de excepcionalidad y de respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo. En caso de adolescente que tengan catorce años o más, su duración no podrá ser menor de un (1) año ni mayor de cinco (5) años. En caso de adolescentes de menos de catorce años, su duración no podrá ser menor de seis (6) meses ni mayor de dos (2) años. En ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la Ley penal para el hecho punible correspondiente...". Por consiguiente, considero que lo pertinente sería revisar la referida decisión mediante el recurso (sic) de amparo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a que se refiere el artículo 135 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, el cual me reservo el derecho de ejercer y fundamentar oportunamente. En relación con el artículo (sic) 1, 2 y 9 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales. No obstante, en el entendido que de acuerdo con lo previsto en el numeral 2 del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comuni-

dades Indígenas, debe la Jurisdicción Ordinaria prestar apoyo y colaboración a la Jurisdicción Indígena en lo relativo a la investigación, juzgamiento y ejecución de sus decisiones, considero pertinente que mientras esa decisión no sea revisada por la instancia jurisdiccional competente, se remitan las actuaciones al Tribunal de Ejecución, sección Adolescentes de este Circuito Judicial Penal, para que inicie la ejecución de la sanción y se recluya al adolescente al Centro de Internamiento de adolescentes `Casa de Formación Integral Varones, hasta tanto se tenga una Sentencia Definitiva por parte del Tribunal Supremo de Justicia. Asimismo, solicito copia certificada del Expediente. Es todo´.

Seguidamente se le concedió el derecho de palabra al Defensor Público CLARENSE RUSSIAN, quien expuso: `Buenos días, la Defensa en esta Audiencia de manera parcial no conjuga o comparte ciertos fundamentos de derecho esgrimidos por el Ministerio Público, quien durante su exposición en primer lugar olvidó mencionar el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que expresa que todas las personas somos iguales ante la Ley, y no se permitirán discriminaciones fundadas, en raza, sexo, etcétera, cuando la Constitución menciona la raza, todos debemos ser iguales ante la Ley, si bien es cierto que existe un Ordenamiento Jurídico Especial, denominada Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, no es menos cierto que la misma Constitución en su artículo 260 nos dice, que las autoridades legítimas de Pueblos Indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de Justicia en base a sus conocimientos ancestrales y que solo afecten a sus habitantes, según sus normas y procedimientos, es aquí cuando hago el llamado de atención, que no sean contrario a la Ley y Orden Público, se ha reunido un número considerable de Caciques los cuales han inferido en dictar una sentencia en donde a mi defendido se le imponga veinte (20) años de prisión, diría JIMENEZ (sic) DE ASUA (sic), quien en su doctrina de derecho penal, reiteradamente ha sido considerado por el Tribunal Supremo de Justicia, cuando expresa o se apoya, en que cuando sale una ley nueva o ha entrado en vigencia; cada quien suele darle una interpretación distinta de acuerdo a su criterio personal, y en este sentido la Defensa considera que mi defendido perfectamente como un ser humano de nacionalidad venezolana, oída su prácticamente admisión de haber cometido los hechos que se le han señalado en esta sala de audiencias, lo hace de manera responsable y consciente, el mismo por su raza de acuerdo a la Constitución, es un venezolano mas (sic) de la República, y por cuanto la Constitución está por encima de la Ley Orgánica de Comunidades y Pueblos Indígenas, debe ser merecedor de un proceso penal específicamente el que se realiza en la Sección de Responsabilidad del Adolescente, que se encuentra ceñido en la ley especial que rige la materia de adolescentes en concordancia con la normativa del procedimiento que dicta nuestro Código Orgánico Procesal Penal, y en este sentido, en cuanto al grupo etáreo que le corresponde por la edad a mi defendido, al tener 12 años, debería considerarse en la prosecución del procedimiento debido que a bien pueda realizarse para una futura sanción y que por otra parte, esta Defensa, en cuanto a la Sanción que pudiera devenir, esta si pudiera ejecutarse, considerando lo estipulado en la Ley Especial Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas en su artículo 141 que establece sobre el Juzgamiento Penal de los Indígenas, el cual establece que en los procesos penales que juzguen a indígenas, se respetarán las siguientes reglas, específicamente en cuanto al numeral 2º, los Jueces al momento de dictar sentencia definitiva o cualquier medida preventiva deberán considerar las condiciones socio económicas o culturales de los indígenas, se debe regir por los principios de justicia y equidad, deberá establecerse penas distintas al encarcelamiento, que permitan la reinserción del indígenas a su medio socio -cultural, esto es lo que establece la ley con respecto a lo que atañe a mi defendido, por lo tanto esta sentencia discrepa conforme al artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, existe una contradicción la Ley, se contraviene la Ley Orgánica de pueblos y comunidades indígenas (sic), se contraviene la Constitución. En cuanto a la vía de consulta solicitada por la Fiscal de Ministerio Público, como lo es la vía del amparo, solicito que antes que irse a la vía extraordinaria de la consulta, dependiendo de la decisión que acate este Tribunal, se observe la decisión emitida por este Tribunal. Se observe la sanción impuesta al adolescente y se informe a los caciques a los fines de que tengan conocimiento debido a sus conocimientos ancestrales. Es todo´.

Las autoridades indígenas presentes en audiencia solicitan se apliquen mecanismos de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional, basado en el reconocimiento constitucional del carácter multiétnico y pluricultural de la sociedad venezolana, donde coexisten diversos sistemas normativos de aplicabilidad específica.

(...)

Es por ello que se estima prudente destacar que ha sido presentada una Sentencia emanada de la Etnia Warao, dictada y suscrita por sus autoridades los Caciques de las Comunidades de COROKOINA, MUABAINA, BONOINA, VOLCAN DE ARAGUAO, BARAKARO ARAGUABISI, COBOINA, MANACAL DE YARITA

ATOIBO, ORINANOKO I, ORINANOKO II, KAYANAJO, MUABANA DE ARAGUAO, NABASANUKA, JOMINISEBE, SIAWANI I, SIAWANI II, COCAL, BOROJO SANUKA, JUANA KASI y MOBOINA por la comisión del delito de Homicidio Intencional, en perjuicio del indígena LUCIO ROMERO, Cédula de Identidad Número 7.884.887, de edad (sic), consagrado tanto en la Legislación Penal Venezolana, en su artículo 405 del Código Penal como en los usos y costumbres ancestrales de dicha comunidad y así ha sido invocado en su sentencia.

(...)

Esta competencia material para conocer los asuntos ancestralmente juzgados les ha sido asignada a dicha comunidad, en franco impulso constitucional de los modos, fórmulas y racionalización del derecho indígena; siendo que en el caso de marras no se encuentra incluido dentro de las materias excluidas en forma expresa, a saber: delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, y tráfico ilícito de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión"; por haber sido reservadas por el Legislador Nacional como competencias exclusivas de los órganos jurisdiccionales ordinarios y especiales según sus casos tal como lo determina el artículo 11, del Código Orgánico Procesal Penal, siendo excepción legal sobre la titularidad de la acción y el derecho de administración de justicia que corresponde a los ciudadanos y ciudadanas y por tanto los ciudadanos de las etnias indígenas. Habiendo sido investigado y juzgado el hecho punible, por la jurisdicción indígena en ejercicio de su acción como sociedad protagónica, de conjugación del derecho de acuerdo a los principios democráticos, contenidos en la exposición de motivos y en el preámbulo de la Constitución, que los derechos humanos fundamentales han sido preservados por las autoridades investidas para la actividad jurisdiccional, en la persona de los Caciques de las diversas comunidades actuantes, y que esta es una acción ejemplar de enfrentar los conflictos y de administrar justicia, sin precedente alguno en Venezuela puesto que ahora si existe un cuerpo de leyes que le da las herramientas necesarias tanto a los representantes de la justicia formal penal, como a los indígenas, en consecuencia en modo alguno este tribunal podrá soslayar dicha sentencia, reconociendo que la misma fue dictada por autoridades legítimas, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, conforme a los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías.

Por todos los razonamientos expuestos y los alegatos explanados en esta audiencia especial este Tribunal Segundo de Primera Instancia en funciones de Control de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes en nombre de la República Bolivariana y por autoridad de la Ley acuerda: Primero: Vista la Sentencia dictada por las autoridades indígenas de conformidad con el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual condena al adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a cumplir la sanción de 20 años de privación de libertad, por el delito HOMICIDIO en perjuicio de quien en vida se llamara LUCIO ROMERO, que la misma ha quedado firme de acuerdo a las leyes usos y costumbres de las comunidades waraos asentadas en un instrumento Sentencia presentado ante este Tribunal se respeta y reconoce esta sentencia. Segundo: Oído el adolescente y garantizado el derecho a ser oído mediante solicitud efectuada ante la Fiscalía Quinta del Ministerio Público, por las autoridades indígenas, del cual hizo uso, en los términos de la audiencia, y de acuerdo a la convención de los derechos del niño y adolescentes (sic) y las disposiciones sobre protección integral e interés superior del adolescente es menester dar cumplimiento a la sentencia, con las garantías integrales de dignidad según el sistema de responsabilidad penal del adolescente, y a que de acuerdo al requerimiento de ejecución de la sentencia por parte de la etnia warao de conformidad con el artículo 134 numeral 2 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas se ordena el ingreso del adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a permanecer en la Casa Taller para Varones de ésta Ciudad, donde permanecerá recluso a la orden del Tribunal de Ejecución competente de este Circuito Judicial Penal donde deberá permanecer de conformidad con el artículo 141 numeral 3 de la Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas (sic) en forma separada o espacio especial de reclusión para el mismo. Tercero: Remítase el detenido junto con la causa aperturada y las actuaciones a los fines de que se inicie el cumplimiento de la misma conforme a los principios y garantías consagradas en la Ley Orgánica para la Protección de Niño, Niña y Adolescente, al Tribunal de Ejecución de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes de esta Jurisdicción. Cuarto: Se ordena la remisión del Expediente YP01-D-2009-000100 al Tribunal de Ejecución, vencido que sea el lapso para el ejercicio del recurso de apelación. Las Partes están notificadas de la presente decisión. Publíquese, regístrese, déjese copia certificada. Cúmplase.

III

ALEGATOS DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo, representada por los abogados Jesús Antonio Mendoza, Alejandra Bonalde, Lucelia Castellanos Pérez, Javier López Cerrada y Lilian Quevedo Ruiz, alegó en la audiencia constitucional celebrada ante este Alto Tribunal, así como en un escrito que consignó en dicha audiencia, lo siguiente:

Que *"...se evidencia el compromiso establecido en nuestra carta magna (sic), para respetar y materializar el desarrollo libre y digno de todos y cada uno de los individuo (sic) de la sociedad, creando las condiciones necesarias de bienestar y bien común para vivir con justicia, en paz y armonía. Todos estos elementos, sin lugar a duda, califican al Estado venezolano como Democrático y Social de Derecho y de Justicia"*.

Que *"...el Comité de los Derechos del niño en su 44° período de sesiones llevado a cabo en Ginebra en el mes de enero de 2007... [señaló que] los Estados partes deben contemplar un conjunto de alternativas eficaces para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud de esa disposición de utilizar la privación de libertad tan sólo como medida de último recurso. La adopción de las mencionadas alternativas deberá estructurarse cuidadosamente para reducir también el recurso a la prisión preventiva. Y no 'ampliar la red' de menores condenados"*.

