



9.4.

C. 13.163-00-CC/2009

C.A.P.C. y F. Sala I

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Excelentísima Cámara:

María de los Ángeles Burundarena, Asesora General
Adjunta, a los Sres. Jueces me presento y digo que:

I.- OBJETO

En legal tiempo y forma vengo a presentar un recurso de
inconstitucionalidad en contra de la resolución judicial de fecha 1º de
septiembre de 2009 (art. 27 de la ley 402).

II.- ANTECEDENTES DE LA CAUSA

El presente caso tiene origen en la denuncia realizada
por el Sr. Róldo Antonio Ríos el día 26 de marzo del corriente, quien en esa
oportunidad manifestó que un grupo de alojados en el hotel "Navarro", sito en la
calle Tarija 3368 –en el cual, según informó, se desempeñaba como
administrador-, lo habían expulsado por la fuerza tanto a él como a su hijo
Gustavo Salvador Pérez y al Sr. Mario Dvorsky.

Ahora bien, el día 17 de junio del corriente, el titular del
Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 11, Dr. Marcelo Gastón
Bartumeu Romero, notificó mediante cédula al asesor tutelar de primera
instancia, Dr. Carlos Bigalli, de la resolución dictada el día 11 de junio del
corriente, en la que se había dispuesto el allanamiento de la finca referida en el



apartado que antecede, y el reintegro provisional de su tenencia a la Sra. Sara Pérez, esposa del denunciante y titular del fondo de comercio del hotel, diligencia que sería realizada el día siguiente.

En atención a ello, y por razones de urgencia, el asesor petitionó, en esa misma fecha y sin tener vista aún del expediente, la declaración de nulidad de la resolución referida. Para fundar dicha solicitud, alegó que las constancias citadas por el magistrado de grado en la resolución impugnada -que daban cuenta de la existencia de niños entre las personas que habitaban el inmueble en cuestión-, imponían el oportuno traslado al Ministerio Público Tutelar para la emisión del correspondiente dictamen; ello conforme las disposiciones del art. 49 de la ley 1.903, y tal como lo exigen la Convención de los Derechos del Niño, la ley nacional 26.061 y la ley local 114 -que imponen expresamente el derecho de las personas menores de dieciocho años de edad a ser oídas en todo procedimiento judicial que las afecte, y a expedirse a través de los órganos competentes-. Requirió pues, que se suspenda la diligencia de allanamiento y reintegro, se fije audiencia a tenor de lo normado en el art. 73 del C.P.P. local, y oportunamente, se declare la nulidad de todos los actos procesales vinculados con el reintegro del inmueble ubicado en la calle Tarija 3368, de esta ciudad.

Fijada la audiencia para resolver sobre el planteo introducido por el asesor tutelar; el día 26 de junio del corriente, el magistrado actuante resolvió acoger favorablemente la referida pretensión. Para fallar en ese sentido, alegó que si bien en determinados supuestos urgía hacer cesar los efectos del probable delito instantáneo de usurpación -por caso, por presentar los inmuebles peligro de derrumbe-, y ello impedía admitir cualquier tipo de tardanza; en el caso bajo examen la demora no resultaba intolerable, y por tanto, no era óbice para cumplir con la debida vista al asesor tutelar.

En lo que respecta al deber jurídico de correr traslado al asesor tutelar en los casos de esta naturaleza, el magistrado entendió que aquél surgía del inciso segundo del art. 49 de la ley 1.903 -que habilita la



intervención del asesor tutelar en aquellos casos en que se encuentren comprometidos los derechos de personas menores de edad-, así como del art. 40 del Régimen Procesal Penal Juvenil, y el art. 12, inciso segundo, de la Convención de los Derechos del Niño.

Finalmente, en relación a la situación del joven B. G., el juez de grado sostuvo -en conformidad con las manifestaciones vertidas en la audiencia por el asesor y la defensa, y en discrepancia con lo expuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal-, que aquél había adquirido la calidad de imputado desde el momento que había sido sindicado como autor o partícipe de la acción típica -lo que surgía tanto del decreto de determinación del objeto de la investigación preparatoria dictado por el fiscal actuante en fecha 13 de abril, como de uno de los mandamientos de desalojo-; por lo cual también surgía necesaria la intervención del asesor a la luz del art. 40 del Régimen Procesal Penal Juvenil -que impone su intervención en aquellos casos en los que la persona menor de edad involucrada revista el carácter de imputada, víctima o testigo de un delito-.

Por todo ello, el Dr. Marcelo G. Bartumeu Romero, resolvió declarar la nulidad de la resolución dictada el día 11 de junio del corriente, por haber sido pronunciada sin que hubiese sido conferida la debida vista al Sr. Asesor Tutelar, la que fue ordenada en esa misma oportunidad.

Posteriormente, en su dictamen de fecha 22 de julio de 2009, la Sra. asesora general, Dra. Laura Musa -interinamente a cargo de la Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1-, contestó el traslado oportunamente concedido y solicitó; en primer término, el archivo jurisdiccional de las actuaciones con respecto al joven B. G., de 15 años de edad. Con ese norte, adujo que el nombrado se encontraba amparado por una condición personal de exclusión de la pena, según lo normado en el art. 1° de la ley *de facto* 22.278 y los arts. 4 y 12 del Régimen Procesal Penal Juvenil.



En segundo lugar, con relación a los niños que se encontraban bajo el cuidado y responsabilidad de las personas cuyo desalojo forzoso había sido solicitado alegó, por un lado, la inconstitucionalidad de la norma en la cual se fundaba el requerimiento fiscal; y por otro, que en la hipótesis de que tal pretensión no sea acogida por el magistrado, aquél requerimiento debía ser rechazado por las falencias de las que adolecía.

En lo que respecta a la declaración de inconstitucionalidad pretendida, la asesora manifestó que de la ubicación de la norma atacada -en el Título II, "Ejecución civil", del C.P.P. local-, tanto como del hecho de que ésta sólo aludía como necesaria la verosimilitud del derecho del damnificado peticionante para hacer lugar a la diligencia de allanamiento y restitución; podía inferirse que para la realización de la pretendida medida, el delito debía encontrarse probado mediante una sentencia condenatoria firme. Sostuvo pues, que sin perjuicio de ello, el hecho de que el enunciado normativo puesto en crisis permita hacer efectivo el desalojo en cualquier estadio del proceso, incluso antes del requerimiento de elevación a juicio, hacía que éste devenga inconstitucional, por entrar en contradicción con el principio de inocencia, consagrado en el art. 18 de nuestra Carta Magna.

En esa inteligencia afirmó que la legitimidad de la disposición prevista en el art. 335, inc. 4° del C.P.P. local, debía ser analizada tendiendo a comprobar su vinculación con la actividad probatoria del hecho investigado. En ese sentido, la asesora tutelar sostuvo que la norma atacada de ningún modo resultaba apropiada para la procuración de elementos de prueba en la investigación de un delito de usurpación, y que tampoco se conectaba con la necesidad de recabar información o asegurar elementos de prueba. De igual manera, alegó que si el legislador hubiera tenido en miras considerarla como una medida precautoria o cautelar, la habría previsto de esa manera en el capítulo respectivo y, asimismo, que no podía reconocerse que la medida aflictiva del art. 335, 4° párr. del C.P.P. tuviese una finalidad orientada a evitar el entorpecimiento de la investigación o fuga del encartado.



Sentado ello, la Dra. Musa sostuvo que en caso de que la diligencia pretendida fuese considerada como una medida de naturaleza cautelar o de coacción directa, debía recordarse que el sector de la doctrina que admite su aplicación sobre personas cuya culpabilidad no fue demostrada, destacaba también que debían estar fundadas en la necesidad de evitar la consumación del delito tentado o bien las consecuencias perniciosas del delito consumado; extremo que no se verificaba en el presente caso -en el que el lanzamiento de los ocupantes resultaba cualitativa y cuantitativamente desproporcionado en relación a los daños y peligros que pretendía evitar-.

Señaló finalmente, que en los casos en los que las medidas de coacción directa posibiliten la afectación de derechos, éstas no podían ser habilitadas por meras presunciones, sino invocando, en cada caso, razones de urgencia o necesidad de evitar peligros o interrumpir daños o lesiones en curso.

Así las cosas, la asesora sostuvo que quienes ponderaban el fin preventivo de las medidas cautelares en el proceso penal, precisaban al mismo tiempo que la evitación del delito tentado o de las consecuencias perniciosas de aquél consumado, debía ser compatible con la correcta averiguación de la verdad, o la presencia del imputado en el procedimiento. Advirtió entonces, en ese sentido, que la disposición del art. 335, inc. 4° no se compadecía con ninguna de esas necesidades del proceso penal -incluso aquéllas de tinte preventivo-; lo que impedía que se la calificase como “una medida cautelar” o como “una medida de coacción directa”.

En otro orden de ideas, la asesora resaltó que de una interpretación literal de la norma cuestionada podría inferirse que ésta no requeriría la realización del acto procesal de intimación del hecho objeto del proceso -previsto en el art. 161 del C.P.P.-, de lo que se derivaba que tampoco exigiría la existencia de elementos suficientes que permitiesen presumir que los ocupantes eran usurpadores -sindicación que, tal como señala la dictaminante, sí posibilitaba la formación de una causa penal y el desalojo compulsivo de un



inmueble-. Afirmó que resultaría así omitido un acto procesal fundamental para el derecho de defensa –que brinda, tal como fue señalado por la asesora tutelar, la oportunidad a los encartados de contrarrestar, eventualmente con pruebas, la pretensión penal estatal de sufrir una determinada situación ante la ley y que habilita que se tomen medidas aflictivas a su respecto-.

En esa inteligencia adujo, que incluso en el supuesto en el que se considerase a la diligencia de restitución como una medida cautelar posible de ser tomada inaudita parte, resultaba imperioso en un sistema judicial democrático permitir al imputado la contestación de los cargos que se formulan en su contra. A todo evento, cabe resaltar lo destacado por la asesora con relación al carácter restringido del procedimiento previsto en la ley de forma local, en comparación con el que procede para la satisfacción de la pretensión civil equivalente -en el que se requiere, para la procedencia del reintegro anticipado del bien, que previamente quede trabada la litis-.

Por otro lado, la asesora manifestó que atento a que la medida de restitución provisoria era ejecutable incluso a mera petición del damnificado, sin necesidad de su previa constitución como actor civil o querellante; dicha pretensión debía ser vista como extraña al proceso penal, en todo caso de tinte civilista, y por tanto debían primar sobre ella los derechos y garantías del imputado.

En otro orden de ideas, la asesora manifestó que la diligencia de desalojo y restitución tampoco podía ser pretendida como medida cautelar orientada a velar por los derechos de la víctima, puesto que resultaría abusivo y violatorio de derechos constitucionales que se permita aplicar sobre el imputado una sentencia de condena en forma anticipada, en aparente resguardo de la víctima del delito. Según su entendimiento, tampoco podía entenderse a la desposesión anticipada como una medida de protección física y moral como las previstas en el art. 37 del C.P.P., puesto que su aplicación presumía situaciones de gravedad y urgencia, donde la seguridad y los



derechos de la víctima se encuentren en serio riesgo, lo que no se verificaba en el caso bajo análisis.

Sobre la base de todos los argumentos citados, la asesora solicitó, pues, la declaración de inconstitucionalidad del art. 335, inc. 4º del C.P.P. local, por implicar una presunción legal de comisión de comisión de un delito, contraria, como tal, al art. 18 de la C.N. y el art. 8.2 de la C.A.D.H.

Así las cosas, y para el supuesto en que el magistrado de grado decidiera no declarar la inconstitucionalidad del art. 335, inc. 4º del C.P.P., la asesora impugnó el requerimiento fiscal, por entender que carecía de determinados requisitos de razonabilidad que atendían tanto a la observancia del derecho de defensa de los imputados, como a la recolección de probanzas suficientes que permitan la viabilidad del lanzamiento de sus ocupantes.