Que *"...el Comité de los Derechos del Niño, en el 50° período de sesiones llevado a cabo en el año 2009, específicamente en su observación general N° 11, al tratar el tema de los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, se pronunció entre otros puntos sobre la justicia juvenil, observando con preocupación que el índice de encarcelamiento de niños indígenas suele ser desproporcionadamente alto y que en algunos casos puede atribuirse a discriminación sistemática en el sistema judicial o en la sociedad...los Estados deberán tomar medidas con respecto a los niños de quienes se alegue que han infringido esas leyes, sin recurrir a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado, ya que el encarcelamiento o la prisión de un niño no debería utilizarse mas (sic) que como último recurso"*.

Que el artículo 628 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes *"...establece como un límite insoslayable que cualquier sanción de privación de libertad a un adolescente, ésta no podrá exceder de dos (02) años si es menor de 14 años de edad y de cinco (5) si es mayor de 14 años de edad, y que en caso de que la ley penal establezca una pena mayor por el delito cometido, ésta no podrá imponerse al adolescente en ningún caso"*.

Que *"...la sentencia dictada por (sic) el 23 de noviembre de 2009, por la Jurisdicción Especial Indígena del Estado Delta Amacuro a cargo de los Caciques de la Parroquia Manuel Renaul y en contra de la decisión de fecha 02 de diciembre de 2009 dictada por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro; colide con diversas normas constitucionales que consagran derechos humanos a favor de los niños, niñas y adolescentes"*.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Defensoría del Pueblo solicitó que se declare la nulidad de las decisiones impugnadas con el amparo constitucional.

IV

OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Los abogados Tutankamen Hernández Rojas y Néstor Luis Castellano Molero, en su condición de Fiscales Quinto y Primero del Ministerio Público con Competencia ante las Salas de Casación y Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, respectivamente, emitieron la siguiente opinión:

Que *"...el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Control del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del estado Delta Amacuro...trasgredió los derechos constitucionales al debido proceso, el principio de Especialidad de Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente, la proporcionalidad de las penas y el principio de prioridad absoluta; en el sentido que al proferir una sentencia condenatoria que traspasa los límites constitucionales y legales que rigen los procesos penales, en los que se encuentren incursos adolescentes, vulneró los derechos constitucionales que fueron alegados por la Defensa Pública del adolescente involucrado"*.

Que *"...con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, entre otras sanas innovaciones, se contempló en el Capítulo VIII del Título III, el reconocimiento y determinación efectiva por parte del Estado Venezolano, de los Derechos de los Pueblos Indígenas"*.

Que “[b]asta analizar el contenido del artículo 119 de nuestra Constitución Patria, para entender lo esbozado: el Estado Venezolano con esta disposición, pone fin a la mora que existía entre las autoridades y los distintos pueblos indígenas con presencia en el territorio nacional, al reconocer su existencia, y todo modo de organización social, política y económica que propenda a su estabilidad como comunidad fundadora y originaria”.

Que “...el Estado reconoce la conformación de todo aparato ideológico que han venido desarrollando y manteniendo en el tiempo nuestros ancestros indígenas, dándole tinte de integridad jurídica a sus formas de conformación social, a sus bases políticas preexistentes, a sus creencias y culturas, a las formas económicas de subsistencia y al régimen legal que regula sus formas de comportamiento dentro y fuera de su hábitat”.

Que “[l]os pueblos indígenas, tienen la franca potestad de nombrar autoridades legítimas en cuyas manos y sabio arbitrio, quedará la responsabilidad de resolver las controversias puestas a su consideración, mediante la aplicación de su derecho propio y procedimientos tradicionales dentro de su hábitat y tierras. Ello lo dispone el artículo 130 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (sic), por lo que, en este sentido, amparados en la jurisdicción especial indigenista, las autoridades nombradas, tendrán plena facultad para conocer, investigar, decidir y ejecutar todos y cada uno de los asuntos elevados a su consideración procurando al momento de su resolución, aplicar las vías conciliatorias, el diálogo, la mediación, la compensación y la reparación del daño, todo en procura de alcanzar y en lo posible restablecer la armonía y la paz social trastocada por el hecho cometido”.

Que “...prevé el juzgamiento de sus habitantes con fundamento en el derecho propio, de acuerdo entre otros aspectos, a su cultura y necesidades sociales, siempre que, ese juzgamiento y en los distintos Tratados, Convenios y Pactos Internacionales debidamente ratificados por la República”.

Que “...la competencia atribuida a las autoridades legítimas para la resolución de los conflictos planteados es amplísima y salvo ciertas restricciones, podrán dirimir todas aquellas controversias ocasionadas sin importar la materia a la que se contraen. No obstante, quedan exceptuadas las autoridades legítimas de conocer aquellos ilícitos que afecten la seguridad e integridad de la nación, delitos de corrupción y contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, aquellos que comporte el tráfico de sustancias estupefacientes y armas de fuego, los delitos cometidos por bandas organizadas y aquellos que sean catalogados como crímenes de índole internacional”.

Que “[a] hacer un análisis del procedimiento investigativo desplegado por las autoridades legítimas de la Jurisdicción Especial Indígena con ocasión del fallecimiento de Lucio Romero, se observa prima facie, que durante su desarrollo se respetaron y acataron las directrices que abonan lo que el legislador ha denominado como el derecho propio (Artículo 130 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas) y que comprende la potestad que tienen los pueblos indígenas, de aplicar dentro de su hábitat y tierras, las disposiciones de justicia que con fundamento en la conciliación, el dialogo (sic), la compensación y la reparación del daño, vengán a resolver efectivamente y en apego fiel e irrestricto a sus culturas y necesidades sociales, las controversias planteadas”.

Que “...nos encontramos con un procedimiento sancionatorio llevado en contra de un adolescente a quién se le condena a cumplir una pena de prisión que asciende a veinte (20) años. Ante ello, entra en juego el conflicto de las jurisdicciones especialísimas: una que augura la regulación efectiva de una población tan sui generis como la indígena, la otra, que protege y garantiza todos y cada uno de los derechos y prebendas de los niños, niñas y adolescentes”.

Que “...el Tribunal de Control al momento de pronunciarse en cuanto a la solicitud formulada por el Ministerio Público, respecto de la petición realizada por la Comunidad Indígena respectiva, realizó un pronunciamiento que, a todas luces resulta inconstitucional, pues procedió a homologar una condena en contra de un adolescente de doce (12) años de edad, a una pena de veinte (20) años de privación de libertad, lo cual implica una vulneración flagrante de los más elementales derechos y garantías constitucionales que asisten a los administrados y en especial a los niños y adolescentes de la República”.

Que “...se hace un juzgamiento apresurado, en cuyo andar **se trastocan las bases del derecho** (sic) **a la defensa y del debido proceso**. Sin mayor énfasis sirvió de un todo la declaración que rindiese el adolescente..., sin el cumplimiento y resguardo efectivo de las mínimas garantías procesales, para que las autoridades legitimadas impusieran la sanción que a su libre arbitrio era la prudente, con el pretexto de evitar que tal actuación se convirtiera en un mal precedente y presagio nefasto que pudiese ser adoptado por los demás niños y adolescentes”.

Que "...al proceder en el juzgamiento del adolescente..., debieron las autoridades legitimadas en sede indígena, garantizar el derecho a la defensa contemplado en el artículo 49.1 Constitucional y 88 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el entendido que, al rendir la declaración que contenía su confesión en cuanto a la autoría del hecho que se le reprochaba, debía estar asistido por un abogado defensor, o la persona que, atendiendo a lo especial del proceso seguido en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, velara por sus intereses".

Que "...al someter al adolescente...a cumplir una sanción de veinte (20) años, se trastoca flagrantemente el contenido del artículo 628 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. A esta decisión se arriba en franca aplicación del Interés Superior del Niño, como Principio de Interpretación exclusivo de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes".

En virtud de las anteriores consideraciones, el Ministerio Público opinó que la acción de amparo constitucional debía ser declarada con lugar y "...que sea restituido **el orden público constitucional**, que ha sido puesto en peligro mediante el fallo que fue dictado por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Control del Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del estado Delta Amacuro, a los fines de la regularización de la situación que ha colocado al referido adolescente frente a una vulneración de los derechos y garantías constitucionales que han sido denunciadas a lo largo del presente proceso".

V

MOTIVACIÓN PARA DECIDIR

Corresponde a esta Sala emitir su pronunciamiento en el presente caso, para lo cual, considera oportuno realizar, como punto previo, las siguientes precisiones:

El 25 de julio de 2011, compareció ante la Secretaría de la Sala el abogado Eduard E. Moreno, en su condición de Defensor Público ante la Sala de Casación y esta Sala Constitucional, y solicitó, mediante diligencia, "...se estudie la posibilidad del traslado del menor (...), en virtud que el mismo se encuentra detenido en el Estado Delta Amacuro y es necesaria su presencia para la audiencia prevista para el día 26/07/2011, en consideración que se trata de indígena menor que fue condenado a 20 años de prisión por comunidad indígena".

En tal sentido, esta Sala observa la imposibilidad material de atender la solicitud del Defensor Público efectuada un día antes de la celebración de la audiencia oral, de que se traslade el niño de autos a la sede de este Alto Tribunal para que esté presente en la misma, por cuanto el quejoso de autos se encontraba recluido en la Casa de Formación Integral de Varones de Tucupita, ubicada en el Estado Delta Amacuro, a la orden del Juzgado de Ejecución de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal de ese mismo Estado, lo que implicaba necesariamente una tramitación organizada y coordinada, con la custodia inherente al caso y el apoyo de los organismos competentes, para efectuar el traslado. Además, la Sala precisa que, si bien es cierto que de conformidad con los artículos 12 de la Ley Aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño, 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe oírse la opinión del niño en aquellos casos que afecten sus derechos e intereses, puesto que es un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes que sean escuchados en todos los juicios que los afecten directa o indirectamente (vid. sentencia N°900/2008, caso: *Jesús Armando Colmenares*); en el caso *sub iudice*, consta en el expediente que el niño fue debidamente oído durante su juzgamiento por haber personalmente declarado ante el Tribunal Indígena constituido en la comunidad indígena Boina de la Parroquia Manuel Renaud Municipio Antonio Díaz del Estado Delta Amacuro (folio 32 del expediente) y en el Juzgado Segundo de Control de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del mismo Estado, asistido de un Defensor Público y con la presencia de un intérprete del idioma warao (folios 46 al 57 del expediente); por lo que la Sala niega por innecesaria la solicitud del Defensor Público sobre el traslado del quejoso de autos. Así se declara.

Igualmente, esta Sala considera pertinente señalar que, el 27 de abril de 2011, mediante decisión N° 612, se ordenó al equipo multidisciplinario correspondiente a la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro, de conformidad con lo establecido en la letra "b" del artículo 179-A de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que realizara de manera inmediata un

informe técnico al niño quejoso dejando constancia de su estado de salud, físico y mental, así como de su entorno familiar, todo ello con el objeto de que la Sala se formara un concepto integral sobre la verdadera situación del niño (parte actora). Luego, el 11 de julio de 2011, el Juzgado de Ejecución de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro informó a esta Sala, a través del oficio N° 785-2011, que no se encontraba conformado el equipo multidisciplinario de ese Circuito Judicial Penal, por cuanto estaba integrado nada más con la Trabajadora Social.

Al efecto, la Sala observa que, ciertamente, la falta de conformación del equipo multidisciplinario del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro imposibilita el informe técnico integral solicitado sobre las condiciones del niño; sin embargo, la inexistencia de dicho informe no era óbice para que se continuara con la celebración de la audiencia constitucional, pues se suplió el informe técnico integral con varios exámenes –de medicina interna, psiquiátrico y de nutrición y dietética– realizados al quejoso de autos donde se constata la situación de su entorno familiar, los cuales fueron remitidos a esta máxima instancia constitucional, el 19 de julio de 2011. Visto lo cual, la Sala procede a decidir el presente asunto, considerando todas las actas agregadas al expediente, y lo expuesto en la audiencia constitucional.

Dilucidado lo anterior, la Sala observa que la acción de amparo constitucional fue interpuesta contra la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, mediante la cual se condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de homicidio intencional, y la decisión dictada el 2 de diciembre de 2009, por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida *"Jurisdicción Especial Indígena"*.

En ese sentido, la representación de la Defensa Pública sostuvo, en resumen, que a su patrocinado se les cercenaron sus derechos fundamentales, y que las causas que ocasionaron esa vulneración fueron, entre otras, que se aplicó una condena de veinte años de prisión, sin observarse las reglas del debido proceso, como son: que no se dictó una orden de inicio de la investigación penal ni consta el acta de defunción de la víctima; no fue imputado el niño Warao, no se aplicó el principio de *"interés superior del niño y del adolescente cuando se debió aplicar el Sistema Penal de Niños, Niñas y Adolescentes"*; que se vulneró el principio de progresividad de los derechos humanos, y se omitió el análisis relacionado con los usos y costumbres de las comunidades indígenas según los cuales, la privación de libertad es excepcional y última ratio pudiéndose aplicar una sanción distinta; tampoco se verificó la presencia de los padres del niño afectado en la Asamblea Indígena, ni en el Tribunal de Control; no se explica suficientemente cómo un niño de doce (12) años pudo causarle la muerte a un adulto de la manera como se describe, considerando las condiciones socio-antropológicas; no se le hizo al niño un estudio socio-antropológico, se ordenó la separación de su grupo familiar, por lo cual se le impusieron dos sanciones, a saber: la expulsión de hecho de la comunidad indígena y la privación de libertad. Asimismo, señala la representación de la Defensa Pública que se desconoce el tiempo que estuvo el niño privado de libertad durante su juzgamiento y a cargo de quién; además de que la comunidad indígena Warao cuenta con una autoridad que se denomina *"AIDAMO KOBENAJORO"*, responsable de ejecutar los castigos.

Con tales argumentos solicitó la Defensa Pública que, a través del amparo, se decretara la nulidad de las dos decisiones judiciales dictadas, tanto en la *"Jurisdicción Especial Indígena"* como en el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro.

Establecido lo anterior, la Sala reconociendo la existencia de la *"Jurisdicción Especial Indígena"* estima que es necesario abordar aspectos sociales y jurídicos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que deben ser considerados a los fines de emitir pronunciamiento en la presente causa.

DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO

Se habla de *diversidad cultural* porque los pueblos, naciones, comunidades, sociedades y Estados no son expresión homogénea de una sola y única realidad social y cultural, aunque todos los

seres humanos pertenezcamos a una misma especie. La historia de la humanidad ha conocido una extraordinaria variedad de procesos culturales cuyos rastros perviven en los pueblos. El II Informe Mundial sobre la Cultura: Diversidad Cultural, Conflicto y Pluralismo de la UNESCO (2001) refiere que la diversidad se agrupa generalmente en torno a un núcleo cultural, por razones geográficas, históricas u otras; de modo que la frontera que separa a un grupo cultural de otro está deliberadamente marcada.

El reconocimiento en la cultura universal contemporánea de un extraordinario patrimonio étnico-cultural que no se mide por su importancia numérica, se ha elevado a la categoría de valor fundamental de la humanidad dando lugar, además, a considerar el *valor e igualdad intrínsecas* de todas las civilizaciones y culturas, incluyendo la de los pueblos indígenas.

Desafiando la perspectiva liberal-individualista de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), las poblaciones indígenas emergieron en la escena internacional como actores socio-políticos reclamando como *derechos humanos colectivos* sus demandas históricas de justicia, pendientes y postergadas después de siglos de dominación colonial, la cual ha atravesado fases de genocidio, etnocidios, asimilaciones forzadas, expulsiones, exterminios, reubicaciones, colonizaciones dirigidas, y otras atrocidades.

En el año 2007, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprueba la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconociendo los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas. Mucho antes, en el año 1957, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) había reconocido los derechos colectivos de los pueblos originarios en el Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes; así como también, otros instrumentos normativos como el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe; y la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Cabe señalar que, en el año 1999, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, rompiendo los viejos paradigmas, reconoció los derechos indígenas como derechos humanos colectivos y a los pueblos y comunidades indígenas como sus titulares. Posteriormente, las Constituciones de las Repúblicas de Ecuador (2008) y de la República de Bolivia (2009) recogieron dicha normativa.

Se estima que en el continente americano coexisten más de cuatrocientos pueblos indígenas dentro de las fronteras nacionales de los diversos Estados, cada uno con su propio patrimonio cultural y con una población indígena mayor de treinta y ocho millones de personas. En el resto del mundo, la población indígena asciende a más de trescientos millones repartidos en más de setenta países (Gutiérrez García, Erick 2011. Los Derechos Humanos desde el Enfoque Crítico. Defensoría del Pueblo. República de Venezuela).

En Venezuela, según el Informe Socio Antropológico de la Comunidad Warao que la antropóloga Liliana Morales llamada por la Sala en su condición de testigo experta, consignó en el expediente el día 28 de junio de 2011, se precisa:

Venezuela a diferencia de países, como Bolivia, Perú, Ecuador, Guatemala y México, su población indígena, aunque diversa -más de 28 Pueblos Indígenas-, no es mayoritaria -con más de medio millón de indígenas-, alcanza a un poco más del 2% de la población de Venezuela, de acuerdo a los datos aportados por el Censo Indígena de 2001.

Dentro de la población indígena de Venezuela, el Warao representa 7 %, siendo así la segunda etnia en tamaño poblacional (después del Wayúu, 58 %; y antes del Pemón, 5%). El 79 % de la población Warao vive en comunidades tradicionales, mientras que las etnias zulianas, tanto Wayúu como Añu, viven por más de 80 % en áreas urbanas.

La población Warao, se encuentra principalmente en el Delta Amacuro, más precisamente en los municipios Antonio Díaz (aproximadamente 60 %), Tucupita (15 %) y Pedernales (10 %). En el estado Monagas viven otro 10 %; y el 5 % restante se reparte entre los estados Sucre y Bolívar (3 % entre ambos) y los demás estados (2 %). Fuera del Delta, los Warao viven, mitad en comunidades tradicionales y mitad en áreas urbanas.

La perceptible disminución de las poblaciones indígenas en el mundo, y la preservación de sus culturas ancestrales ha hecho necesario la adopción desde los más altos niveles, de medidas tendentes a evitar el "aplastamiento" de los grupos sociales devenidos vulnerables como son los indígenas.

En 1989, el Convenio No 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (G.O. 39.305 del 17/10/2001) revisa la normativa originaria del Convenio No 107. Entre los fundamentos de la revisión se tiene:

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hace aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco del Estado en donde viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la comunidad, y a la cooperación e comprensión internacional.

Por lo cual, dispone en su artículo 2:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Así pues, con el referido Convenio No. 169 de la OIT, el Derecho Internacional acoge la normativa originaria y autónoma de los pueblos indígenas, reconociéndoles derechos humanos colectivos a sus comunidades autónomas, sirviendo ello de precedente normativo para muchos países, sobre todo los latinoamericanos.

Todo este movimiento de ideas ha dado lugar a un nuevo paradigma en el Derecho Constitucional contemporáneo, cual es el reconocimiento del **pluralismo jurídico**; es decir, al reconocimiento de la coexistencia de dos sistemas jurídicos, uno de ellos, el positivo creado desde la estructura Estatal -desde arriba hacia abajo por el Estado-, y el otro, el indígena, que emerge del seno de la comunidad indígena y de los valores ancestrales sobre los cuales se identifican -elaborado de abajo hacia arriba por los propios pueblos indígenas-, aceptándose de esta manera la cohabitación entre el derecho positivo del Estado y el consuetudinario y ancestral de los pueblos indígenas (véase Bronstien, Arturo. 1999. Memoria del Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y los Pueblos Indígenas).

La aceptación del *pluralismo jurídico* supone el respeto por la diversidad cultural en condiciones de auténtica igualdad entre todas las entidades culturales; por lo que en este sentido, como bien lo expresa López Bárcenas, Francisco, 1999, tenemos que aceptar que todas las formaciones sociales viven en el presente y en el mismo espacio, sin que sea válido hablar de culturas atrasadas o avanzadas.

El reconocimiento de la *diversidad cultural* no se reduce a la aceptación de sistemas jurídicos diferentes, sino también implica una manera distinta de comprenderlos e interpretarlos en función del respeto a la **diversidad epistemológica**; ello incluye tanto el reconocimiento de nuevas racionalidades y valores, como también la plena validez y vigencia de las religiones, creencias y/o espiritualidades de las culturas indígenas. Es decir, se trata de introducir un principio de igualdad entre los *sistemas de conocimiento* de los pueblos indígenas a partir de sus diferencias, vale decir, se trata de la construcción de un nuevo sentido común epistémico (véase Gutiérrez García; Erick. 2011. Op. Cit.).

A modo de ejemplo, no se puede desconocer, a los efectos de emitir el pronunciamiento en la presente acción de amparo, la apreciación de la realidad que tienen los indígenas Warao, a partir

de su cultura, religión y cosmovisión. En este sentido, se aprecia del Informe socio antropológico, elaborado por la Antropóloga Liliana Morales, y cursante en autos, que:

Para los Warao el mundo está en un eterno y delicado equilibrio entre el hombre, la naturaleza y los seres sobrenaturales (Heinen, 1988: 664). Razones por las que se hace imperioso el actuar constante para restablecer este equilibrio. Así a cada acción de interferencia del hombre sobre la naturaleza corresponde una compensación. Y los seres sobrenaturales requieren que se les aplaque con ofrendas y cualquier disturbio de orden social requiere su kuanobe, o su recompensa.

La visión del Warao es la de un mundo en armonía con la naturaleza y los seres sobrenaturales, opuesta a la visión de la cultura agrícola y patriarcal de los pueblos de tradición judeo-cristiana, donde el lema es dominar a la naturaleza.

Por medio de la cosmología Warao y de sus relatos míticos se puede apreciar, cómo éstos perciben el mundo, cómo son las normas que rigen este mundo, cuál es el lugar del Warao en el mundo y cómo el Warao se organiza dentro de él.

(...)

Dentro de esta mirada Warao, (...), se piensa que el mundo está constituido por diferentes seres (arao) que representan las diferentes especies de la flora y la fauna etc. Y en él residen, los seres sobrenaturales que en sí mismos constituyen sus "propios mundos" pero que también forman parte de este de una forma muy real.

La capacidad de estos seres para comunicarse, reproducirse, y transformarse de uno en otro cuando así lo desean, pone de manifiesto un concepto fundamental que interpreta la vida (arao) como lo primordial y (atejo) como lo accesorio. Por lo tanto, lo importante, no es tanto identificar cada ser por especie sino el poder identificar y ubicar las distintas "aglomeraciones" a las que pertenecen, poder identificar los diferentes grupos de seres (comunidades ecológicas) y las normas por las que se rige su comportamiento y los mecanismos que garantizan el cumplimiento de las mismas (Ayala 2001: 253).

(...)

Los Warao tradicionalmente son seres no violentos y las normas que estas "madres" inculcan a sus respectivas familias en macro, aparte de ser claras y sencillas, son reglas dirigidas a evitar la violencia, entendiendo esta como todo aquello que conlleve la eliminación de un ser. Sin embargo, para muchos seres es preciso cazar para sobrevivir, por ello, las normas permiten la cacería, siempre y cuando que esta no se de entre miembros de la misma familia, algo que está prohibido y no es aceptado. Cada familia es consciente de esta ley, y a pesar de que la aceptan, cada "madre" instruirá a su "prole" para que eviten ser víctimas de un depredador de otra familia.