Por un lado, en lo que respecta al derecho de defensa de los imputados, la asesora tutelar manifestó que no fueron atendidas ni evacuadas las diversas manifestaciones realizadas por éstos en sus descargos -durante la celebración del acto procesal previsto en el art. 161 del C.P.P. local-, lo que a su entender significó un cercenamiento inadmisibles de sus facultades de demostrar los extremos que habían esgrimido para resistir la imputación penal que pesaba sobre ellos. Asimismo, destacó diversas situaciones que podrían haber indicado que el hecho investigado tuvo otro origen y desarrollo diferente al señalado por el fiscal en su hipótesis, y que no habrían sido adecuadamente refutadas, lo que impediría afirmar la sospecha razonable de la comisión del delito de usurpación.

De igual manera, sostuvo que tampoco podía afirmarse que la medida de allanamiento y desalojo fuese a permitir hacer cesar los efectos del delito, por cuanto los imputados habían indicado expresamente que no se impediría el ingreso de la Sra. Pérez. Por ello, arguyó que si aún se mantenía la posibilidad de que ésta continuase con la explotación del lugar, no estaría obstruyéndose el recobro de la tenencia.



Finalmente, solicitó que se permita -en cualquier supuesto-, que los niños y jóvenes cuyos derechos económicos y sociales iban a ser puestos en riesgo con la medida pretendida, ejerzan su derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tomada en cuenta; por cuanto así lo imponían las normas que integran el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Que con fecha 5 de agosto de 2009, en atención a la introducción de una nueva solicitud fiscal de allanamiento respecto de otros ocupantes, el asesor tutelar de primera instancia, Dr. Carlos Bigalli, solicitó que se confiara nueva vista de las actuaciones, la que fue concedida y respondida en su dictamen de fecha 10 de agosto del corriente. En esa oportunidad, el asesor adhirió al planteo de inconstitucionalidad introducido por la Dra. Musa; solicitando también, subsidiariamente, que se rechace el requerimiento de desalojo y restitución; y, finalmente, que se permita a los jóvenes cuyos derechos podrían ser puestos en riesgo, el ejercicio de su derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tomada en cuenta.

Asimismo, el asesor advirtió que si el magistrado decidía hacer lugar a la pretensión fiscal, haría cesar una presunta ilegalidad para erigirse en garante de otra; toda vez que, según informó, el hotel de marras se encontraría clausurado desde el día 8/8/06, conforme a las constancias agregadas a fs. 210//213 -no obrando constancia alguna que acredite que dicha medida haya sido dejada sin efecto (fs. 225/232)-.

Seguidamente, con fecha 14 de agosto de 2009 el Sr. Juez en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dr. Marcelo G. Bartumeu Romero, decidió rechazar el planteo de inconstitucionalidad introducido por la asesora general -al que adhirió el Sr. asesor tutelar, Dr. Carlos Bigalli-, y librar orden de allanamiento y desalojo para el día 20 de agosto del corriente.

Para fundar el rechazo del planteo de inconstitucionalidad, el magistrado sostuvo que el estado de inocencia no era



óbice, en absoluto, a la adopción de medidas de coerción procesal –cautelares–, como la prevista en el art. 335, inc. 4° del C.P.P. local.

Con relación a ello, sostuvo que era menester recordar la diferencia que existía entre las medidas de coerción material y procesal, distinción que no podría ser establecida sino en orden a los fines que cada tipo persigue. En esa inteligencia, afirmó que las medidas de coerción procesal –como la prevista en el art. 335 inc. 4°–, tienen una finalidad preventiva inmediata, enfocada a la interrupción de la acción delictiva en curso –a través del cese de los efectos permanentes del delito instantáneo de usurpación, probablemente acontecido–; lo que, según el entendimiento del magistrado, resultaba perfectamente compatible con el ordenamiento constitucional.

En lo que concierne a la impugnación de la petición fiscal, el magistrado sostuvo, en contraposición a lo manifestado por la asesora tutelar, que estimaba demostrada, con el grado de probabilidad posible en esa etapa inicial del proceso, tanto la ocurrencia del hecho imputado, como la intervención en éste de algunos de los ocupantes del inmueble.

En ese orden de ideas, destacó que el accionar de uno de los imputados –Sr. Ríos– de haber blandido un cuchillo de modo intimidante, así como los empujones y golpes de puño que varios ocupantes habrían proferido a los Sres. Rivero y Pérez, habrían constituido dos de los medios típicos admitidos por la figura aplicable (art. 181, inc. 1° C.P.) –a saber, los de amenazas y violencia–.

A su vez, con relación a la valoración de los dichos vertidos por los imputados, el Dr. Bartumeu Romero consideró que éstos eran inconsistentes y que no habían sido corroborados por elemento probatorio alguno, por lo que no tenían entidad suficiente para desvirtuar la versión sustentada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, con relación a lo manifestado por el asesor respecto de la medida de clausura que pesaría sobre el hotel en cuestión, el magistrado alegó que aquélla no empecía a la restitución de la tenencia a la



locataria del inmueble, puesto que ésta no implicaría el otorgamiento de autorización alguna para funcionar fuera de los márgenes determinados por la autoridad de aplicación, ni significaría el cese de la clausura vigente.

Finalmente, refiriéndose al fin preventivo inmediato o de coacción directa que había sido conferido a la diligencia restitución del inmueble; el juez de grado sostuvo que la diligencia de allanamiento y restitución resultaba imprescindible para hacer cesar los efectos permanentes del delito de usurpación, cuya comisión probable habría sido perpetrada por los medios comisivos previstos en la figura del art. 181, inc. 1º -amenazas y violencia-; y cuyo resultado –el despojo de la tenencia a la locataria-, permanecía inalterado. Concluyó pues, por las razones anteriormente citadas, que también se encontraban reunidos los recaudos necesarios para habilitar la diligencia de reintegro anticipado como supuesto de legítima defensa del tercero peticionante.

A todo evento, cabe destacar lo manifestado por el magistrado de grado respecto de la petición introducida tanto por la asesora general, como por el asesor tutelar de primera instancia, en sus respectivos dictámenes, respecto al derecho de los niños afectados a ser oídos en el presente proceso. Con relación a ello, el juez actuante alegó que el ejercicio de ese derecho no resultaba obligatorio, toda vez que la normativa procesal aplicable lo autorizaba a tomar una decisión de la naturaleza de la cuestionada, sin dar intervención a parte alguna.

Por último, el juez de grado señaló que la norma que habilitaba la medida de restitución, lo hacía en cualquier estado del proceso, y que por tanto, el hecho de que aún no se haya dictado sentencia definitiva, no constituía impedimento para acceder a la restitución.

Con posterioridad, el día 25 de agosto de 2009, el Sr. Asesor Tutelar en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dr. Carlos Bigalli, interpuso recurso de apelación contra la resolución de fecha 14 de agosto del corriente, señalando que aquélla carecía de una fundamentación válida.



En lo que respecta a la declaración de inconstitucionalidad pretendida, para cuyo rechazo el magistrado de grado había sostenido que la medida requerida por el fiscal servía a fines preventivos —a saber, hacer cesar los efectos permanentes del delito instantáneo de usurpación, probablemente acontecido—, el asesor reiteró los argumentos vertidos en su dictamen, alegando que dicha diligencia era ajena a todos los objetivos propuestos para la coerción procesal; ello por cuanto no servía a los fines de recabar información o asegurar elementos de prueba, tampoco para neutralizar los peligros procesales de entorpecimiento de la investigación o fuga del encartado, ni para evitar la consumación de un delito tentado o las consecuencias perniciosas de uno consumado. En ese orden de ideas, el recurrente sostuvo que los fines preventivos inmediatos sólo pueden ser postulados como fines legítimos de las medidas coercitivas procesales cuando la consumación delictiva se encuentre probada *in re ipsa*, es decir, para aquellos casos en los que la prueba del delito surja de los hechos; lo que, según su entendimiento, resultaba imposible de verificar en el presente caso, en el cual no había logrado acreditarse una acción delictiva en curso cuyo cese amerite y justifique a la vez, la aflicción de los derechos de las personas.

Por otra parte, el asesor sostuvo que el auto apelado no explicaba por qué debían soslayarse los derechos que el Código Civil otorga a las personas que ocupan el inmueble, en su carácter de tenedores de mala fe.

Asimismo, el recurrente advirtió que en la resolución impugnada, el magistrado había sostenido que, debido a la etapa procesal temprana en la que se encontraba, aún no podía considerarse a los ocupantes como usurpadores, en los términos del C.P.; y en alusión a dicha manifestación, el asesor destacó que el reintegro de la posesión del inmueble sólo procedía en casos de usurpación, y respecto de usurpadores.

Finalmente, con relación a la posibilidad de considerar a la resitación del inmueble como una legítima defensa del peticionante, el recurrente destacó que ello no era viable sino hasta que el usurpador haya sido



declarado como tal en el proceso penal –es decir que los ocupantes, en su carácter de inocentes, conservarían todos los derechos de los poseedores y tenedores de mala fe de un inmueble-.

Ahora bien, en lo que respecta al rechazo del planteo que había sido introducido en subsidio, el asesor señaló nuevamente los diferentes elementos probatorios y declaraciones testimoniales que no habían sido valorados por el magistrado de grado, y que según su entendimiento permitían descartar la posibilidad de entender verificada la probable comisión de hechos delictivos.

Finalmente, en lo que respecta al rechazo de la pretensión tendiente a que los niños cuyos derechos podrían verse afectados por la diligencia de allanamiento y restitución, sean oídos en el presente proceso; el asesor sostuvo que podía inferirse de las consideraciones vertidas por el magistrado, que éste había privilegiado el ordenamiento adjetivo –el que a entendimiento del juez de grado, autorizaba a decidir sobre la presente cuestión sin dar intervención a parte alguna-, por sobre el principio estructurante de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía cuando menos constitucional, que imponía el referido deber.

Ahora bien, con fecha 1º de septiembre del corriente, los miembros de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas resolvieron rechazar *in limine* el recurso interpuesto por el asesor tutelar, reiterando los argumentos vertidos respecto de la falta de legitimación del recurrente, en la causa “Albarracín, Clara Elina s/ inf. art. 181 inc. 1º C.P.”.

Para fundar dicho temperamento sostuvieron, en primer lugar, que el inciso segundo del art. 49 de la ley Nº 1.903 –que habilita la intervención del asesor en aquellos casos en que se encuentran comprometidos los derechos de personas menores de edad-, debía ser interpretado de acuerdo con las precisiones del art. 40 de la ley Nº 2.451, que admite su participación sólo en aquellos supuestos en los que la persona



menor de edad involucrada revista el carácter de imputada, víctima o testigo de un delito.

Finalmente, alegaron que los menores involucrados no se encontraban inmersos en ningún contexto de desamparo o desprotección por inacción de sus padres, que dé lugar a la intervención del representante del Ministerio Público Tutelar; y que por tanto, el recurrente no se hallaba facultado para intervenir en las presentes actuaciones.

III.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Con suma diaphanidad emerge mi interés particular en lograr la revocación de la decisión de V.E. de fecha 1º de septiembre de 2009, presupuesto del recurso que aquí se intenta. Es que no poseo una mera discrepancia con la resolución en crisis, sino que ella al decidir el rechazo del recurso de apelación interpuesto por el asesor tutelar por falta de legitimación, y al considerar que ese representante del Ministerio Público Tutelar carece de la potestad para intervenir en estos autos, provoca un perjuicio efectivo en los intereses de este órgano del Ministerio Público, toda vez que lo decidido por V.E., de oficio, fue la privación del ejercicio de las funciones constitucionales del asesor tutelar en lo que resta de este proceso incidental, no observando con ello la profusa normativa local, nacional e internacional que refiere a la necesaria participación procesal de un órgano estatal apropiado, cuando los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad se hallen en una situación de posible menoscabo.