La misma ley que permite la cacería entre diferentes familias, simultáneamente, prohíbe que esta actividad se ejecute en exceso (sobreexplotación). Si esto ocurriera, si una madre considerara que los suyos están siendo exterminados su reacción sería contundente, mudándose a otro sector dejando a la familia del infractor sin ese recurso, de forma que estos se quedarían sin alimento y enfermarían. Lo fundamental de esta concepción del mundo que les rodea es que la conformidad no garantiza una vida libre de carencias y violencia, lo que asegura es una supervivencia de acuerdo al equilibrio dictado por el ambiente en el cual todos participan (Ayala 2001:254-255).

Asimismo, es de resaltar, tal como se aprecia de la Guía Pedagógica para la Educación Warao Intercultural Bilingüe (2004), elaborada por el entonces Ministerio de Educación y Deportes, hoy Ministerio del Poder Popular para la Educación, que el sistema educativo imperante en la cultura indígena Warao, responde, entre otras, a las siguientes interrogantes:

¿Para qué se educa al warao?

El warao educa a sus hijos para que sea trabajador, para que respete a los ancianos, a los suegros, para que tenga conuco, que sepa buscar comida. Un warao trabajador no se muere de hambre. Un papá warao educa al hijo, lo corrige, a veces con palos de mamure. Un warao de ocho o nueve años, antes de ir a la escuela ya ha sido educado por su papá.

Se educa para ser un buen warao, respetuoso, adaptado para vivir en su tierra.

Decían los abuelos que hay que portarse bien con todos los warao, con las plantas, con los animales, de esto depende la salud, se aprende a no destruir la naturaleza, son enseñanzas de conservación, de salud, de buenas relaciones. Cuando el wisiratu toca la maraca, especifica el espíritu del árbol al que no se le pidió permiso para pasar.

A las mujeres se les enseña a cuidar a la familia, ya que el cuidado de ellas mismas, a través del cumplimiento de las normas garantiza la salud y la sobrevivencia.

Si la Educación Intercultural Bilingüe se da como tiene que darse, el pueblo warao será el mejor del mundo. Respeto a la vida, a la cosa ajena, a la naturaleza, se solucionará el problema del hambre y del desempleo; un warao que siembre bastante ocumo, tendrá alimento para vender y satisfacer otras necesidades como la vestimenta.

¿Qué valores se enseñan?

El respeto a los demás y a los mayores, Solidaridad, Aprecio al conocimiento, Amor al trabajo, Valentía y Hospitalidad.

En los términos arriba indicados, es como la Sala entiende el reconocimiento que hace la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de las culturas de los pueblos originarios o indígenas ubicados en el territorio nacional. La Sala destaca que, por primera vez en la historia republicana, el Estado venezolano reconoce en su Carta Magna que es una nación multiétnica, pluricultural y multilingüe.

En efecto, en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, se señala:

...como consecuencia de esta lucha y de sus particulares condiciones de vulnerabilidad, los derechos de los pueblos indígenas han sido reconocidos internacionalmente como derechos específicos y originarios.

Este mismo reconocimiento en la Constitución implica un profundo cambio de perspectiva política y cultural que reorienta la conducción del Estado venezolano, al reconocer su carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe.

En el seno de los diferentes ordenamientos jurídicos latinoamericanos se han realizado notables esfuerzos en el avance, reconocimiento y profundización de los derechos de los pueblos indígenas, tanto en el ámbito legislativo como en el constitucional. En este sentido, es importante destacar que la mayoría de las constituciones latinoamericanas actuales establecen principios claros sobre los derechos de los pueblos indígenas, como un reconocimiento a la diversidad cultural de América Latina...

De modo que, el Estado venezolano reconoce expresamente la existencia del derecho ancestral de las etnias o pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional, al aceptar, como característica de su política social, el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe, tal como se prevé en el contenido del artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la siguiente manera:

El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida...

Ahora bien, el carácter pluricultural aceptado en la Constitución de 1999, conlleva necesariamente a superar la concepción tradicional monista del Derecho, permitiendo la incorporación del pluralismo jurídico o legal, que reconoce la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio, bajo la rectoría única del texto constitucional como vértice final de ambos sistemas. En la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, participó en la elaboración originaria del proyecto de la Constitución, la representación social de ambas realidades culturales; la representación indígena fue conformada por el uno por ciento (1%) de la población total del país, según se lee de las Bases Comiciales para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente.

De allí entonces que el principio de coexistencia y cohabitación de ambos regímenes jurídicos tiene los alcances previstos en el artículo 260 constitucional, que a la letra dice:

[]Las autoridades legítimas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a [esta] Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional.

Es decir, la propia Constitución hace énfasis en las reglas que se han de seguir para la armonización de los dos sistemas jurídicos: 1) el derecho originario indígena se aplica: a) dentro del hábitat, b) con base en sus tradiciones ancestrales, y c) a los integrantes de su comunidad; y 2) el alcance de derecho originario indígena se limita en el caso de contrariar la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela, la ley y el orden público. Con una aclaratoria adicional y es el derecho a la participación política de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 125 constitucional; y en razón de la cual el Estado garantiza la participación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes en la entidades federales y locales con población indígena.

Se trata, insiste la Sala, de una integración al ordenamiento jurídico general cuyo vértice final está en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que se aclara en el artículo 126 constitucional que:

Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano, como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tiene el deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional.

El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.

Tales premisas constitucionales deben ser tomadas en cuenta por esta Sala Constitucional, y con carácter vinculante para todos los Tribunales de la República, a los fines de adoptar sus decisiones en resguardo de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional.

ALCANCE Y CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO ORIGINARIO O CONSUETUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como la Sala señaló *supra*, a pesar de que el Estado venezolano reconoce la existencia del derecho originario o prehispánico de los pueblos indígenas (consuetudinario y ancestral), contenido en la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, debe aplicarse dentro de los parámetros constitucionales establecidos en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que es conforme con el artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT, que a la letra dice:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

En la legislación venezolana se observa que el artículo 131 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas del 2005, define el derecho originario o consuetudinario indígena en los siguientes términos:

El derecho indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, uso y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derecho y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno.

De este modo, la ejecución del derecho propio de los pueblos indígenas no puede ser incompatible con los derechos fundamentales definidos en el ordenamiento jurídico constitucional, por lo que ha resultado necesaria una coordinación jurídica entre los dos sistemas normativos, todo ello en razón de que la vigilancia por el respeto de los derechos humanos le compete al Estado a través de sus distintos Poderes Públicos. Ejemplo de ello, es que el reconocimiento de los pueblos indígenas, así como la existencia de su derecho, también es de la competencia del Poder Nacional como lo estableció la Sala en la sentencia N° 597, del 26 de abril de 2011, caso: Carlos Baralt Morán y otros, en los siguientes términos:

(...)

cuando la Constitución reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida -artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, no postula una competencia excluyente del Poder Nacional en la tutela de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Ciertamente, existe una gran cantidad de normas constitucionales vinculadas con la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, entre las cuales se deben destacar el reconocimiento de los idiomas de los pueblos indígenas como idiomas oficiales, en los siguientes términos: “Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben

ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad”; en el artículo 120, se garantiza el aprovechamiento racional de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas, al señalarse: “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley”; el artículo 123, que establece “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral”; el “artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; (...) la de los pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos (...);” o el artículo 166 que dispone que “En cada Estado se creará un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, presidido por el Gobernador o Gobernadora e integrado por los Alcaldes o Alcaldesas, los directores o directoras estatales de los ministerios; y una representación de los legisladores elegidos o legisladoras elegidas por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los concejales o concejalas y de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere. El mismo funcionará y se organizará de acuerdo con lo que determine la ley”, entre otros artículos como el 169 y 181, respecto a la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponde a los municipios con población indígena y la exclusión de las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas de la calidad de ejidos.

Correspectivamente, desde una perspectiva del ordenamiento jurídico de rango legal, existe igualmente un régimen jurídico especial vinculado a los pueblos indígenas -vgr. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas- que permiten afirmar que los derechos de los pueblos y comunidades indígenas trascienden la simple garantía de representación indígena en los cargos de elección popular, como la Asamblea Nacional, Consejos Legislativos, Concejos Municipales, y Juntas Parroquiales Comunes en los Estados con población indígena o en cualquier otra instancia tanto en el ámbito nacional, estatal y parroquial, de conformidad con las leyes respectivas, así como en los órganos parlamentarios internacionales.

Ciertamente, la retícula normativa vinculada con las comunidades indígenas, postula un régimen estatutario que no sólo permite integrar a las mismas a la vida social, económica y política de la República, sino que además al reconocer la importancia de su existencia y conservación para el Estado, comprende el necesario cumplimiento por parte de los órganos o entes del Estado creados en cualquiera de sus niveles político-territoriales, el deber de lograr los cometidos nacionales conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al resto del ordenamiento jurídico aplicable.

Además, la Sala destaca que la coordinación que debe existir entre la Jurisdicción Especial Indígena y el derecho estatal, debe atender al *principio de legalidad*, como lo señala literalmente el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que la coordinación de los distintos sistemas jurídicos es de reserva legal, ya que la ley es el único instrumento jurídico que desarrolla esa coordinación (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, entre otras), sin menoscabo de que la Sala Constitucional, como máxima y última intérprete de la Constitución, complementa los vacíos legales o legislativos, en el ejercicio de la jurisdicción normativa que tiene atribuida la Sala Constitucional (véase la sentencia de esta Sala N° 1325 del 4 de agosto de 2011).

De modo que, la Sala establece, con carácter vinculante, que **el derecho originario o consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas se encuentra integrado al ordenamiento constitucional vigente, y por ende, no puede ser contrario, a las normas, reglas y principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

En definitiva, el derecho propio y originario de los pueblos indígenas integra el ordenamiento jurídico y, como tal debe estar enmarcado en los principios, reglas y derechos contemplados en

la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; así como en el respeto del *bloque constitucional*, el cual contiene los distintos pactos, tratados y acuerdos internacionales ratificados por la República. Se trata de brindar cobertura constitucional al hecho de que el sistema jurídico de las comunidades indígenas está integrado a la vida social, económica y política del país, tal como lo señala la Carta Magna; lo cual implica que dentro de su proceso evolutivo, el derecho originario consuetudinario indígena, hoy día no escapa de las garantías que el Derecho Constitucional impone para el respeto de la condición humana.

En efecto, el derecho propio originario de los pueblos de indígenas no es hoy el mismo de otrora, por cuanto los problemas o fenómenos sociales que se presentan en las diversas etnias indígenas también se han transformado con el transcurso del tiempo, y no puede ser ajeno a la complejidad del *"espíritu del tiempo"* (Zeitgeist), lo que obliga a los integrantes de las comunidades indígenas a adoptar, si es posible, nuevas posturas ante la ocurrencia de nuevas situaciones.

De ello se deja constancia, respecto de la Comunidad Indígena Warao, en el Informe socio antropológico que cursa en los autos consignado por la testigo experta juramentada por la Sala, antropóloga Liliana Morales, de donde se extraen los siguientes párrafos:

(...)

la aculturación, pues da elementos que nos permite, entender no sólo la situación actual de este pueblo indígena, sino que comprender el proceso de transformación profunda cultural que se ha dado en el seno de esta sociedad, y por lo que me arriesgo a hablar de una cultura profundamente perturbada y que como consecuencia pudiéramos hablar de un pueblo en peligro, cuyas normas, comportamiento y tradiciones se encuentran amenazadas por la explotación constante y masiva, los políticos que desde Tucupita nombran las autoridades en las comunidades destruyendo su propia organización social y política, la corrupción administrativa, funcionarios del gobierno incompetentes, la utilización de la mano de obra Warao, la introducción de salarios y monetarización de la economía y de principios criollos que causan una suerte de desintegración cultural.

A las transformaciones introducidas por el contacto con los misioneros, criollos, aventureros, comerciantes entre otros, al establecerse en la región del delta los primeros asentamientos de personas de ascendencia europea o criollos, a partir del siglo XVII, pero principalmente en el siglo XVIII.

Pero es a partir del siglo XX y desde hace un poco más de noventa años, que el pueblo Warao se enfrenta a incesantes y profundas fuentes de cambios culturales y sociales, representadas por las misiones religiosas en un primer momento, y luego por la sociedad criolla local y nacional. Y como consecuencia de todo, la desintegración de una cultura indígena.

Aunque desde hace muchos años la sociedad Warao ha tenido relación directa con la sociedad Criolla o Nacional, sobre todo al integrarse, en algunas tareas, a la vida económica nacional, los Warao han logrado mantener y difundir los valores fundamentales de su cultura y preservar su autonomía como grupo indígena. Si bien es cierto que en la actualidad los jóvenes Warao, parecieran preferir el trabajo asalariado en los aserraderos o desarrollar actividades agrícolas no tradicionales, en participar en la explotación industrial del palmito y en asumir cargos públicos en calidad de maestros y enfermeros, creando una dependencia con los sectores criollos.

De esta manera, las actividades de reportan ingreso monetario han desplazado a las actividades de subsistencia tradicionales. Y esa dependencia por obtener algunas monedas es directamente proporcional con el abandono de las formas tradicionales de producción y por supuesto, al final con la organización social y política.

En los últimos años se ha observado un resquebrajamiento de las pautas tradicionales del parentesco y de los deberes parentales, debido al interés, cada vez más grande de los jóvenes por obtener un empleo en empresas e industrias que explotan la zona. Esto ha traído consecuencias drásticas en la familia Warao, ya que los hombres han adquirido nuevas responsabilidades que han suplantado las tradicionales. Además, cabe destacar la presencia cada vez mayor de indígenas Warao en zonas urbanas como Tucupita y Barrancas, donde ejercen oficios muy mal pagados, llegando algunos a la indigencia.

La fragmentación de los sistemas sociales indígenas, inducida directa o indirectamente por el contacto permanente con el entorno no indígena, perturba los sistemas tradicionales de socialización de la infancia, lo que repercute negativamente tanto en la transmisión del saber cultural propio de cada grupo, como en la construcción de las identidades principalmente en contextos urbanos y peri/urbanos.

Además, de modo complementario, la Sala hace notar que, conforme al principio de la supremacía de la Constitución, lo señalado en la Carta Magna debe ser considerado como norma fundamental del Estado, por lo que toda normativa existente en Venezuela debe estar subordinada al Texto Fundamental y, en ningún caso, puede contrariar su contenido, facultándose al Juez o Jueza a ejercer el control difuso de la constitucionalidad y a desaplicar la norma contraria a la Constitución (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Así se declara.

DEL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES ADVERSADAS CON EL AMPARO

En el caso *sub iudice*, la defensa pública penal del legitimado activo intentó la presente acción de amparo constitucional contra dos decisiones, a saber: la dictada, **el 23 de noviembre de 2009, por la "Jurisdicción Especial Indígena"**, mediante la cual condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de homicidio intencional, y la dictada, **el 2 de diciembre de 2009, por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro**, que revisó, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial, ordenando su ejecución.

El hecho sometido al procedimiento especial indígena se refiere, según se desprende de las actas que conforman el expediente, a que, presuntamente, el niño indígena Warao, cuya identidad se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, le ocasionó la muerte al ciudadano Lucio Romero, quien también era un indígena Warao, en la comunidad indígena de Boca de Atoibo, del Estado Delta Amacuro, el día sábado, 19 de septiembre de 2009.

Ahora bien, con relación a la decisión proferida por la "Jurisdicción Especial Indígena", la Sala observa, en primer lugar, que la misma fue elaborada, en principio, conforme a los parámetros legales establecidos en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; esto es, según los criterios de competencia establecidos en el artículo 133 de esa Ley especial.

En efecto, el procesamiento del niño indígena Warao cumplió con el criterio de competencia territorial, por cuanto se trató de un hecho acaecido dentro del hábitat y tierra de la etnia Warao ubicada en el Estado Delta Amacuro; con el criterio de competencia personal, por tratarse el sujeto activo –así como el pasivo– de un integrante de la Comunidad Indígena Warao; y con el criterio de competencia material, que se refiere a que "[l]as autoridades legítimas tendrán competencia para conocer y decidir sobre cualquier conflicto o solicitud, independientemente de la materia [de] que se trate. Se exceptúa de esta competencia material, los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión".

Respecto del criterio material de competencia citado, y como una excepción adicional, cabe invocar el criterio, con carácter vinculante, de esta Sala Constitucional sobre la competencia de los Tribunales de Violencia Contra la Mujer para conocer, en los casos en el que sujeto pasivo sea una mujer, los hechos punibles cometidos por cualquier indígena, en la sentencia N° 1325, del 4 de agosto de 2011, caso: *Carlos Eduardo Ramos Vargas*:

Preliminarmente, visto que el amparo de autos fue interpuesto por el defensor del ciudadano Carlos Eduardo Ramos Vargas, quien es indígena, perteneciente a la "Comunidad Indígena Chaima", y fue imputado por la presunta comisión de los delitos de violencia física y amenaza en perjuicio de la ciudadana Emereida del Valle Faría Sabolla (no indígena), esta Sala estima pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

Es innegable, el reconocimiento que se ha hecho a través de instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales, de la existencia de los pueblos indígenas, sus costumbres, tradiciones, cultura, y modos de resolución de conflictos entre otros aspectos, todo ello atendiendo a la evolución socio cultural de los pueblos y la necesidad de crear normas que permitan la integración y coexistencia de los habitantes de un entorno geográfico y socio político, con garantías propias de la dinámica de la vida en sociedad, sin menoscabo de la identidad de cada grupo que la integra.

(...)

Ello así, la Sala considera que [las] disposiciones legales vigentes en Venezuela deben ser aplicadas por las autoridades del Estado venezolano, pues constituyen inequívocamente el reconocimiento y existencia de la Jurisdicción Especial Indígena, regida por sus tradiciones ancestrales y propias respecto de los miembros de sus comunidades, debiendo entenderse actualmente esta jurisdicción no desde el punto de vista formal, tal y como está estructurado el ordenamiento jurídico y jurisdiccional ordinario, sino como un conjunto de tradiciones y pautas étnico-culturales que lo rigen y que no han sido creadas por las leyes venezolanas ni internacionales, sino que por el contrario, han sido reconocidas por éstas. Son de esta manera, normas consuetudinarias que coexisten con el ordenamiento jurídico formal, y que tienen regulaciones para su aplicación, amén de dicha convivencia jurídico legal, no significando ello que tales sujetos de derechos están excluidos de los deberes, derechos y garantías constitucionales presentes en los procedimientos ordinarios en materia de resolución de conflictos.

Con atención a ello, si bien es cierto que la Jurisdicción Especial Indígena existe y es reconocida por el ordenamiento jurídico patrio, siendo de aplicación preferente en ciertos casos, no es menos cierto que tal aplicación está delimitada igualmente, tanto por los Convenios Internacionales como por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes especiales.

A este tenor, el artículo 8, numeral 2 del señalado Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes dispone:

“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

En este sentido, el ya citado artículo 9 numeral 1° del Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya citados supra, establecen que se podrá aplicar la usanza, práctica o costumbre indígena tradicional para la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público.

En la caso de autos, el Ministerio Público imputó al ciudadano Carlos Eduardo Ramos Vargas, por haber cometido presuntamente los delitos de violencia física y amenaza, están previstos y sancionados en los artículos 41 y 42 de la vigente Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por lo que estamos en presencia de uno de los delitos de violencia de género, cuya Ley Orgánica en su artículo 115 establece: *“Corresponde a los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme a lo establecido en esta Ley, las leyes de organización judicial y la reglamentación interna”*; por lo que la Sala considera que la tutela del bien jurídico de la dignidad de la mujer y la libertad sexual, establecidos en la Ley Especial de Violencia de Género, es de especial resguardo y protección por el Estado Venezolano, con independencia de las características de los sujetos involucrados en el delito, siendo por tanto, que el monopolio de la jurisdicción para el juzgamiento de estos delitos lo tienen los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Ello se reafirma del párrafo único del artículo 71 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuando establece: *“Los pueblos indígenas constituirán órganos receptores de denuncia, integrado por las autoridades legítimas de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, sin perjuicio que la mujer agredida pueda acudir a otros órganos indicados en el presente artículo.”*

Así entonces, el propósito del legislador con esta disposición es que las autoridades legítimas de los pueblos indígenas sean solo órganos receptores de denuncia, siempre y cuando la mujer indígena víctima así lo estime, pero la Ley Especial no le da facultad jurisdiccional, por lo que lo que en materia de delitos de violencia de género la jurisdicción especial indígena está limitada por las disposiciones previstas en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, lo que está en consonancia con el artículo 9, numeral primero del Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, supra citados, según los cuales se podrá aplicar la usanza indígena tradicional para la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público.

Con base en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas,

esta Sala –con carácter vinculante- reafirma la competencia de la jurisdicción especial en materia de género para el juzgamiento de los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, con independencia de que el sujeto activo sea un ciudadano indígena, y en consecuencia los delitos catalogados como de violencia de género, deben ser investigados incluso de oficio por los tribunales especializados con competencia en violencia de género. Así se decide.

De manera que, la Sala observa que en el caso bajo estudio no se encuentra comprometido el aspecto competencial por la materia, toda vez que los hechos sometidos a la “Jurisdicción Especial Indígena”, consistieron en la muerte causada por un niño indígena a un adulto indígena, lo cual no se corresponde con las excepciones referidas, por lo que la Sala reconoce la competencia establecida en el artículo 133 de la Ley especial.

Además, la Sala precisa que la aplicación del artículo 549 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, referido al deber del Juez o Jueza especializado en materia de responsabilidad penal del adolescente de observar, en el proceso penal del adolescente del derecho formal, los usos costumbres pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas en el proceso, sólo es posible cuando no se encuentren cumplidos los criterios de competencia establecidos en el artículo 133 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, esto es, cuando un adolescente indígena haya cometido un hecho punible en un lugar distinto de su hábitat o los delitos sean aquellos que dicha disposición normativa establecen deben ser juzgados por el derecho formal u ordinario. Así se declara.

Ahora bien, **a pesar de que la competencial material, personal y territorial no se encuentra infringida en el presente caso**, la Sala constata, de las actas que conforman el expediente y de los testimonios realizados por los testigos expertos en la audiencia constitucional celebrada el 26 de julio de 2011, que la decisión dictada el 23 de noviembre de 2009, por la “Jurisdicción Especial Indígena”, mediante la cual se condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de “homicidio intencional”, contiene un vicio de índole constitucional, al comportar ese pronunciamiento la violación del principio del juez natural, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al apartarse de las prácticas ancestrales propias de la cultura indígena Warao, respecto de las autoridades indígenas legítimas llamadas a conocer los conflictos planteados entre sus miembros.

En efecto, la violación del principio del juez natural en el presente caso tiene como fundamento, las siguientes consideraciones:

De acuerdo con el estudio socio antropológico de la Comunidad Warao que cursa en autos, los problemas que se presentan en las etnias indígenas, “son resueltos por las autoridades que por tradición, costumbres y prácticas culturales, son consideradas como legítimas por los habitantes de la respectiva comunidad o pueblo indígena”, lo que se conforma con el contenido del artículo 260 de la Constitución.