Mediante la aludida resolución, V.E. aseveró que correspondía rechazar *in limine* el remedio procesal intentado (art. 275, 2º párrafo del CPPCABA) y decidió, entonces, “rechazar el recurso por falta de legitimación” (sic). Para llegar a semejante conclusión, V.E. consideró que “el inc. 2º del art. 49 de la ley 1903 debe complementarse con lo dispuesto por el art. 40 de la ley 2451 que sólo refiere la intervención del asesor tutelar cuando el menor es víctima, testigo o imputado de un delito”.



También para la emisión de la resolución en cuestión, V.E. citó el art. 275, segundo párrafo, del CPP, que posibilita el rechazo *in limine* del recurso cuando sea interpuesto por quien no tenga derecho o fuera de término, o sin observarse las formas prescriptas, o cuando el acto impugnado fuera irrecurrible. Pero tal como puede apreciarse de las transcripciones de la resolución efectuadas anteriormente, y, sobre todo, de la remisión que V.E. hiciera a una causa (causa nº 43729-00-CC/08, caratulada: “Albarracín, Clara Elina s/ infr. art. 181 inc. 1 CP”) en la cual se dispuso no hacer lugar a un recurso de apelación incoado por la asesora tutelar por falta de legitimación, lo real es que en la decisión en crisis se resolvió el desconocimiento de la facultad del asesor tutelar para seguir interviniendo en el proceso. Ello es así, pues no puede desconocer V.E. que lo analizado en esa decisión no fueron los extremos de admisibilidad del mentado recurso de apelación; es decir, en esa oportunidad no se hizo un mero examen de la posibilidad subjetiva concreta de recurrir una determinada resolución que tiene un sujeto procesal en un procedimiento incidental en el cual se lo tuvo como parte, sino que, en la aludida pieza se negó la legitimación procesal del asesor. En conclusión, al resolver como lo hizo, V.E. excluyó del proceso —incidental— al asesor tutelar, o sea, a una parte cuya intervención había quedado consolidada por la decisión del juez de primera instancia.

Entonces, desde este punto de vista, la resolución en cuestión, dictada por el tribunal superior de la causa, es recurrible por este medio extraordinario, ya que ella resulta equiparable a una sentencia definitiva en el sentido de que la facultad del asesor tutelar que la decisión veda, y cuyo reconocimiento ahora se procura, sólo es susceptible de tutela inmediata. En otros términos, el inválido desplazamiento del presente proceso judicial que sufrió el asesor tutelar, únicamente puede ser reparado en esta instancia y en esta oportunidad, pues esa irregular decisión traerá aparejado el desarrollo del procedimiento sin la intervención del representante del Ministerio Público Tutelar y, en consecuencia, implicará la imposibilidad de que cualquier



discusión posterior en torno a las funciones que a éste le competen en el trámite de un incidente cuya resolución afecta los derechos de los niños que habitan el inmueble, pueda considerarse idónea o eficaz.

Repárese que la decisión conclusiva de la cuestión incidental suscitada por el pedido de desalojo de los niños ya fue tomada y ejecutada, por lo cual la afectación que la resolución recurrida provoca a los intereses de esta parte requiere de una inmediata atención y consideración.

Ello es así desde diferentes ópticas. La primera viene dada por el sentido y alcance de lo resuelto por V.E. en fecha 1° de septiembre de 2009. Esa decisión representa una afectación de los intereses propios del Ministerio Público Tutelar, es decir, de las obligaciones y facultades impuestas por las leyes y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en cabeza del asesor tutelar en forma privativa, aunque en función sí de intereses y valores superiores (v.gr. derechos constitucionales de las personas menores de dieciocho años de edad). Por ello, el cercenamiento de las facultades procesales del asesor tutelar, a través de una oficiosa expulsión del trámite procesal, lo afecta a éste, en cuanto órgano estatal perteneciente al Ministerio Público, en forma primaria y preponderante, sobre todo, cuando ya fue dictada la resolución judicial que acogió finalmente la pretensión fiscal de desalojar los niños que habitan el inmueble ubicado en la calle Tarija 3365, de esta ciudad. El segundo punto de vista surge desde el más simple sentido común, pues el apartamiento del representante del Ministerio Público Tutelar significó, a esta altura del proceso, y dado el desalojo ya decidido, la absoluta indefensión de los derechos e intereses de los que tienen los niños en su carácter de sujetos de derechos, tanto de los comunes a cualquier otra persona, como de aquellos propios y privativos de las personas menores de dieciocho años de edad (Cfme. CSJN, *Fallos*, 328: 4343).

Al negarle en este caso la posibilidad de recurrir al asesor tutelar con el argumento de que éste carece de la calidad de parte interesada, se desconoció, tal como se trasluce de los términos de la misma



resolución, la legitimación procesal de este representante del Ministerio Público Tutelar en este proceso incidental. Como dije antes, con ello se impide, en realidad, además de la interposición de un recurso, que este funcionario tome la intervención que la ley le manda en una cuestión en la que su interés viene dado por las funciones de gran envergadura que la Constitución local establece (art. 125, incs. 2 y 3, CCABA); interés que, en este caso, se vincula con los derechos de raigambre constitucional de los niños, niñas y adolescentes (art. 12 de la CDN, arts. 18 y 75, inc. 22 de la CN y arts. 10, 11 de la CCABA).

Bien puede decirse que, ante situaciones similares —o sea, situaciones vinculadas a la negativa de los órganos decisores para que un tercero interesado en una cuestión incidental de un proceso judicial tome parte en él y ejerza sus derechos y facultades procesales—, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires consideró que la resolución de la Cámara de Apelaciones que desconoció a ese tercero interesado su carácter de parte para apelar la resolución que lo afectaba en sus derechos constituía una resolución equiparable a una sentencia definitiva, a los fines del recurso de inconstitucionalidad (v. Tribunal Superior de Justicia, *in re* "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cáceres, Gonzalo Javier s/ inf. art. 72 ley nº 10 —honorarios de perito—", resolución de fecha 12 de marzo de 2008).

No requiere mayor esfuerzo colegir, después de leer el texto del art. 49, inc. 1º de la ley 1903, que la intervención del asesor tutelar en las causas judiciales en donde se encuentren comprometidos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se encuentra reconocida a nivel legal.

Entonces, tal como lo entendió el juez de primera instancia, y más allá de la concreta subsunción que éste hiciera en las normas rituales a fin de fundar legalmente ese acto procesal de comunicación, la vista concedida al asesor tutelar de primera instancia resultó pertinente, pues en las presentes actuaciones resultaba obligatorio por razones relacionadas a los



derechos constitucionales de los niños, requerir la opinión del asesor tutelar de primera instancia y, con ello, que éste interviniera en resguardo del interés superior del niño.

Esta circunstancia de ninguna manera puede ser considerada como una extralimitación en el ejercicio de las facultades del asesor tutelar. En este sentido, prudente será aclarar que es de toda obviedad que la emisión de su dictamen, así como el ejercicio del resto de las facultades procesales que hacen a su intervención en esta causa, no resultan contradictorias con el pleno reconocimiento de las demás atribuciones procesales del representante del Ministerio Público Tutelar vinculadas a la defensa de los derechos e intereses de las personas menores de dieciocho años de edad y de aquellas afectadas en su salud mental, las que se encuentran previstas en la ley aludida, en los códigos de forma vigentes en la ciudad y en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

De esta forma queda claro que el ámbito de actuación del asesor tutelar de primera instancia en esta causa judicial viene legalmente dado por las distintas normas jurídicas que regulan su cometido de raigambre constitucional, el cual, en este caso, es lograr la observancia de los derechos y garantías constitucionales de las personas menores de dieciocho años de edad a fin de dar un acabado cumplimiento con sus funciones especificadas en el art. 125 de la CCABA.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) — tratado con jerarquía supraconstitucional (arg. art. 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) o, cuando menos, constitucional, de conformidad con el art. 75, inc. 22, CN— contiene principios estructurantes, uno de ellos es el de participación, establecido en su art. 12.

El art. 12.2 de la CDN establece el deber del Estado de brindarle al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.



La ley nacional 26.061 determina, en lo conducente al tema en análisis, que: (a) la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en toda decisión judicial que se adopte respecto de las personas menores de 18 años de edad (art. 2); (b) los derechos y las garantías de niños, niñas y adolescentes "son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles" (art. 2, in fine); (c) el Estado debe garantizar a niños, niñas y adolescentes, en cualquier procedimiento judicial que los afecte, el derecho: a ser oídos (arts. 3.b, 24 y 27.a), a que sus opiniones sean tomadas primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión (art. 27.b) y a ser asistidos por un letrado especializado en niñez y adolescencia (art. 27.c).

La ley local 114 establece, en lo concerniente a esta cuestión, que: (a) en la aplicación e interpretación de todas las normas locales y en todas las medidas judiciales, "es de consideración primordial el interés de niños, niñas y adolescentes" (art. 3); (b) el "interés superior de niños, niñas y adolescentes, es el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en el futuro pudiera reconocérseles" (art. 2); (c) los niños, niñas y adolescentes, "tienen derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos" (art. 17).

Como fue esbozado, el art. 49, inc. 1º, de la ley local 1903, fuente de derecho procesal en sentido amplio, impone al asesor tutelar la función de asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen.

A su vez, el inciso 2º del mismo artículo de la ley 1903 establece que es tarea propia del asesor tutelar promover o intervenir en



cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad, de los/las incapaces o inhabilitados/as, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los o las tuvieran a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as.

Por su parte, el inciso 4º del art. 49 de la ley mencionada en el párrafo precedente prescribe como función del asesor tutelar, la de intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, y entablar en defensa de estos/estas las acciones y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios. Vale recordar que el art. 59 del CC dispone que, a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.

En consecuencia, una decisión judicial como la dictada por V.E., que se sustenta únicamente en lo normado en el art. 40 de la ley 2451 para delimitar el ámbito de actuación del asesor tutelar en toda causa judicial de este fuero, pone en crisis las atribuciones constitucionales previstas en la CCABA (art. 125) y reglamentadas por distintas leyes locales (v. gr. leyes 114 y 1903), diferentes a la mencionada ley 2451.

Pues bien, a pesar de lo entendido por V.E., ante un supuesto en el cual se encuentren comprometidos los derechos e intereses de las personas menores de dieciocho años de edad, el cuadro normativo traído antes a colación nos demuestra inequívocamente, en primer lugar, que ellas



tienen el derecho a ser escuchadas y a participar en los procesos judiciales personalmente o a través de sus representantes legales; y, en segundo lugar, que resulta imperiosa la intervención del asesor tutelar en el proceso judicial donde ese supuesto suceda. Sobre ello pocas dudas deberían existir. Puede observarse que, en relación a la trascendencia de la función del órgano estatal que tiene como cometido principal la asistencia jurídica y la defensa del interés del niño en todo proceso en el cual se hallen comprometidos los derechos de las personas menores de dieciocho años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un reciente fallo — C. 1096. XLIII.-“Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios”, del 19 de mayo de 2009— ha reiterado su propia doctrina en cuanto aseveró que “resulta descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones” (ver Fallos 325:1347; 330:4498; 305:1945; y 320:1291).

Ahora bien, llegado a este punto, correcto será indagar si el lanzamiento pretendido por el fiscal actuante en esta causa, y ordenado a esta altura del proceso por el juez de primera instancia, representa la situación de compromiso de los derechos de los niños a la cual se refieren la mayoría de las normas citadas; en términos más claros, si pueden considerarse sustancialmente legitimados los niños para hacer valer sus derechos constitucionales —derecho a ser escuchado y a participar activamente— en un proceso judicial incidental generado por un pedido de desalojo por la fuerza pública que los abarca, y si en ese mismo proceso se encuentra legalmente habilitado el asesor tutelar para actuar. A este respecto, corresponde recordar que ante una situación idéntica, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA reconoció expresamente el derecho del niño a ser oído cuando se pretende en



un proceso judicial su lanzamiento de un inmueble, y a su vez, ponderó adecuadamente las atribuciones que, por mandato constitucional, tiene el Ministerio Público Tutelar en relación al derecho constitucional de audiencia del niño (v. expediente nº 1472/02 “Ministerio Público –Asesoría Tutelar ante la CCAyT- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Comisión Municipal de la Vivienda c/ T. R. s/ desalojo”, de los respectivos votos de los Dres. Ruiz y Maier).