En ese sentido, se señala que “La autoridad indígena estará representada por la persona (hombre o mujer), grupo o asamblea que designe el pueblo o comunidad indígena conforme a sus usos y costumbres: el Cacique para los Yukpas y Barí, el Capitán para los Kariñas y el pueblo Pemon (sic), el Pütchipü ´ü o “palabrero guajiro” para los Wayuu y los Aidamos para el pueblo Warao, a modo de ejemplo”.

Asimismo, se destaca en el referido Informe que “Para ejercer la facultad de aplicar justicia a los miembros de su comunidad, las autoridades indígenas aplican principios generales o normas de control social de acuerdo a su contexto cultural, que suponen pruebas y argumentos, y cuyo fin es dar una respuesta satisfactoria –razonable y definida internamente– a las partes en conflicto o administrados”.

Se precisa que “Los pleitos y diferencias que afectan a la comunidad se resuelven mediante la llamada monikata, o asamblea de los miembros mayores de la misma, que analiza y soluciona en reuniones que pueden durar desde horas a días, las situaciones de conflicto que pudieran surgir eventualmente entre los miembros. También sirve para decidir estrategias de subsistencia, viajes y asuntos legales con las autoridades o instituciones venezolanas... [y que] entre los Warao, no existe la figura del “cacique indígena”.

Al respecto, se acota que el “AIDAMO” (definido como Señor o Jefe por el Diccionario Warao Castellano, realizado por el Padre Barral y editado por la Universidad Católica Andrés Bello y Hermanos Menores Capuchinos, Caracas, 2000), tiene como principal actividad “la aplicación del derecho consuetudinario Warao”, el cual se basa “...en el dialogo, el trabajo comunitario, la humillación pública, la indiferencia y el exilio o destierro a los miembros del grupo que cometen un hecho punible. El tipo de pena

depende de la gravedad del hecho. Pues, para el Warao la justicia se fundamenta en el restablecimiento del daño, la resocialización del infractor y la protección de la comunidad y restauración de su integridad”, y que todo ello se aplica a través de una “monikata, o asamblea de los miembros mayores de la misma, que analiza y soluciona en reuniones que pueden durar desde horas a días, las situaciones de conflicto que pudieran surgir eventualmente entre los miembros”.

De manera que “La monikata es una institución de consejo de ancianos y de la comunidad, la meta o el fin es plantear un problema con miras a lograr la armonía y el diálogo no termina hasta que se haya encontrado una solución, donde todas las personas involucradas salgan satisfechas y quienes tienen más voz son los hombres ancianos, poseen mayor autoridad y la norma a seguir es que todos salgan satisfechos”.

Así pues, la Sala destaca que la Comunidad Indígena Warao tiene definida cuál es la autoridad legítima y competente para resolver los conflictos en su derecho originario o propio; y además, los mecanismos de solución del conflicto. La autoridad legítima y competente en la etnia Warao para dilucidar todos los conflictos según el derecho consuetudinario indígena es el Aidamo, quien ejerce su función jurisdiccional a través de una *Monikata*.

Tales afirmaciones fueron ratificadas por los distintos testigos expertos juramentados por la Sala, cuyas testimoniales fueron evacuadas en la celebración de la audiencia constitucional celebrada el 26 de julio de 2011, a saber:

La Antropóloga Bernarda Escalante, expresó, entre otras cosas, lo siguiente:

...que nunca he oído hablar de Caciques indígenas [en el Delta Amacuro]...no sé si son autoridades tradicionales o son autoridades nombradas desde afuera...cuando digo desde afuera digo desde la autoridad regional...cuando nombran a los Comisarios...la autoridad tradicional según la tradición indígena viene dada por el jefe de una comunidad...en la comunidad vive el esposo, la esposa, los hijos solteros, las hijas solteras, las hijas casadas con sus respectivos esposos y los nietos...es una familia extendida y el jefe, hablamos en castellano, en Warao se le llama el Aidamo y él es el que tiene autoridad absoluta en la Comunidad...los varones que se casan van a vivir a otra comunidad y dependen de otro Aidamo y dentro de la comunidad en donde se solucionan los conflictos...no es que llamen gente de afuera, la propia comunidad con el Aidamo al frente es quien soluciona los conflictos...cuando el conflicto ocurre entre dos comunidades la solución del conflicto se lleva a cabo en conversación en Asamblea, la famosa Monikata, que es la reunión para solventar conflictos, llegando a acuerdos...nunca he visto que Aidamos de otras comunidades...a solucionar problemas de una comunidad sola o al menos de dos...en el caso que nos toca...no he visto que...el conflicto se haya solventado dentro de la propia comunidad y que ninguna de las dos partes, la agresora y la agredida, hayan tenido la oportunidad de reunirse para solventar el problema de acuerdo a la tradición...

Asimismo, la antropóloga Liliana Cabrujas Morales refirió lo siguiente:

...de acuerdo a la literatura antropológica y escrita hasta ahorita son los Aidamos los representantes y autoridades tradicionales en las comunidades indígenas...son ellos los que resuelven los conflictos...esta figura del Aidamo, que es el anciano de la comunidad, viene dado en ello el liderazgo no por el poder que puedan tener sino por el respeto y la autoridad que se han ganado ante la comunidad y ante cada uno de sus miembros, lo cual es importante que sepamos que no son nombrados o elegidos, la autoridad es dada... los miembros saben que es él el jefe...de acuerdo a toda la literatura antropológica e histórica y que se ha recopilado, los Waraos no tienen la pena de la cárcel por lo cual nos parece realmente que no está dentro de las tradiciones indígenas la cárcel ni mucho menos veinte años de prisión...ellos tienen su sistema punitivo que viene dado a través de la Monikata...esta Monikata y esta actuar durante dos días tres días consecutivos es para lograr recuperar la armonía que la Comunidad tenía...el aidamo es la figura que preside la asamblea, esta Monikata, donde se llega hasta que todos estén conformes con la decisión que se tome...son tanto el agredido como el agresor y la familia de cada uno de ellos, al final, el último objetivo de esta Monikata es llegar realmente a un consenso y es a través del diálogo y no a través del castigo, y sin al final hay que someter a un castigo ellos tienen un sistema punitivo...que nunca es la cárcel.

El antropólogo Werner Wilbert, expuso lo siguiente:

La cultura Warao responsabiliza al individuo directamente por sus acciones...cuando hablamos de conocimientos ancestral y tradiciones ancestrales tenemos que los Waraos tienen en el Delta como siete mil quinientos años porque hablan cuando Trinidad estaba conectada a tierra firme...el contenido de su memoria son los mitos y el folklore...folklore y mitos no son cuentos...son las relaciones empíricas e interre-

laciones socio culturales de un entorno socio ambiental, por lo tanto demuestran ejemplos de comportamiento, ejemplo de eventos y cómo fueron solucionados y no solucionados...con respecto a delitos y penas impuestas los mitos demuestran que en la época mitológica los Waraos se consiguen en el morichal una cesta de comida que no era suya tenían hambre y todos menos uno comió de la comida, vino el espíritu que era dueño de la comida y arrancó los ojos de los que comieron de la comida, menos a aquél que no comió la comida, es un castigo exagerado, sumamente exagerado, pero el niño que escucha a través de la inculturación, son cuentos que cuentan todos los días, los viejos empiezan a contar y los niños oyen, es un mensaje claro que robar es malo, robar no se tolera, no te van a sacar los ojos...pero tiene claro que es seria la consecuencia...otro caso, infidelidad...hay un hombre que en tiempo mitológico descubre que su esposa estaba con otro hombre, él mata al otro hombre, consecuencia: el se convierte en garza y sale de la aldea -exilio- el asesinato no es una medida aceptada...algo real, en cuento de infidelidad entre un muchacho y una mujer, el castigo en tiempo real es que pone la mujer en el centro del palafito, no la castigan, le pegan, nada, todos los que pasan saben porque ella está sentada allá, es humillación...sin violencia para controlar la comunidad...al hombre lo amarran por los tobillos y suben un mecate por una viga y dejan los hombros por el suelo...es humillación, porque no pueden deshacerse del hombre porque en la aldea solo hay cincuenta personas...doce hombres y doce mujeres, es un equipo indispensable...casos más serios...cuando hay algo sumamente serio...Najakara...es el enfrentamiento entre el agresor y un defensor, por ejemplo alguien insulta a la esposa de uno dejando un símbolo fálico en el camino de su conuco, la mujer se queja con su esposo, su esposo reta a la persona, abren una cancha como media cancha de tenis...forman dos escudos... la idea es empujar uno a otro fuera de la cancha, el que salga de la cancha pierde, si es el agredido que es botado fuera sucede nada, el delito no se castiga...pero si el bota a la persona que fue el agresor tiene que dejar la aldea también...eso quiere decir el exilio...es una sociedad y una cultura que controla su sociedad a través de una moral donde casos como el presente son tan escasos que Warao matando a Warao creo que pueden contar con una sola mano en treinta años...el Warao si ha tenido un impacto de nuestra cultura...el impacto no es solo la cultura material sino el dinero, hay muy poco empleo y hemos convencido que el Warao ahora tiene que andar vestido...ahora cuando antes había que hacer una casa los primos se juntaron los yernos se juntaron y construyen la casa, ahora se cobran unos a otros, si uno no tiene, no trabaja...entonces la reciprocidad balanceada que tenía la Comunidad está empezando a desmoronarse por el dinero...con respecto a la violencia...las películas que ven los muchachos...la violencia desmesurada es absolutamente insólita y si tienes un muchacho que escucha un mito y lo toma como verdad, al ver la pantalla se pregunta si es verdad o un cuento...pero lo que se ve es que el muchacho la violencia como una alternativa viable...el ambiente moderno trae al muchacho Warao como una alternativa para resolver un problema que antes no se veía”.

El abogado Julio Ávalos, sostuvo:

Sabemos que los Aidamos se reunían o se reúnen tradicionalmente para resolver este tipo de controversias...hay otras autoridades de más reciente data producto del contacto con la cultura occidental, no es que no sean autoridades sino que son otro tipo de autoridades...y la Constitución en el artículo 260 ha dicho que son las autoridades tradicionales las que están facultadas para emitir este tipo de juicio, de tal suerte que no se está desconociendo la autoridad de los Waraos si se dice que un Cacique o un Comisario o un Fisikari ... cualquier otro tipo de autoridad lleva a cabo una acción de autoridad pero no es la autoridad tradicional y por lo tanto no es la legitimada para proceder como lo hizo el presunto tribunal especial indígena en este caso...quiero hacer notar que de la lectura del acta [de juicio indígena] no se desprende realmente de que los indígenas que participaron en aquella sesión hubiesen realmente realizado un proceso para juzgar al joven Warao...de la lectura del acta más bien se desprende que se inhibieron de hacerlo, reiteradamente varios de los Caciques que se mencionan en esa reunión solicitan la intervención de un proceso judicial para juzgar al joven Warao...en mi concepto lo que han hecho los Caciques ha sido inhibirse y proponer una pena de veinte años de prisión...hay dos elementos primordiales para poder hablar de un procedimiento jurisdiccional indígena, uno de ellos es el uso de derecho sustantivo indígena y derecho adjetivo indígena...desde el punto de vista adjetivo era necesario poder establecer algunos parámetros para poder hablar del Monikata

Nome Anaka...en ese proceso jurisdiccional que es tradicional entre los Waraos no existe esos elementos...desde el punto de vista sustantivo tenemos que pretendidamente el Tribunal Especial Indígena hizo uso de normas del derecho sustantivo ordinario, eso a mi juicio es tan inadmisibles como que un tribunal ordinario de la República Bolivariana de Venezuela pretendiera hacer uso de norma del derecho sustan-

tivo indígena para juzgar a un indígena...la sentencia es a todas luces inválida...el derecho que tiene que ser aplicado es el derecho tradicional de los pueblos indígenas...la naturaleza de los procesos jurisdiccionales en la tradición Warao han sido históricamente la línea de buscar la conciliación, en la línea de buscar la restitución de los daños causados...en este caso no observamos nada de eso...y eso es un mandato del artículo 234 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas...de lo que estamos hablando en este caso, en mi opinión..., estamos hablando de una especie de conflicto de jurisdicción...en cuanto...un presunto Tribunal Indígena pretende aplicar derecho indígena y erró aplicando derecho ordinario.

Opinión que fue ratificada en su escrito consignado al finalizar la audiencia constitucional.

Por su lado, el abogado Santos López Orta, expresó:

...básicamente me preocupa mucho, porque estas decisiones van a sentar un precedente de cómo hay una relación entre la jurisdicción conocida para nosotros los indígenas como ordinaria y la jurisdicción especial indígena y particularmente lo especial viene dado al reconocimiento de usos, costumbres a un sistema de justicia que se viene ejerciendo consuetudinariamente y que es garantía de salvaguardar el patrimonio cultural de nuestros pueblos...he podido observar de su comportamiento social [del pueblo Warao]...que hay una situación que hay que tener bien clara y es que hay una interculturalidad en que la comunidades son objeto, ellos reciben mucha información que tienen que ver con los medios de comunicación masiva que los pueden impactar algunas veces positivamente si se utiliza como herramienta pedagógicas pero se pueden impactar negativamente de otra y es importante para ese procedimiento particular que se llevó por parte de los Caciques...que esa administración de justicia viene dada, además de estar afuera del ámbito territorial, que no se ejerció, y es un elemento fundamental, viene dada con una carga con una preocupación según lo vemos en el acta de los Caciques, vienen diciéndonos que no tienen manera de manejar de esta problemática que se le están escapando de las manos, todos manifiestan una preocupación, estamos muy preocupados, hay que castigar...y se desprende del acta que ninguna toma la iniciativa de castigar, se puede observar que hay ciertas limitaciones para revisar la situación, hablan del joven como un infiltrado...no vamos a desmerecer de la intención este grupo de responsables de autoridades de la comunidad, pero sin embargo tenemos que tomar en consideración eso, hay que tener conciencia de que hacía falta...conocer la condición social del adolescente y eso no sucedió...

Posteriormente, a la pregunta formulada por los Magistrados de esta Sala, respecto de que si ¿los Caciques de este juzgamiento coinciden con los Aidamos?, la antropóloga Bernarda Escalante respondió en la forma siguiente:

Es la pregunta que yo me hago y me la hago con toda claridad porque hace un mes más o menos...en el penúltimo viaje a Tucupita...yo me reuní con un indígena en la Plaza Bolívar...precisamente haciéndole muchas preguntas...oyendo directamente a los indígenas...y el casualmente, de manera muy espontánea, yo le pregunté qué es eso de Cacique?...me dijo es cierto, los jefes nuestros son Aidamos...de allí viene mi duda, de que si es una autoridad, si se está refiriendo en cada Comunidad de una autoridad reconocida porque es el viejo o suegro, bajo cuya autoridad están sus hijos solteros, hijas solteras, sus hijas casadas, sus yernos y los nietos, son varias familias viviendo juntas o es una autoridad [Los Caciques] impuesta desde afuera...nombrar autoridades desde la autoridad regional trajo muchos problemas porque enfrentó de repente...yo conocí a un Aidamo muy sabio, con mucha autoridad, no poder, mucha autoridad moral, cuyo yerno, un tipo que sabía leer y escribir, era su jefe nombrado desde Tucupita, entonces estaba socavando la autoridad tradicional, porque los Waraos no sabían si respetar a su suegro o si respetar a su conuñado...

Además, la Diputada indígena del Parlamento Latinoamericano, Dalia Herminia Yáñez, quien estuvo presente en la audiencia constitucional y pertenece a la etnia Warao, intervino en la audiencia constitucional a solicitud de la Presidenta de la Sala, con el objeto de responder la siguiente pregunta:

¿Cómo considera en este momento el pueblo Warao lo que ha ocurrido en este proceso, se sienten sorprendidos en lo que ha debido ser una estructura de acuerdo con sus costumbres ancestrales o realmente aceptan que allí ha ocurrido una convocatoria legítima a una Monikata?

A lo que respondió:

En este caso particular...en cuanto al Cacique no es de nosotros pero en cuanto a la organización y la toma de decisión, en este caso particular...es un niño para nosotros...para el Pueblo Warao el niño es niño y no hay adolescencia...la reunión que sostuvieron los Aidamos allí yo no lo comparto, particularmente no lo comparto por dos razones fundamentales: lo que dijo un experto que es una reunión que tiene que

resolver el representante o el jefe de la comunidad, la toma de decisión, allí no pueden entrar los demás Caciques, nombrados bien sea por los curas o por los evangélicos, nada de eso, prevalece la cultura, allí tiene que mandar, la decisión es del Aidamo conjuntamente con esa comunidad...quién convocó la otra reunión que sentencia cincuenta años, eso no es así...si la persona que cometió del delito se encargará el Aidamo y el sabio indígena qué sanción...si la sanción es grave los espíritu se lo va a llevar, no hay agresión, no hay sentencia de cincuenta años, dos tres días verá, el sabio se encargará de esa sanción si el caso es grave, esa es una realidad, porque nosotros vivimos con los espíritus...por otro lado..., el niño que vive dentro de la Comunidad, el niño que pasa ahorita a ser sentencia a veinte años de sanción...no tomaron en cuenta la autoridad de la otra cultura que el niño no sabía hablar castellano...sancionado allí sin un traductor debidamente...por otro lado...los estudios carecen de información...no hubo un buen traductor para poder sancionar de esta manera...hay variante de diversidad...variante dialéctico en los Estado...bajo Delta, medio y alto Delta...no utilizaron la ley de que el Aidamo no tomó decisión... además de la manifestación de la cultura, la sanción del niño...un niño de doce años...si el niño viviera en un barrio...si el niño indígena viviera en un barrio sería diferente del niño que vive dentro de la comunidad.

De modo que, esta Sala precisa que los anteriores testigos expertos y la Diputada Dalia Herminia Yáñez coincidieron, al relatar sus conocimientos sobre la cultura y sistema punitivo de la etnia Warao, en los siguientes aspectos:

1.- Que el pueblo Warao tiene bien definido, por sus costumbres y tradiciones ancestrales, que la persona que debe resolver todos los conflictos que se presentan en una comunidad determinada es la autoridad llamada *Aidamo*, quien, en la mayoría de los casos, es el miembro de la comunidad que tiene más edad. Para el pueblo Warao no existe el Cacique, quien es una autoridad reconocida en la población indígena Yukpa.

2.- Que la resolución de conflictos en la cultura indígena Warao la realiza el *Aidamo* en una asamblea denominada *Monikata*, que se celebra en la comunidad donde sucedió el hecho, y deben estar presentes la autoridad de esa Comunidad y los agresores y agredidos –o sus familiares-. Esta *Monikata* puede durar algunos días, dependiendo de la complejidad del asunto, y siempre termina cuando se llega a una conciliación o acuerdo, esto es, cuando el conflicto haya sido solventado dentro de la propia comunidad.

3.- Que no es común que “Caciques” o autoridades de otra comunidad resuelvan los problemas de una comunidad que no es la propia.

4.- Que no es común que exista agresión o violencia entre los Waraos; y en el derecho consuetudinario indígena no existe, como sanción, la pena privativa de libertad o cárcel; toda vez que cada uno de los integrantes de la comunidad Warao son indispensables para su supervivencia colectiva. Cada indígena Warao ejerce un rol importante en la comunidad. Que, por el contrario, algunas de las sanciones que suelen emplear son la humillación y el exilio de la comunidad, pero que históricamente el objetivo de la comunidad es lograr una conciliación pacífica.

5.- Que la cultura Warao ha sido permeada por la cultura occidental, y ello ha traído nuevos problemas y situaciones inusitadas que los mismos Waraos no están acostumbrados a confrontar.

Por lo tanto, la Sala colige, con basamento en las anteriores conclusiones, que el niño indígena Warao, cuya identidad se omite conforme al contenido del artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no fue juzgado por la autoridad legítima y competente reconocida por el pueblo Warao según sus costumbres ancestrales y mucho menos, el niño Warao fue sancionado a través de una *Monikata*, conforme al sistema punitivo propio de la etnia indígena Warao, todo lo cual constituye, a juicio de la Sala, una infracción al principio del *juez natural* en el propio derecho indígena.

En efecto, la Sala observa, en primer lugar, que la “Asamblea de Caciques” en la cual se le aplicó al legitimado activo la pena de veinte años de prisión fue dirigida por unas autoridades denominadas “Caciques” de distintas comunidades Warao, quienes no eran las autoridades tradicionales o legítimas para resolver el problema que les fuera planteado respecto del niño quejoso, ya que la autoridad competente era el Aidamo de la comunidad donde el hecho se cometió. “Los Caciques” que actuaron en el presente caso no tenían legitimidad, y ello se evidencia además de la aplicación de una sanción distinta a la correspondiente en la tradición Warao. La sanción aplicada fue de veinte (20) años de prisión, pena que corresponde al derecho penal sustantivo formal y no, en cambio, tuvo referencia en el derecho originario indígena.

Por lo tanto, la Sala hace notar que el principio fundamental del *juez natural*, al no estar conforme con el sistema jurídico Warao, se encuentra infringido en el presente caso, toda vez que el niño indígena, presunto infractor, no fue juzgado por las autoridades legítimas reconocidas ancestralmente por el pueblo Warao; requisito que, además de tener como origen el derecho consuetudinario de esa etnia, se encuentra jurídicamente establecido en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público... (destacado de este fallo).

La anterior disposición normativa tiene su equivalencia en lo señalado en el 132 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, cuando señala:

La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, **a través de sus autoridades legítimas**, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras...(destacado de la Sala).

Respecto del principio del juez natural, la Sala lo ha considerado como un derecho humano fundamental y universal, y por tanto de orden público, tal como se señala en la sentencia N° 144, del 24 de marzo de 2000, caso: *Universidad Pedagógica Experimental Libertador*, donde se asentó lo siguiente:

Dentro de estas parcelas, los distintos órganos jurisdiccionales a que pertenecen ellas, se distribuyen el conocimiento de los casos según las reglas de la competencia, bien sea por la cuantía, el territorio o la materia.

Para evitar un caos, y ordenar la administración de justicia, hay reglas de competencia que se consideran de orden público y son inderogables, mientras que hay otras que no lo son. La competencia por la materia se encuentra entre las primeras, mientras que las que determinan el territorio, por ejemplo, están entre las segundas. El órgano que ejerce la jurisdicción, en cuanto a la competencia por la materia, es por excelencia el juez natural de las personas que tengan que ventilar litigios relativos a esas materias.

Como el ser juzgado por el juez natural es una garantía judicial, y un elemento para que pueda existir el debido proceso, la abrogada Constitución de 1961 en su artículo 69, así como la vigente en su artículo 49, consagran el derecho de las personas naturales o jurídicas de ser juzgadas por dicho juez, quien además debe existir como órgano jurisdiccional con anterioridad a los hechos litigiosos sin que pueda crearse un órgano jurisdiccional para conocer únicamente dichos hechos después de ocurridos. El citado artículo 49 de la vigente Constitución es claro al respecto: En su numeral 4, reza:

“Artículo 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

...Omissis...