En consecuencia, de acuerdo a los claros enunciados normativos contenidos en las leyes expuestas, ninguna disyuntiva puede generar el hecho de que el desalojo compulsivo de un niño representa —más allá del particular proceso penal en el que se decide, y sin perjuicio de las facultades procesales de quienes revisten formalmente la calidad de imputados— una disposición que lo afecta, pues él se verá privado, mediante el uso de la fuerza pública, de su vivienda (art. 31 de la CCABA).

En el presente proceso, dada la circunstancia de que el juez de primera instancia ya adoptó una medida que indudablemente implica la puesta en riesgo de los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad, adquiere efectividad el derecho de los niños a ser oídos y a participar del proceso, con la amplitud que el ejercicio que tales derechos requiere, esto es, comprensivo de una faz material y de una técnica. Además, justamente por la existencia de esos derechos, resulta ineludible la realización de las funciones de los órganos legalmente predispuestos que tienen como fin primordial procurar que los derechos de los niños no sean avasallados; concretamente, resulta imprescindible, en todo el trámite relacionado con la medida de desalojo pedida por el Sr. Fiscal, la intervención del Ministerio Público Tutelar en la forma prevista por la ley.

Por lo tanto, si la resolución recurrida, por un lado, desconoce la real significación de las atribuciones del asesor tutelar y las limita al enunciado normativo del art. 40 del RPPJ; y, por el otro, niega legitimación sustancial a los niños para participar y ser escuchados en un proceso judicial



en el cual se va a decidir su lanzamiento compulsivo, resultan claramente controvertidos los alcances tanto de las atribuciones constitucionales del Ministerio Público Tutelar, como de los derechos y garantías constitucionales de los niños niñas y adolescentes.

Este cuadro contextual producido por la decisión de fecha 1° de septiembre de 2009, implica una palmaria inobservancia de las normas locales, nacionales e internacionales que refieren a la necesaria participación procesal de un órgano estatal apropiado e idóneo, cuando los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad se hallen en una situación de posible menoscabo. En este mismo sentido, compromete las funciones que por expreso mandato constitucional tienen los representantes del Ministerio Público (art. 125, CCABA). Además, desde un punto de vista que atiende directamente a la posición de los niños en un trámite de desalojo por la fuerza pública, representa una franca violación de diversos derechos y garantías constitucionales, como ser, el acceso pleno a la jurisdicción, la defensa en juicio y el debido proceso; el acceso a la vivienda digna y la operatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme surge de los arts. 16, 18 y 75, inc. 22, de la CN y arts. 10, 11, 13, inc. 3º, 20 y 31 de la CCBA.

Por último, la resolución recurrida controvierte principios básicos previstos en materia de recursos en el ámbito procesal. Conforme se observa de los expresos términos contenidos en la resolución de fecha 1° de septiembre de 2009 y de los fundamentos que se dio para ello, V.E. ordenó, lisa y llanamente, la exclusión del proceso del asesor tutelar porque, en vuestro entender, este representante del Ministerio Público Tutelar no se encuentra legitimado para intervenir en el presente proceso. Esta determinación fue tomada a pesar de que ningún sujeto procesal hubiera cuestionado válidamente la intervención del asesor tutelar, y no obstante el hecho de que el único recurso que impugnó la decisión del juez de primera instancia fue el del asesor tutelar.



Adviértase que V.E. no se limitó a un análisis sobre la admisibilidad del recurso de apelación. En la decisión ahora recurrida, V.E. analizó y resolvió una cuestión no controvertida en el proceso y que estaba fuera del ámbito de su competencia, a saber, la legitimación procesal del asesor tutelar para intervenir útilmente en el proceso incidental en pos de defender los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad y lograr la observancia plena de ellos. En consecuencia, al dictar una resolución para la cual V.E. carecía de jurisdicción, ésta debe ser tachada de arbitraria, pues conforma un fallo que, por su desacierto de gravedad extrema, debe ser descalificado como acto judicial válido (Cfme, CSJN, *Fallos*: 294:376).

Como fuera dicho, lo decidido en fecha 1° de septiembre de 2009 denota un proceder de parte de V.E. en exceso de la competencia habilitada por el recurso de apelación introducido oportunamente. El asesor tutelar, después de apelar una decisión que era contraria a su posición, fue excluido del proceso en el cual ejerció esa facultad recursiva.

Si en el ejercicio de las facultades procesales propias de la defensa de sus derechos, una parte interesada en un incidente, y a quien el juez de primera instancia consideraba regularmente constituida —mediante una resolución firme y consentida por todas las demás partes—, recurre una decisión que afecta sus intereses propios, el sólo ejercicio de esa facultad no puede redundar, sin menoscabar gravemente aquel derecho de defensa en virtud del cual se recurre, en una situación adversa en comparación a la que tenía antes de ello. Por lo tanto, al colocar al asesor tutelar en una situación peor que la que tenía antes de imponer su recurso de apelación, V.E. incurrió, en una indebida *reformatio in pejus*, lo que, a más de la afectación a la garantía de defensa juicio antes anunciada, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, torna a la decisión en inválida y descalificable en tanto importa una decisión arbitraria, dictada sin jurisdicción (CSJN, *Fallos*, 330: 5187, entre muchos más).



Desde otro punto de vista, el excesivo e irregular juicio de admisibilidad del recurso de apelación efectuado por V.E., afectó el ejercicio concreto de una facultad procesal del asesor tutelar, la de recurrir una decisión adversa para sus intereses.

La llamada impugnabilidad subjetiva, o sea, los requisitos que la ley establece en relación con los sujetos procesales que intervienen en un proceso y las resoluciones impugnables para cada uno de ellos, son delimitados por la ley procesal a través de la especificación del ámbito de sujetos intervinientes en el proceso que en determinadas circunstancias se encuentran facultados a solicitar la revisión de una decisión judicial.

En nuestro código de forma están previstos en el art. 267, que refiere a la necesidad de que los sujetos que pretendan ejercer una facultad recursiva tengan un interés directo y sean aquéllos a los cuales la ley expresamente autoriza para ello, pero, cuando no exista una referencia expresa a los sujetos autorizados, el principio general que emerge es aquél que dispone que cuando la ley no distinga entre las diversas partes, todas podrán recurrir.

En el caso del recurso de apelación del asesor tutelar dirigido contra la resolución que rechazó su planteo de inconstitucionalidad del art. 335, *in fine*, del CPP, e hizo lugar al lanzamiento pretendido por el fiscal, resulta palmario, por un lado, que ese recurso no le estaba vedado al asesor tutelar, en virtud de lo normado en el art. 267, último párrafo del CPP, y, por el otro, que el representante del Ministerio Público Tutelar tenía un interés directo en lograr la revocación de la resolución atacada en esa oportunidad, toda vez que en ella no se hacía lugar a su pedido de declaración de inconstitucionalidad de la medida prevista en el art. 335, *in fine*, del CPP, con la que se desalojó por la fuerza pública a los niños que ocupaban el inmueble sito en la calle Tarija 3368, de esta ciudad.



Si bien el examen de admisibilidad de un recurso, de acuerdo a nuestro código procesal penal, se encuentra en cabeza de la Cámara de Apelaciones, es obvio que en su aspecto subjetivo ese examen sólo podrá referirse a los extremos apuntados anteriormente. Cualquier aditamento que los jueces incorporen en el contexto del análisis de los requisitos de admisibilidad subjetiva de un recurso, por fuera de los expresos puntos establecidos por la ley procesal, significará una ilegal exigencia y una coerción inválida al ejercicio de una facultad procesal. Es en este sentido que el art. 275, segundo párrafo, del CPP, dispone que el tribunal de alzada solamente podrá rechazar *in limine* el recurso cuando sea interpuesto por quien no tenga derecho o fuera de término o sin observarse las formas prescritas o cuando el acto impugnado fuera irrecurrible; en otros términos, la ley de forma prevé que se podrá rechazar *in limine* un recurso únicamente ante la inobservancia de un requisito de admisibilidad. Fuera de estos casos, la alteración de las exigencias legales significará una flagrante violación de la garantía del debido proceso legal.

El proceso legal previo resulta así una construcción legal que dispone en forma previa, abstracta y obligatoria para cualquier caso futuro, cuáles son los actos que deben cumplirse en su desarrollo, quiénes pueden ser sus protagonistas, qué formas se deben observar y en qué orden deben cumplirse, todo lo cual es inalterable.

Por ello, la fórmula general debido proceso legal “acoge el conjunto de garantías constitucionales que, por una parte, aseguran a las partes el ejercicio de sus facultades y poderes procesales, y, por la otra, resultan indispensables para el adecuado ejercicio de la jurisdicción” (cfme. ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; PELLEGRINI GRINOVER, Ada; y DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoría Geral do processo, San Pablo, Malheiros Editores, 2003, pág. 28, citado en RAMÍREZ GARCÍA, Sergio, “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en AAVV, Anuario de Derecho Constitucional



Latinoamericano, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, Vol. 2006-II, págs. 1111/1173).

Por lo tanto, al rechazar V.E. *in limine* el recurso de apelación incoado por el asesor tutelar con fundamento en que este último carecía de legitimación procesal para intervenir en el proceso, esa decisión representó una flagrante alteración de las formas procesales previstas en la ley para resolver la admisibilidad del recurso y, eventualmente, el rechazo *in limine* de éste.

Por lo tanto, el proceder de V.E. al momento de resolver sobre la admisibilidad del recurso, afectó las garantías constitucionales de defensa en juicio (art. 18 CN) y debido proceso legal (art. 33, CN).

IV.- PETICIÓN

Por las razones expuestas, habiendo demostrado la existencia de todos los requisitos de admisibilidad y procedencia formal del recurso de inconstitucionalidad, incluida la cuestión constitucional a debatir, en el presente solicito que:

- 1) Se tenga por presentado en tiempo y forma el presente recurso de inconstitucionalidad (art. 27 de la ley 402).
- 2) Se declare admisible el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, se eleve éste al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Excmo. Tribunal Superior de Justicia:

I.- FUNDABILIDAD

Vengo a dar las razones que hacen a la procedencia y fundabilidad del presente recurso de inconstitucionalidad.



En orden a exponer los fundamentos que conllevan a la resolución favorable de la cuestión constitucional expuesta ante la Cámara de Apelaciones del fuero y, en consecuencia, del recurso de inconstitucionalidad introducido, cabe referir que en la resolución recurrida el tribunal *a quo*, a partir de un estrecho y equívoco análisis cuyo marco estuvo dado únicamente por la normativa de orden infraconstitucional, en forma subrepticia, o mejor dicho, infundadamente, redujo las atribuciones y funciones del asesor tutelar, soslayando, de esa manera, expresas normas de raigambre constitucional que en forma directa se vinculan al ámbito de actuación del Ministerio Público Tutelar en todo proceso judicial; ámbito establecido principalmente por reglas contenidas en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (art. 125 CCABA).

Además, el *a quo* desconoció aspectos sustanciales referidos a los derechos y garantías constitucionales de los niños, niñas y adolescentes en todo proceso judicial o administrativo. Negó que un desalojo por la fuerza pública que tiene por objeto a niños sea un supuesto en el que los derechos reconocidos en la normativa especializada a este colectivo de personas adquieran operatividad.

En síntesis, el *a quo* sólo en función de lo que dispone el art. 40 del RPPJ, consideró que los niños no deben ser escuchados en el presente proceso, que su opinión no debe ser tenida en cuenta y que su interés superior no tiene ninguna incidencia ante una decisión que los expulsó compulsivamente de su vivienda. De esa forma, conforme el sentido del razonamiento expresado por el *a quo* en la resolución en crisis, resultaba *lógico* concluir —insisto, en ese particular razonamiento— que el asesor tutelar no se encuentra legitimado para intervenir, toda vez que el mismo art. 40 del RPPJ definiría, según su entender, en forma total y absoluta el ámbito de competencia del asesor tutelar en este fuero.