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto”.

La comentada garantía judicial, es reconocida como un derecho humano por el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica y por el artículo 14 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad. Dada su importancia, no es concebible que sobre ella existan pactos válidos de las partes, ni que los Tribunales al resolver conflictos atribuyan a jueces diversos al natural, el conocimiento de una causa. El convenio expreso o tácito de las partes en ese sentido, al igual que la decisión judicial que trastoque al juez natural, constituyen infracciones constitucionales de orden público.

De modo que, al haber sido juzgado el adolescente indígena Warao en el presente caso por autoridades no legítimas, como fue la asamblea de Caciques, no reconocida por el derecho propio de la

cultura Warao, se violó el principio del *juez natural*, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Además, la Sala constata del acta levantada con ocasión del juzgamiento en la *"Jurisdicción Especial Indígena"* (folio 41 del expediente), que el denominado *"Cacique"* de la Comunidad de Atoibo no firmó la misma. La asamblea denominada Monikata, como lo refirieron los testigos expertos, se realiza con el *Aidamo* de la comunidad donde ocurre el hecho conflictivo.

En consecuencia, la Sala considera que lo ajustado a derecho es anular la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, mediante la cual se condenó al niño quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del *"delito de homicidio intencional"*. Así se decide.

La anterior declaratoria trae como consecuencia ineludible, por ser un acto judicial que no es aislado de la decisión dictada por la *"Jurisdicción Penal Indígena"*, la anulación de la sentencia dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó y avaló, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial.

En efecto, el mencionado Juzgado Segundo de Control especializado en responsabilidad penal del adolescente estaba facultado, por imperativo del referido artículo 134 *eiusdem*, para revisar, a petición de parte interesada, las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas, cuando las mismas sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.

Al hacer uso de esa facultad, el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, una vez oído el niño Warao, con el respectivo traductor, avaló y ejecutó, sin hacer el control previo de los aspectos formales de la decisión dictada por la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, en la forma siguiente:

Habiendo sido investigado y juzgado el hecho punible, por la jurisdicción indígena en ejercicio de su acción como sociedad protagónica, de conjugación del derecho de acuerdo a los principios democráticos, contenidos en la exposición de motivos y en el preámbulo de la Constitución, que los derechos humanos fundamentales han sido preservados por las autoridades investidas para la actividad jurisdiccional, en la persona de los Caciques de las diversas comunidades actuantes, y que esta es una acción ejemplar de enfrentar los conflictos y de administrar justicia, sin precedente alguno en Venezuela puesto que ahora si existe un cuerpo de leyes que le da las herramientas necesarias tanto a los representantes de la justicia formal penal, como a los indígenas, en consecuencia en modo alguno este tribunal podrá soslayar dicha sentencia, reconociendo que la misma fue dictada por autoridades legítimas, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, conforme a los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías.

Por todos los razonamientos expuestos y los alegatos explanados en esta audiencia especial este Tribunal Segundo de Primera Instancia en funciones de Control de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes en nombre de la República Bolivariana y por autoridad de la Ley acuerda: Primero: Vista la Sentencia dictada por las autoridades indígenas de conformidad con el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual condena al adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a cumplir la sanción de 20 años de privación de libertad, por el delito HOMICIDIO en perjuicio de quien en vida se llamara LUCIO ROMERO, que la misma ha quedado firme de acuerdo a las leyes usos y costumbres de las comunidades waraos asentadas en un instrumento Sentencia presentado ante este Tribunal se respeta y reconoce esta sentencia. Segundo: Oído el adolescente y garantizado el derecho a ser oído mediante solicitud efectuada ante la Fiscalía Quinta del Ministerio Público, por las autoridades indígenas, del cual hizo uso, en los términos de la audiencia, y de acuerdo a la convención de los derechos del niño y adolescentes (sic) y las disposiciones sobre protección integral e interés superior del adolescente es menester dar cumplimiento a la sentencia, con las garantías integrales de dignidad según el sistema de responsabilidad penal del adolescente, y a que de acuerdo al requerimiento de ejecución de la sentencia por parte de la etnia warao de conformidad con el artículo 134 numeral 2 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas se ordena el ingreso del adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a permanecer en la Casa Taller para Varones de ésta Ciudad, donde permanecerá recluso a la orden del Tribunal de Ejecución competente de este Circuito Judicial Penal donde deberá permanecer de conformidad con el artículo 141 numeral 3

de la Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas (sic) en forma separada o espacio especial de reclusión para el mismo. Tercero: Remítase el detenido junto con la causa aperturada y las actuaciones a los fines de que se inicie el cumplimiento de la misma conforme a los principios y garantías consagradas en la Ley Orgánica para la Protección de Niño, Niña y Adolescente, al Tribunal de Ejecución de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes de esta Jurisdicción. Cuarto: Se ordena la remisión del Expediente YP01-D-2009-000100 al Tribunal de Ejecución, vencido que sea el lapso para el ejercicio del recurso de apelación. Las Partes están notificadas de la presente decisión. Publíquese, regístrese, déjese copia certificada. Cúmplase.

Adicionalmente al incumplimiento de los requisitos formales previos, la Sala precisa que el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, al avalar la sentencia dictada por la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, no ordenó la incorporación de elementos probatorios distintos a los relatados por la partes involucradas en el conflicto, por lo que la conclusión a la que arribó ese Tribunal, referida a que no podía *"soslayar dicha sentencia"*, y que *"la misma fue dictada por autoridades legítimas, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, conforme a los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías"*, se basó en un falso supuesto.

Efectivamente, el referido Juzgado de Control no cumplió con lo señalado en el artículo 140 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que establece el deber de ordenar, en los procesos judiciales en los cuales sean partes los pueblos y comunidades indígenas o sus miembros, la realización de un informe socio antropológico y uno de la autoridad indígena o la organización indígena representativa, que ilustre sobre la cultura y el derecho indígena. Sólo se basó el Juzgado Segundo de Control especializado en la materia de responsabilidad penal del adolescente en lo manifestado por las partes, para concluir que, desde el punto de vista constitucional, la condena del quejoso de autos a cumplir la pena de veinte años de prisión se correspondía con *"los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías"*. Era necesario, entonces, verificar el contenido del derecho consuetudinario de los Waraos a través de distintos medios probatorios, cuando era ineludible en derecho verificar el contenido del derecho originario consuetudinario a través de otros medios probatorios, que le hubiera permitido esclarecer al juzgador si se encontraba comprometido el principio del *juez natural*, principio este que ha sido calificado reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional como de orden público constitucional.

En consecuencia, visto que la decisión dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, avaló indebidamente la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la *"Jurisdicción Especial Indígena"* la cual ha sido anulada por esta Sala, y mediante la cual se condenó al quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del *"delito de homicidio intencional"*, la Sala, conforme al contenido de los artículos 190 y 191 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable supletoriamente por mandato del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la declara nula de pleno derecho, así como igualmente nulas las actuaciones judiciales subsiguientes.

En cumplimiento de lo cual, la Sala ordena la inmediata libertad del niño indígena Warao condenado por las indicadas sentencias, cuya nulidad se ha declarado, y por tanto se ordena al Juez de Primera Instancia en Función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, donde se encuentra la causa penal principal, libre de inmediato la correspondiente orden de excarcelación.

La Sala deja constancia de que no se ordena la reposición y, por tanto, la celebración de un nuevo juicio ante la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, toda vez que, consta en autos, y ello no fue contradicho en la audiencia oral, que el niño Warao condenado estuvo recluido en la Casa de Formación Integral Varones de Tucupita, desde el mes de diciembre de 2009, por un término que excedió con creces la pena privativa de libertad que, aunque no le correspondía (por no pertenecer al derecho propio o consuetudinario indígena), era la que le impusieron según el término medio, por la dosimetría penal, a un adolescente regido por el derecho común ordinario, la cual, según lo establece el parágrafo primero del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no podía ser menor de seis meses ni mayor de dos años.

Por último, visto que esta Sala ordenó la inmediata libertad del niño indígena Warao de autos y dada las probabilidades ciertas de su reinserción social, que incluye la Comunidad Indígena de

Siaguani, ubicada en el Municipio Antonio Díaz del Estado Delta Amacuro, la Sala exhorta a la Defensoría del Pueblo y la Defensa Pública Penal para que, de conformidad con lo señalado en el numeral 8 del artículo 281 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el numeral 7 del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, y el numeral 5 artículo 78 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, respectivamente, velen por la efectiva incorporación del referido indígena Warao a su comunidad y se garanticen sus derechos fundamentales acorde a la cultura Warao.

Asimismo, la Sala ordena al Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro que, conforme con lo establecido en el numeral 8 del artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, garantice el cumplimiento del interés superior de niños, niñas y adolescente del indígena Warao y preste la debida colaboración, en caso en que se le requiera, para su debida incorporación a su Comunidad. Así se decide.

Declarado lo anterior, esta Sala, visto igualmente que en el presente fallo se realiza un análisis interpretativo con carácter vinculante de la coexistencia del derecho originario indígena con el ordenamiento jurídico estatal, ordena su publicación en la Gaceta Judicial de este Alto Tribunal y en la Gaceta Oficial de la República.

VI

DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO: CON LUGAR la acción de amparo constitucional interpuesta por el abogado Clarens Daniel Russián Pérez, Defensor Público de la Sección Penal del Adolescente, adscrito a la Unidad de la Defensa Pública del Estado Delta Amacuro, en representación del niño indígena Warao, cuya identidad se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contra las decisiones dictadas, el 23 de noviembre de 2009, por la *"Jurisdicción Especial Indígena"*, y el 02 de diciembre de 2009, por el Tribunal Segundo de Control Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, las cuales se anulan, así como quedan anuladas las actuaciones judiciales subsiguientes.

SEGUNDO: SE ORDENA la inmediata libertad del niño Warao condenado por las indicadas sentencias, cuya nulidad se ha declarado.

TERCERO: SE ORDENA al Juez de Primera Instancia en Función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del estado Delta Amacuro, donde se encuentra la causa penal principal, libre de inmediato la correspondiente orden de excarcelación.

CUARTO: Se **EXHORTA** a la Defensoría del Pueblo y al Defensa Pública Penal, para que velen por la efectiva incorporación del referido indígena Warao a su comunidad y se garanticen sus derechos fundamentales acorde a la cultura Warao.

QUINTO.- Se **ORDENA** al Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, garantice el cumplimiento del interés superior de niños, niñas y adolescente del indígena Warao y preste la debida colaboración, en caso en que se le requiera, para su debida incorporación a su comunidad.

SEXTO.- Se **ORDENA** la publicación del presente fallo en la Gaceta Judicial de este Tribunal y en la Gaceta Oficial de la República, con la siguiente mención en su sumario:

Sentencia de la Sala Constitucional que reconoce la vigencia del juzgamiento de los tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la supeditación del derecho originario o consuetudinario de los indígenas a las normas, reglas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Publíquese, regístrese y archívese el expediente. Remítase copia certificada de la presente decisión a la Defensora del Pueblo, al Defensor Público General y al Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro. Cúmplase con lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 03 días del mes de febrero de dos mil doce (2012). Años: 201° de la Independencia y 152° de la Federación.

La Presidenta, **LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO**

Vicepresidente, **FRANCISCO A. CARRASQUERO LÓPEZ**

Los Magistrados, **MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN CARMEN ZULETA DE MERCHÁN** Ponente
**ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER GLADYS M. GUTIÉRREZ
ALVARADO**

El Secretario, **JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO**

Exp.- 09-1440 CZdM/jarm



Elaborado por la Asociación de Magistrados
y Funcionarios de la Justicia Nacional