Por ello, a partir del contenido de la decisión finalmente acaecida en torno a la legitimación del asesor tutelar, resultaron claramente controvertidos los alcances de las atribuciones constitucionales del Ministerio



Público Tutelar y la operatividad de los derechos y garantías constitucionales de los niños niñas y adolescentes.

Además, la resolución judicial criticada adolece de un grave vicio que la afecta intensamente. Ella contraría los principios generales de los recursos; principalmente, afecta el ejercicio pleno de la facultad recursiva de quien impugna una decisión buscando su revocación, ejercicio que implica la imposibilidad de que la Cámara de Apelaciones resuelva de una manera tal que sitúe a ese impugnante en una situación más gravosa que aquella en la que se encontraba al momento de recurrir.

En materia de recursos en un proceso judicial, el objeto del conocimiento del tribunal de alzada es el objeto de la impugnación deducida, principio del que no escapa el recurso de apelación; por ello, el órgano judicial que entiende en el recurso de apelación no puede apartarse de los límites representados por los agravios de los recurrentes.

Sin perjuicio de ello, como lo apunta la doctrina (v. GUARIGLIA, Fabricio, "Régimen general de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación", en AAVV, *Los recursos en el procedimiento penal*, MAIER J.B.J (comp.), Editores del Puerto, 1999, pág. 13), existe una excepción a esa regla general, al admitirse la revisión de vicios de la resolución que no han sido objeto de agravio, si éstos encuadran dentro de alguna de las nulidades absolutas previstas en la ley, declarables de oficio en cualquier estado del proceso. Excepción que podría entenderse receptada en nuestro código de forma en materia penal, en su art. 71.

Pues bien, una somera lectura del auto impugnado es suficiente para concluir que la Cámara de Apelaciones no hizo uso de la facultad excepcional recién descripta, cuando resolvió el recurso de apelación incoado por el asesor tutelar. Ninguna circunstancia revela que el tribunal de alzada hubiera declarado la nulidad de algún acto procesal, y con ello, se hubiera constatado la mentada excepción al principio general que limita la competencia del tribunal de alzada a los motivos del agravio.



A la luz de las constancias de la causa, se aprecia que el acusador no hizo uso de la facultad de adherir a recurso alguno. Entonces, más allá de la singular forma en que fue receptada la facultad de adherir a un recurso en nuestro código procesal (art. 271, CPP), lo cierto es que ni siquiera cabe examinar las implicancias y controversiales consecuencias que puede generar la utilización del instituto de la adhesión.

Con todo ello pretendo poner de relieve la inexistencia de un justificativo para el proceder abusivo de la Cámara de Apelaciones. En consecuencia, no había razón para que el tribunal de alzada decidiera negar al asesor tutelar *la legitimación para intervenir en el proceso*, so pretexto de un examen de admisibilidad, vasto y extenso, del recurso de apelación. Por ello su decisión no conforma un acto judicial válido.

Al no respetar el límite que los recursos imponen a la jurisdicción del órgano de alzada, la Cámara de Apelaciones afectó garantías constitucionales —derecho de defensa (art. 18, CN) y debido proceso legal (art. 33, CN)— reglamentadas, en lo que hace a la materia de recursos, en el art. 276 de nuestro código de forma.

Por lo demás, la alteración de las formas procesales previstas por nuestro código de rito para el examen de admisibilidad de los recursos y para la eventual posibilidad de rechazar *in limine* éstos, practicada por la Cámara de Apelaciones en la decisión de fecha 1° de septiembre de 2009, representa también una afectación de la garantía del debido proceso legal, en el entendimiento de que esta garantía justamente asegura el correcto ejercicio de las facultades de los sujetos que intervienen en un proceso judicial.

De esta forma, si como dije oportunamente, el proceso legal previo, en cuanto principio, dispone en forma previa, abstracta y obligatoria para cualquier caso futuro, cuáles son los actos que deben cumplirse en el desarrollo del procedimiento, qué formas se deben observar y en qué orden deben cumplirse; y, además, la garantía constitucional del debido proceso legal, que acoge a tal principio, preserva a esta parte el ejercicio de



sus facultades y poderes procesales, y, a su vez, le asegura el adecuado ejercicio de la jurisdicción; el examen de admisibilidad de un recurso de apelación interpuesto en el ejercicio de las facultades procesales establecidas por ley a los sujetos que actúan en un determinado proceso judicial, no puede exceder los claros parámetros fijados por la ley de forma, pues de lo contrario se cercena una facultad procesal que la garantía del debido proceso legal custodia y, por ello mismo, se ejerce irregularmente la jurisdicción.

II.- DESARROLLO DE LOS SUFICIENTES AGRAVIOS CONSTITUCIONALES PLANTEADOS

Reformatio in pejus. Excesivo e ilegal control de admisibilidad. Afectación a las garantías de defensa en juicio y debido proceso legal. Arbitrariedad de la decisión.-

Quizá resulte imperioso hacer algunas consideraciones previas en torno al instituto de la legitimación procesal, y su diferencia con la facultad subjetiva para interponer recursos de apelación, pues esta semejanza o diversidad conceptual es de suma importancia a la hora de demarcar el contorno del examen de admisibilidad de los requisitos subjetivos del recurso previsto en el art. 279 CPP.

La investigación de la legitimación procesal del asesor tutelar debe referirse a la titularidad de la facultad que invoca para actuar en el proceso en defensa de los intereses y derechos de los niños, y, en consecuencia, para contradecir la pretensión que los tiene por objeto. Ella no debe ser asimilada a un recaudo subjetivo de admisibilidad de los recursos, pues la posibilidad de interponer recursos puede aparecer, por ejemplo, cuando se niega la legitimación procesal de ese sujeto en el proceso; de confundirse uno y otro concepto, la parte afectada por una resolución que le niega legitimación no estaría habilitada para impugnar tal resolución.

Es sabido que uno de los requisitos de admisibilidad del recurso de apelación atiende a los sujetos que intervienen en su interposición,



sustanciación y resolución. Con esta condición se examinan los aspectos subjetivos del recurrente en relación a dos requisitos puntualmente (cfme. art. 267 del CPP): 1) autorización expresa de la ley para hacerlo, con excepción de la regla del párrafo tercero del art. 267, CPP; 2) la existencia de un interés directo o agravio.

Por lo tanto, el juicio de impugnabilidad subjetiva del recurso de apelación del asesor tutelar debió tener en cuenta únicamente si ese funcionario se encontraba autorizado, en los términos del art. 267 del CPP, para recurrir, y si la resolución recurrida era adversa a los intereses concretos de dicho asesor. Ninguna consideración cabía hacer en torno a la aptitud procesal que en el presente proceso tiene el asesor tutelar, dado que ella era ajena a ese examen admisibilidad subjetiva, y en este caso, a la propia jurisdicción de la Cámara de Apelaciones, según la estructuración dada por los agravios de los recursos interpuestos.

En este sentido, puede referirse que la interposición del aludido recurso de apelación no le estaba vedada por norma procesal expresa alguna al asesor tutelar, por lo que resultaba de entera aplicación la regla establecida en el art. 267, tercer párrafo, del CPP. Además, claramente la decisión judicial que en aquella oportunidad se apeló ocasionaba un grave y concreto perjuicio a los intereses del asesor tutelar, tal como él se encargó de precisar a la hora de fundamentar aquel recurso de apelación. Así parece haberlo entendido la misma Cámara de Apelaciones, dado que al rechazar *in limine* el recurso de apelación incoado, no destinó, en la resolución ahora impugnada, una línea siquiera en torno a esta cuestión.

Resulta clara la equivocación del *a quo* al recurrir al art. 275, 2º párr., CPP, como fundamento normativo de su decisión, pues esa norma jurídica claramente hace referencia a requisitos de admisibilidad de los recursos, los que en su aspecto subjetivo atienden a los extremos apuntados párrafos atrás y que están establecidos en el art. 267 del CPP. Evidentemente, la Cámara de Apelaciones no tenía nada para objetar en relación a la



habilitación de los sujetos procesales para recurrir una resolución determinada, lo que técnicamente se conoce como un recaudo subjetivo de admisibilidad del recurso.

Lo que sí escudriñó, erróneamente, el tribunal *a quo* fue la legitimación procesal del asesor tutelar, o sea, el fundamento de su intervención —no cuestionada válidamente— en el proceso incidental mencionado. De ahí que la decisión ahora impugnada hiciera mención a un rechazo del recurso por falta de legitimación. Como si eso no fuera suficiente para su exhaustivo análisis, el tribunal *a quo* se remitió a un caso donde en forma análoga resolvió declarar la carencia de legitimación para actuar del asesor tutelar, y en el cual se encargó de inquirir concienzudamente el fundamento de la legitimación sustancial de los niños a los que abarca el desalojo por la fuerza pública, para después concluir que esa aflictiva medida de la cual eran objeto no es razón suficiente para reconocerles su constitucional derecho a ser oídos y a participar en este proceso judicial.

Vale entonces recordar que el juez de primera instancia, en el incidente provocado por el pedido de lanzamiento de los niños de un inmueble efectuado por el fiscal actuante, reconoció el carácter de tercero interesado del asesor tutelar.

Resulta manifiesto de las constancias de la causa que la legitimación de la asesoría de primera instancia no fue cuestionada en forma oportuna e idónea. El fiscal de primera instancia no impugnó mediante las vías procesales legalmente predisuestas la intervención dada por el juez de primera instancia al asesor tutelar. En síntesis, el carácter de interesado en el trámite incidental del asesor tutelar fue reconocido por el juez de primera instancia, al darle la pertinente vista en forma posterior a la petición fiscal por la cual se introducía su pretensión de desalojar a los niños de su vivienda —más allá de su error al momento de subsumir en las normas adjetivas vigentes tal acto procesal de comunicación—, sin que ningún otro sujeto procesal cuestionara esa intervención, ni al momento en que se corrió la aludida vista, ni



cuando ella fue contestada, ni menos aún una vez que el juez de primera instancia reconoció la validez legal de los planteos incoados por el asesor tutelar —aunque finalmente considerara que no le asistía razón a él— y emitió su decisión en relación a la solicitud de entrega del inmueble requerida por el fiscal.

En la resolución impugnada mediante el presente recurso de inconstitucionalidad, el tribunal *a quo* determinó que correspondía rechazar *in limine* el recurso de apelación del asesor tutelar, en aplicación de lo dispuesto en el art. 275, 2º párrafo, del CPP. Ello debía ser decidido de esa manera, según el *a quo*, toda vez que el art. 40 de la ley 2451 “sólo refiere la intervención del asesor tutelar cuando el menor es víctima, testigo o imputado de un delito”. Siguiendo con su razonamiento, el *a quo* aseveró que cabía colegir que el asesor tutelar no se hallaba facultado para intervenir.

Aun a riesgo de caer en repeticiones, cabe poner en relieve la inexistencia de formales impugnaciones incoadas a través de los medios procesales legalmente previstos, dirigidas a cuestionar la intervención del asesor tutelar en la presente causa.

Al margen de que, según entiendo, el asesor tutelar de primera instancia tiene, o mejor dicho, debe tener legitimación procesal para intervenir en procesos como éste, lo cierto es que la legitimación del asesor tutelar y su obligación de intervenir en el presente incidente escapaban a la competencia del tribunal *a quo*.

Los jueces decisores desconocieron principios básicos que hacen a su función jurisdiccional; la jurisdicción de alzada no puede avanzar sobre una cuestión no introducida por los recurrentes, con excepción, claro está, de la existencia de un acto irregular que amerite la declaración de su nulidad (art. 71 del CPP), que, como se lee en la resolución recurrida, no se trató del caso suscitado.

Toda vez que la discusión sobre la cuestión relacionada a la legitimación procesal quedó firme con la resolución dictada por el juez de



primera instancia, que no fue recurrida por el fiscal, en la que se consideraron válidos los planteos del asesor, la oportunidad para controvertir ese punto había precluido. Por eso mismo, la introducción de este punto por la Cámara de Apelaciones implicó para el recurrente —asesor tutelar— una *reformatio in pejus*, “lo cual constituye una violación directa e inmediata de las garantías de defensa en juicio” (CSJN *Fallos*: 326:4237, sus citas y otros). Circunstancia que importa que la decisión en crisis fuera dictada sin jurisdicción, afectando de manera ilegítima la situación obtenida por el asesor tutelar merced al pronunciamiento consentido por el Ministerio Público Fiscal, y que se viera lesionado, de ese modo, la garantía de defensa en juicio (Cfme. CSJN, *Fallos*, 330:5187).

Es que si el asesor tutelar, parte interviniente en un proceso incidental y cuya participación en el trámite de dicho incidente estaba consolidada en términos procesales, en el ejercicio de las facultades previstas por la ley de forma introdujo un recurso de apelación por el cual pretende la revocación de una decisión de primera instancia que afectó los intereses que él defiende en proceso —en concreto, no hizo lugar a su pedido de que los niños que habitan un inmueble no sean desalojados mediante una medida claramente inconstitucional—, su legitimación procesal no puede ser desconocida por una resolución del *a quo* dictada de oficio y al margen del recurso que le atribuye su competencia. Visto ello desde la óptica del recurrente, el solo ejercicio de su potestad procesal no puede implicar que él se vea, de ahora en más, excluido del proceso por una decisión de la Cámara de Apelaciones tomada por fuera de sus atribuciones. Entiéndase bien, en la pieza procesal impugnada no se hizo un examen de admisibilidad del remedio procesal, y por lo demás, la legitimación procesal del asesor en el incidente formado a raíz del pedido de desalojo de los niños no fue introducido, obviamente, como agravio en el único recurso que habilitó su jurisdicción.

Qué sentido tendría brindar a un litigante una facultad procesal si su sola puesta en práctica trae aparejada una situación más



gravosa que aquella que él quería revertir mediante el ejercicio de esa facultad. Un proceder como el de la Cámara de Apelaciones, al recortar ilegítimamente la facultad recursiva de un sujeto que válidamente interviene en un proceso, mediante la expulsión de éste de ese proceso, atenta contra el ejercicio de defensa de ese litigante, ya que su recurso era el único que delimitaba, o debía hacerlo, la competencia del tribunal de alzada para el cumplimiento de su jurisdicción.

Justamente por esta última reflexión, por la carencia de la competencia necesaria del *a quo* para decidir como lo hizo, su decisión no puede ser considerada un acto jurisdiccional válido, en otras palabras, es absolutamente arbitraria, ya que consiste en un acto contrario a la justicia, guiado solo por un parecer de quien lo impuso.

Desde otro punto de vista, el proceder del tribunal *a quo*, al modificar las reglas procesales que hacen al examen de admisibilidad de un recurso, mediante un escrutinio impropio de ese análisis, representa un apartamiento arbitrario, irregular e inválido de las normas procesales previstas para la reglamentación de una facultad procesal.

Alfredo Velez Mariconde afirmaba que si alguna vez fue posible que el juez modificara el procedimiento establecido por la ley, no hay duda que en base al desarrollo de los principios constitucionales vinculados a la garantía del debido proceso legal, se ha querido prohibir esa alteración. (Cfme. VELEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Ed. Lerner, 3° edición, actualizada por AYAN, Manuel y CAFFERATA NORES, José Ignacio, T. II, pág. 22 y siguientes).

El derecho a contar con un debido proceso legal, es el derecho que busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana en cualquier tipo de proceso.

El debido proceso adjetivo como institución de un Estado de Derecho consolida los diversos derechos y garantías generales del



justiciable (art. 8, párr. 1, de la CADH), y es así "generalmente caracterizado por la invocación de los elementos que lo integran y cuyos méritos derivan de la conformidad entre el enjuiciamiento y la ley, pero también entre ambos y la justicia" (Cfme. GARCÍA RAMIREZ, Sergio, "Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en AAVV Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, Vol. 2006-II, pág. 1125).

Desde este prisma, la garantía del debido proceso legal, para algunos doctrinarios, emana del art. 33 de la CN, o sea, es una garantía implícita (cfme. BERTOLINO, PEDRO, "Sobre el debido proceso en materia penal", ED-tomo 105, 1984, págs. 763-770). A su respecto, cada código procesal debe importar una regulación legislativa general reglamentaria de la garantía constitucional; regulación que debe entenderse como abarcadora de todas las proyecciones del debido proceso legal.

El principio de legalidad procesal, en cuanto exige que una ley formal regule los actos del proceso, atiende a las resonancias que la ley tiene en el concepto de debido proceso, en su sentido estrictamente procesal. Implica, en otras palabras, una reserva de ley en materia procesal, en virtud de la cual los actos rituales sólo pueden ser establecidos mediante una ley formal, emanada del Poder Legislativo, además de un derecho a la propia existencia y disponibilidad de un proceso legal. En un análisis primario de este *legismo* procesal, la cuestión constitucional se limita a la razón de la imperiosa necesidad de que los actos procesales estén prefijados por ley formal.

Por ello, las formas procesales que la ley establece en forma previa para que los justiciables ejerzan sus poderes y facultades dentro del procedimiento judicial, tienen su claro fundamento en la evitación de cualquier arbitrariedad (v. gr. un examen de admisibilidad de un recurso por fuera de los expresos términos de la ley procesal) del órgano jurisdiccional.

En consecuencia, si para la admisión de una prerrogativa propia del derecho de defensa, como es la posibilidad de recurrir



una sentencia adversa, la ley prevé únicamente el cumplimiento de ciertos requisitos, cualquier otra añadidura que un tribunal del Alzada introduzca a ese juicio de admisibilidad equivale a un cambio esencial al modo en que él se encuentra previsto en nuestra normativa de forma y, por lo tanto, representa una contravención a la legalidad que rige el procedimiento y que se encuentra inmersa en la garantía del debido proceso legal.

Por ello, la Cámara de Apelaciones, al decidir sobre la admisibilidad del recurso de apelación del asesor tutelar, debió circunscribir su análisis al expreso mandato normativo, el que establece como supuestos de inadmisibilidad subjetiva de un recurso la incoación por quien no está expresamente habilitado por la ley a ese efecto, o carece de un interés directo en lograr la revocación de la decisión impugnada. Al no hacerlo de esa manera, afectó gravemente la garantía del debido proceso legal (art. 33 CN) de quien vela por los intereses de los niños en este proceso.

Derecho de los niños a participar del proceso.

Operatividad de las cláusulas constitucionales. Derecho a la vivienda.

La resolución recurrida pone en crisis la legitimación sustancial de los niños en el trámite de un incidente de desalojo que los abarca. El lanzamiento por la fuerza pública requerido por el fiscal de primera instancia se pretende llevar a cabo respecto de todos los ocupantes del inmueble, y ello al margen de la naturaleza del proceso principal iniciado por la presunta comisión del delito de usurpación.

Sabido es que sobre el objeto materia del proceso giran diversas pretensiones. Aunque la pretensión principal, obviamente, de derecho penal, la hace valer el representante del Ministerio Público Fiscal y está referida a la existencia de una posibilidad delictual concreta, también otras pretensiones accesorias pueden introducirse o hacerse valer en el proceso penal sin que menoscaben su naturaleza jurídica (v. gr. el derecho de los testigos a que se le restituyan los gastos causados por la obligación de concurrir a declarar; el



derecho de un perito a reclamar la regulación y el pago de sus honorarios; el derecho de quien es afectado en sus derechos patrimoniales a controvertir la decisión judicial adoptada respecto de la restitución de los objetos secuestrados; el cuestionable, desde un punto de vista constitucional, derecho de quien resulta aparentemente damnificado por un supuesto delito de usurpación a requerir la entrega del inmueble durante el proceso).

Obviamente en el trámite de estas cuestiones sustanciales que constituyen instancias incidentales, pueden intervenir un sujeto secundario del proceso o un tercero interesado enfrentados a quienes invoquen algunos de estos derechos antes detallados a modo de ejemplo. Esos terceros resultarán parte del proceso incidental, con todas las facultades implícitas de tal carácter, atento a la posible afectación de sus derechos que conllevaría la correspondiente resolución judicial, y más allá del proceso principal en el que el incidente se suscita. Desconocerle esa legitimación procesal en el incidente, con el argumento de que ese sujeto no es parte del proceso principal, implica, en términos de V.E., una decisión injusta que contraría el legítimo derecho a defenderse en juicio (art. 18, CN y 13.3, CCABA) (v. Tribunal Superior de Justicia, en los expedientes “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Cáceres, Gonzalo Javier s/ inf. art. 72 ley n° 10 —honorarios de perito—”, resolución de fecha 12 de marzo de 2008; *in re* “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Yu Tu s/ inf. art. 61 CC —honorarios de perito—”, resolución de fecha 18 de junio de 2008).

En lo que a la obligaciones estatales de oír y dar participación al niño en los procesos judiciales respecta, cuestión directamente vinculada a la legitimación sustancial de los niños que habitan el inmueble cuyo desalojo se pretende, la específica normativa de raigambre constitucional (art. 12.2 de la CDN, art. 75, inc. 22, CN), como aquella de orden local (CCABA, ley local 114 y ley local 1903), es amplia en su consideración. O dicho de otro



modo, esa normativa recepta generosamente el derecho del niño a ser oído y a participar en un proceso que compromete su persona y sus derechos.

El art. 12.2 de la CDN establece el deber del Estado de brindarle al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

La ley nacional 26.061 determina, en lo conducente al tema en análisis, que: (a) la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en toda decisión judicial que se adopte respecto de las personas menores de 18 años de edad (art. 2); (b) los derechos y las garantías de niños, niñas y adolescentes "son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles" (art. 2, in fine); (c) el Estado debe garantizar a niños, niñas y adolescentes, en cualquier procedimiento judicial que los afecte, el derecho: a ser oídos (arts. 3. b, 24 y 27.a), a que sus opiniones sean tomadas primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión (art. 27.b) y a ser asistidos por un letrado especializado en niñez y adolescencia (art. 27.c).

La ley local 114 establece, en lo concerniente a esta cuestión, que: (a) en la aplicación e interpretación de todas las normas locales y en todas las medidas judiciales, "es de consideración primordial el interés de niños, niñas y adolescentes" (art. 3); (b) el "interés superior de niños, niñas y adolescentes, es el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en el futuro pudiera reconocérseles" (art. 2); (c) los niños, niñas y adolescentes, "tienen derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos" (art. 17).

El art. 49, inc. 1º, de la ley local 1903, fuente de derecho procesal en sentido amplio, impone al asesor tutelar la función de asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones



judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen.

A su vez, el inciso 2º del mismo artículo de la ley 1903 establece que es tarea propia del asesor tutelar promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad, de los/las incapaces o inhabilitados/as, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los o las tuvieran a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as.

Por su parte, el inciso 4º de la ley mencionada en el párrafo precedente prescribe como función del asesor tutelar, la de intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afectare los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, y entablar en defensa de estos/estas las acciones y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios. Vale recordar que el art. 59 del CC dispone que, a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.

Como fuera dicho, la Constitución de la Ciudad (arts. 124 y 125) y las leyes locales 114 y 1903, en estricto cumplimiento de lo ordenado por el art. 4 de la CDN, no hacen más que receptar los principios establecidos



por esa convención internacional (v. voto de la Dra. Ruiz del Tribunal Superior de Justicia en el expediente nº 1472/02 “Ministerio Público –Asesoría Tutelar ante la CCAyT- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Comisión Municipal de la Vivienda c/ T. R. s/ desalojo”, resolución de fecha 16 de octubre de 2002).

En igual sentido tiene dicho la doctrina que tras la sanción de la ley nacional 26.061, lo que resulta ponderable también respecto de la ley local 114, se eliminó cualquier discrecionalidad judicial o administrativa para determinar la conveniencia de que el niño ejerza sus derechos procesales, dado que esos derechos encuentran recepción específica, con carácter imperativo, en las normas citadas (v. GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes*, Ed. EDIAR, 2007, pág. 443). Eliminación ésta, vale agregar, que sólo es dable exponer en un plano normativo, pues la realidad da sobradas muestras de discrecionalidades y arbitrariedades.

El reconocimiento de la legitimación sustancial de los niños en los casos como el de autos, o sea, ante un desalojo que los abarca, fue efectuado por V.E. en ese mismo precedente citado párrafos atrás (v. expediente nº 1472/02 “Ministerio Público –Asesoría Tutelar ante la CCAyT- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Comisión Municipal de la Vivienda c/ T. R. s/ desalojo”, resolución de fecha 16 de octubre de 2002).

El principio estructurante de participación que se encuentra contenido en el art. 12.2 de la CDN no limita, *ex profeso*, su enunciado a un determinado proceso judicial que tenga como protagonista al colectivo de personas al cual se dirige. De la misma manera es receptado por las normas jurídicas reglamentarias (v. gr. ley local 114). Por ello, las reglas procesales que precisan y particularizan la participación de los niños en determinados supuestos (v. gr. art. 40, RPPJ) no pueden servir de parámetro para cercenar ese amplio derecho constitucional. En este sentido, no podría



decirse, sin caer en un absurdo manifiesto, que los niños en el proceso civil sólo tienen reconocido su derecho sustancial de participar en el supuesto contemplado en el art. 220 CPCCN o en el del art. 426 CPCCN.

Pues bien, este mismo defecto es dable propiciar respecto de la resolución aquí recurrida. Circunscribir, de la forma en que lo hizo el tribunal *a quo*, al enunciado normativo del art. 40 del RPPJ, todos los supuestos en los cuales encuentre operatividad el derecho de los niños a ser escuchados y a participar personalmente o a través de un representante legal en un proceso judicial que comprometa sus derechos, denota una visión errada, en cuanto a la normativa infraconstitucional que aplicó —claramente impertinente— y arbitraria, en razón de la inobservancia de las normas internacionales —absolutamente aplicables al caso, de conformidad con lo establecido en el art. 10 CCABA—.

En la resolución judicial recurrida, y en el precedente citado en ella, a partir de un vago criterio hermenéutico, que hasta dificulta la crítica de aquélla, el tribunal *a quo* antojadizamente recurre en su construcción argumental a una irreflexiva concatenación de normas jurídicas cuyo único hilo conductor lo conforma su referencia a los niños, niñas y adolescentes. Resulta llamativa en este punto la arbitrariedad con la que se desarrolla esa tarea de interpretación, pues no existe razón alguna —o al menos ella no está expresada en la resolución en crisis— para aseverar, como lo hace el tribunal *a quo*, que “el inc. 2º del art. 49 de la ley 1.903 debe complementarse con lo dispuesto por el art. 40 de la ley 2451”, disposición esta última, cuando menos, innecesaria para el caso que convocaba su jurisdicción. Por ello, la conclusión a la que conduce esa falaz premisa es inválida. Ello muestra a las claras que todo este extravagante proceder tuvo el claro propósito, plasmado luego en su conclusión, de restringir indebidamente el marco normativo en el que se debe desarrollar los derechos de los niños en nuestra ciudad.

Por otra parte, la decisión del *a quo* que desconoce la legitimación sustancial de los niños, expone aserciones basadas en



argumentos irreflexivos que no reparan ni mínimamente en las constancias de la causa, ni en lo manifestado por el propio juez de primera instancia en decisiones consentidas por todos los intervinientes.

Resulta atinado reiterar que el ejercicio de los derechos de audiencia y participación reconocidos a nivel constitucional e infraconstitucional, se inscriben en el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes —paradigma vigente a nivel normativo desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño—, por lo que se estructuran sobre la idea del reconocimiento del niño como sujeto de derecho. En este sentido, ante una pretensión incoada en un proceso judicial con el fin u objeto de lograr el desalojo por la fuerza pública de un niño de su vivienda, se impone, en respeto básicamente de su carácter de persona y en razón de su interés superior (cfme. art. 2 de la CDN), que su participación en ese proceso sea garantizada en pos de que también sus derechos sean tenidos en cuenta al momento de resolver aquella pretensión.

Naturalmente esa participación implica, en primer lugar, el derecho a contar con una asistencia letrada especializada, y, en segundo lugar, la posibilidad de hacer alegaciones y postulaciones tendientes a evitar una decisión que afecte su persona y sus derechos, esto es, a ejercer la defensa de sus derechos, tanto desde un punto de vista material, como desde uno técnico. Todo ello al margen del singular proceso penal en el que surge esa posibilidad de aflicción directa de sus derechos, y más allá del particular rol procesal que le cabe a sus padres en ese proceso. De esa forma lo dispone la normativa internacional ya citada y nuestra legislación local. De qué otra manera podría ejercer su resistencia el niño, con fundamento en que su derecho a la vivienda no puede ser afectado por una inconstitucional medida de lanzamiento, sino es tomando parte en el proceso en forma personal o por medio de sus representantes.

Huelga decir que sin perjuicio de la facultad del niño de proceder personalmente en el ejercicio de sus derechos —cuando pudiere



hacerlo—, nada impide que este derecho pueda concretarse a través de la actuación de sus representantes legales, siempre y cuando se considere que la voluntad manifestada en ese procedimiento es efectivamente la del representado, y no la de quienes actúan en su nombre e interés.

Sin perjuicio de cualquier achaque que pudiera realizarse a la técnica legislativa empleada en la elaboración de las normas jurídicas apuntadas, lo cierto es que su amplia textura tiene el mérito de posibilitar una aplicación progresiva, adecuada y actualizada en relación a los supuestos en los que el compromiso de los derechos de los niños es de tal entidad que imperativamente exige el reconocimiento de su derecho a participar en el ámbito donde ello sucede. Claro está que esa misma extensión puede ser vista como un defecto de vaguedad que, a la luz de los resultados vistos en esta causa, permita una ilegítima reducción, en contradicción con lo previsto en el art. 10 CCABA, de la operatividad de ese principio estructurante que en materia de niñez reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño.

Particularmente en lo que hace a un desalojo por la fuerza pública dirigido a un niño, es indudable que esa medida provoca la pérdida de su vivienda; por lo que adquieren vigor las cláusulas constitucionales relativas al derecho que tiene toda persona a contar con una vivienda digna (art. 31 CABA).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la opinión de los órganos internacionales de protección de los pactos “constituye una guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (CSJN, *Fallos*, 318:514).

En atención a ello, y tal como lo hiciera el distinguido juez Maier (v. expediente nº 1472/02 “Ministerio Público –Asesoría Tutelar ante la CCAyT- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Comisión Municipal de la Vivienda c/ T. R. s/ desalojo”, resolución de fecha 16 de octubre de 2002), corresponde traer a colación las opiniones que, en materia de derecho a la vivienda y su específica vinculación con la situación de



los niños como particular grupo de consideración, brindan los órganos internacionales, en particular la del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de contralor del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce en su artículo 11 párrafo 1º el derecho a una vivienda adecuada. Dos Observaciones Generales se han producido sobre la materia, en las que se recalca que uno de los componentes del derecho a una vivienda adecuada es la “seguridad jurídica de la tenencia”, abarcadora, sin dudas, del derecho a garantías procedimentales suficientes para alegar y discutir en sede judicial en contra de la amenaza de desalojo.

Así, en su Observación General nº 4, “El derecho a una vivienda adecuada” (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto) (1991), señala que “todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas” (punto 8 a). Entre los elementos componentes del derecho a la vivienda adecuada conformes con la disposición de recursos jurídicos, el Comité enumera las “apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales” (punto 17). Más aún, el Comité considera que “las instancias de desahucios forzados son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional” (punto 18).

Como se dijera en el voto antes referido, aún más específica es la Observación General nº 7 (1997), “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados”, donde el Comité destaca “el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada” (punto 8), la situación de los niños en cuanto grupo vulnerable (punto 10) y, en particular, que “[a]unque algunos desalojos puedan ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera



permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados” (punto 11). En este último sentido se precisa “que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran... g) ofrecer recursos jurídicos” (punto 15).

En sentido convergente, la Observación General 17 (1989) del Comité de Derechos Humanos, “Los derechos del niño (artículo 24)”, deja en claro que “[t]odo niño, debido a su condición de menor, tiene derecho a medidas especiales de protección” (punto 4), proposición que resulta acorde con la pauta hermenéutica del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el voto antes citado.

Por lo demás, corresponde puntualizar que las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, a las que recientemente adhiriera la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada 5/2009 de fecha 24/2/09, ya en la exposición de motivos señalan que: “[e]l sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”.

Tanto la edad como el padecimiento mental han sido relevados por dichas Reglas como causas de vulnerabilidad (Regla 1.4, 2.5 y 3.7).

Como destinatarios, las Reglas prevén a la totalidad de actores del sistema de justicia, entre los que, indudablemente, se encuentran “[l]os Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país” (Regla 24).

Dichas Reglas establecen que: “[s]e revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de



vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin” (Regla 33); y: “[s]e propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas” (Regla 34).

A la luz de todo lo dicho resulta arbitrario e irregular el trámite previo a una resolución judicial que decide sobre alguna cuestión concerniente a un derecho del niño (v. gr. derecho de vivienda) sin haber recabado su opinión mediante su intervención adecuada en el proceso. Evidentemente, en el reconocimiento de los derechos del niño resulta inescindible la necesidad de poner a su disposición los medios legales para acceder de manera efectiva al ámbito judicial.

Consecuentemente, estas conclusiones inferidas de las normas internacionales de derechos humanos entran en franca contradicción con el sentido propiciado en la resolución impugnada, en la que se echó mano, mediante un proceder contrario a la justicia, a una norma adjetiva referida a situaciones de los niños en un proceso penal (art. 40 RPPJ), ajenas al caso debatido en estos autos, con el propósito de limitar y, de esa manera, negar derechos previstos en la CN (art. 75, inc. 22).

En todo caso, aún en la hipótesis argumental de que la normativa prevista en el RPPJ era pertinente para decidir este caso, o sea, aún concediendo que podría darse en este proceso una colisión normativa entre normas de distinto orden (v.gr. constitucional: CDN, nacional: ley 26.061 y local: ley 114) y el art. 40 del RPPJ, cualquier antinomia debe ser resuelta dando prevalencia a la norma que provea la solución más favorable a la persona humana y a sus derechos.



Arbitraria reducción de las atribuciones constitucionales del asesor tutelar.

Tal como fuera formulado anteriormente, la decisión atacada en esta oportunidad causa un gravamen irreparable a esta parte, toda vez que niega al asesor tutelar de primera instancia la posibilidad de intervenir en el trámite de una medida de desalojo de un inmueble habitado por niños. En consecuencia, la resolución en crisis privó al representante del Ministerio Público Tutelar de las facultades procesales propias que hacen al ejercicio de su función, lo que significa, ni más ni menos, que este funcionario se verá imposibilitado en el presente proceso, a menos que V.E. repare tal desacierto, de cumplir con el cometido principal de las tareas que por ley le corresponden, esto es, velar por la acabada observancia y consideración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; en este caso, de los niños que habitan el inmueble cuyo desalojo el Sr. fiscal de primera instancia había requerido.

Esta situación no puede implicar otra cosa que una palmaria inobservancia de las normas locales, nacionales e internacionales que refieren a la necesaria participación procesal de un órgano estatal apropiado, cuando los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad se hallen en una situación de posible menoscabo. Por otra parte, ella compromete las funciones que por expreso mandato constitucional, tienen los representantes del Ministerio Público (art. 125, CCABA)

Como fuera dicho, las normas internacionales establecen, como imperativo jurídico, el deber de escuchar y ponderar el juicio del niño (art. 12.2 de la CDN; arts. 2, 24, 27 y ctes., ley 26.061; art. 2, 3 y 17 de la ley 114). Es a raíz de este imperativo que el dictamen del asesor tutelar que impone el art. 49, inc. 1º, de la ley 1903, como medio por el cual este último interviene y ejerce sus funciones en el proceso, representa un verdadero deber jurídico procesal en los supuestos en los que se decidan actos jurisdiccionales de carácter aflictivo respecto de los niños.



La intervención del asesor tutelar no puede ser desechada en casos como el de autos, pues ella tiende básicamente a asegurar a los niños el derecho a ser escuchados, a participar del proceso, a la vivienda, a la convivencia familiar y comunitaria (art. 12 y 27, CDN, 14 bis y 75, inc. 22, CN, 31 y 39, CCBA, 6, 17 y 25, ley 114), pasibles de ser afectados por el lanzamiento pedido por el fiscal de primera instancia y resuelto por el juez de la misma instancia.

La función del asesor tutelar en este incidente específico apuntó a que no se lleve a cabo una medida aflictiva claramente inconstitucional, esto es, tuvo como norte la puesta en evidencia de la absoluta falta de adecuación del lanzamiento pretendido a los parámetros constitucionales (v. gr. principio de inocencia y derecho de defensa en juicio). Actitud que adquiere significación cuando el titular del derecho a la vivienda es una persona menor de dieciocho años de edad, dadas las razones explicadas anteriormente y referidas al derecho a la vivienda y su trascendental vinculación con los niños (Observaciones n°s 4, 7 y 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Es que el asesor tutelar, a diferencia del estrecho margen de actuación que le otorga el *a quo*, sí se encuentra legitimado para lograr el reconocimiento de los derechos de los niños en todo proceso cuando una decisión judicial pudiera comprometerlos. Esta circunstancia debe ser entendida como una verdadera imposición de obrar que las normas internacionales, nacionales y locales le efectúan, la que puede definirse como su deber de dictaminar en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad y recurrir las decisiones adversas que generen en perjuicio concreto a los intereses en virtud de los cuales ejerce su deber.

Las opiniones y postulaciones técnicas de un órgano estatal especializado que asista a los niños en un proceso judicial, junto a los letrados particulares de éstos, no puede contradecir norma jurídica alguna, por el contrario, esta circunstancia se condice con los postulados normativos



previstos en las normas internacionales de la niñez (CDN) y en las normas infraconstitucionales (ley nacional 26.061 y leyes locales 114 y 1903) que se refieren a la necesidad de contar con un órgano público apropiado que, teniendo en miras el interés superior del niños (art. 2 CDN), los asista en el ejercicio de sus derechos y vele por la observancia de esos derechos.

Esa intervención en el proceso, según se aprecia de los enunciados normativos referidos a las funciones del asesor tutelar (art. 49 de la ley 1903), puede darse al margen, o como complemento, de la participación del niño, de su letrado particular y de sus representantes legales (art. 49 inc. 1º, ley 1903). Asimismo, esa intervención podrá ser habilitada ante la ausencia de una representación del niño legalmente otorgada según las reglas del Código Civil (art. 49, inc. 2º, ley 1903). O también puede ocurrir una participación procesal en representación de un niño cuando se den los supuestos referidos en el art. 59 CC (art. 49, inc. 4º, ley 1903). De una somera lectura de las normas antes apuntadas se colige fácilmente que ellas aluden a supuestos disímiles entre sí, aunque, eso sí, vinculados a una situación de aflicción de los derechos de los niños.

En este sentido no es casual que el supuesto de hecho receptado en el art. 49, inc. 1º de la ley 1903 sea coincidente con el establecido en el art. 12.2 de la CDN. Con ello el legislador local habilitó procesalmente al asesor tutelar para actuar en todos los casos, sin distinción de materias o fueros, en donde se encuentren comprometidos los derechos de los niños, y en los cuales la observancia de los derechos básicos y fundamentales de audiencia y participación de ese colectivo de personas, reconocidos a nivel constitucional, deban ser inexcusablemente observados. En atención a la tarea puesta en cabeza del Ministerio Público Tutelar, por expreso mandato constitucional (art. 125, CCABA), de promover la intervención de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales, el art. 49, inc. 1º de la ley 1903 representa una reglamentación adecuada de esa función y, al mismo tiempo, debe ser considerada fuente del derecho procesal en sentido amplio



(cfme. MAIER, J.B.J., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 1999, T I, págs. 121 y concordantes).

Por su parte, la adopción plena de un Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes trae implicancias en lo que hace a la labor del asesor tutelar “en representación” de las personas menores de dieciocho años de edad.

En este sentido, el incumplimiento en la institución de la figura del “abogado del niño”, prevista en la normativa nacional (ley 26.061) y en forma menos perfecta en el art. 11, inc. d) de la ley local 114, nos evita aquí de referirnos a las eventuales controversias que pudieren surgir entre esa figura y el rol del Minsiterio Público Tutelar. Pero a la vez, esa circunstancia nos obliga a postular con mayor ahínco la necesidad de que el asesor tutelar intervenga en procesos judiciales en los que la legitimación sustancial del niño se encuentra probada, y no sólo como parte legítima y esencial en razón de su posición institucional ante una controversia jurisdiccional de ese tipo, sino también en su calidad de asistente técnico especializado que tenga en cuenta principalmente los intereses particulares del niño en el caso concreto.

Por ello, un detenido análisis de las cuestiones suscitadas en el presente proceso a la luz de la normativa en vigor, nos debe llevar a la conclusión de que, aún cuando los padres de los niños estuvieren interviniendo por derecho propio y en representación de sus hijos —hipótesis no confirmada en esta causa—, la participación del asesor tutelar encuadraría válidamente, en primer lugar, en el supuesto previsto en el art. 49, inc. 1º de la ley 1903, dada la necesidad de que un órgano estatal apropiado se pronuncie y actúe en relación al interés superior del niño cuando sus derechos se encuentran comprometidos, y, en segundo lugar, como representante complementario y subsidiario —*promiscuo*— de los niños, bajo pena de nulidad en cuanto a la intervención (cfme CSJN, C. 1096. XLIII.-“Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios”, del 19 de mayo de 2009).



Como dije, quizá el instituto de la representación promiscua prevista en el art. 59 del CC deba ser objeto de una interpretación progresiva, a la luz de las normas jurídicas de raigambre, cuando menos, constitucional referidas a la niñez. Pero no puede pasarse por alto, en ninguna de las hipótesis referidas a ese artículo del Código Civil, que la situación de los niños en nuestro caso resulta similar a la de un tercero interesado a quien se dirige una pretensión accesoria de la principal que gobierna el proceso penal.

No desconozco que se trata de una intrincada cuestión, mas estoy convencida de que la solución no puede redundar en una situación restrictiva de los derechos de los niños. Es que al margen de la discusión teórica en juego, lo relevante es el rol del asesor tutelar en pos del resguardo de los derechos del niño y del reconocimiento de sus garantías sustanciales y formales.

Ilegítima afectación del derecho a la vivienda de los niños mediante una medida procesal inconstitucional.

Como fuera dicho, en este proceso la intervención del asesor tutelar estuvo dirigida por el claro propósito de evitar la adopción de la inconstitucional medida prevista en el art. 335, 4º párr., del CPP que privara ilegítimamente a los niños de su derecho a una vivienda (art. 30 CCABA). Por ello, ante el rechazo por parte del juez de primera instancia del pedido efectuado para que el art. 335, 4º párr., CPP sea declarado inconstitucional, el interés en lograr la revocación de esa medida y, eventualmente, la declaración de inconstitucionalidad mencionada emergió claramente y fue la razón del recurso de apelación incoado. Por ello, la resolución de la Cámara de Apelaciones de fecha 1º de septiembre de 2009 debe ser revocada y el fondo del asunto debe ser resuelto en esta instancia.

Para ello expongo los motivos que ameritan la declaración de inconstitucionalidad por parte de V.E. del art. 335, en su párrafo cuarto, del CPP.



Una atenta lectura del articulado involucrado en la petición permite apreciar que el real sentido que tiene la recepción normativa de la posibilidad de reintegrar un inmueble a quien lo peticiona —con derecho— sería únicamente aquel que surge, en forma primaria, de su ubicación en el código procesal penal.

El art. 335, 4º párr., CPP se halla en el capítulo 3, “Destino de objetos secuestrados”, correspondiente al Título III, “Ejecución civil”. Ello da cuenta de que el reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, en los casos de usurpaciones, es una consecuencia necesaria de una sentencia condenatoria firme que se vincula con los intereses de quien resultó damnificado por la comisión del delito. Por ello, el art. 335, 4º párr., CPP sólo alude a la necesaria verosimilitud del derecho del damnificado peticionante y en ningún lugar se refiere a la acreditación del hecho delictivo. Lo que resulta conforme a razón ya que el delito tendría que considerarse probado —con certeza— en esa misma sentencia condenatoria firme.

Siguiendo este razonamiento, la interpretación correcta de la norma procesal debería regirse por los principios que inspiran esa actividad en esta materia. Resulta contrario a la lógica propia del proceso penal brindarle al vocablo reintegro un alcance tal que implique, sin mayor explicación al respecto, un desalojo compulsivo o por la fuerza pública. En otras palabras, no hay razón alguna para entender que el reintegro de un inmueble en los casos de usurpación, en los casos de inmuebles habitados, significa el lanzamiento compulsivo de los ocupantes.

Reintegrar significa restituir o, en su caso, recobrar. Por lo cual, una interpretación adecuada debe conducir inevitablemente a la conclusión de que la resolución que se tome en virtud del art. 335, 4º párr., CPP, a lo sumo, podrá disponer u ordenar a los eventuales ocupantes de un inmueble su entrega a quien lo peticiona.

Sólo de esa forma aparece como razonable que el artículo inmediato posterior (art. 336, CPP) establezca —atento a que en el



mismo artículo la conjunción disyuntiva “o” denota la alternatividad de los supuestos que abarca—, como forma de resolver todas las controversias suscitadas en torno a la manera en que son restituidos los objetos, la realización de un incidente. Situación incompatible, por tardía e innecesaria, si lo que posibilita el art. 335, 4º párr., CPP es el desalojo por la fuerza de los ocupantes de un inmueble, tal como lo entendió el juez de la causa.

Además, al brindársele a la palabra “reintegro” una extensión semántica tal que comprenda la posibilidad de desalojar inmediatamente por la fuerza pública a los habitantes de un inmueble, el precepto en cuestión debe ser considerado ilógico desde un punto de vista jurídico, pues toma inoperante al enunciado normativo previsto para resolver los conflictos que produce la misma orden de reintegro de un inmueble. Todo ello conlleva a que la aplicación del art. 335, 4º párr., CPP que el juez de primera instancia hizo en esta causa resulte arbitrario e ilegítimo.

Pero al margen de esta cuestión, al establecer el enunciado normativo puesto en crisis que el reintegro del inmueble puede hacerse efectivo en cualquier estado del proceso, incluso antes del requerimiento de juicio, provoca con ello un verdadero atentado contra el plexo normativo constitucional (art. 18 CN).

En virtud de estas aseveraciones, corresponde la declaración de inconstitucionalidad del art. 335, 4º párr, CPP.

Ello es así en tanto que, por su propia lógica y naturaleza política, el proceso penal resiste esta medida pretendidamente cautelar ajena a los fines de éste, sobre todo, por la manera en que ella —la medida de restitución del inmueble— se encuentra recogida en nuestro ordenamiento procesal penal.

A esta altura debiera surgir como una obviedad la relación entre el principio de inocencia y una justicia penal democrática. El principio de inocencia se encuentra previsto en los arts. 18 de la CN y 8.2 de la CADH, y sobre él la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que



constituye el fundamento de las garantías judiciales (v. caso Suarez Rosero, del 12 de noviembre de 1987, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos>). En este mismo sentido, el juez del mencionado tribunal, Sergio García Ramírez, ha aclarado que, justamente, las garantías judiciales se organizan en torno a la idea de inocencia, “que no bloquea la persecución penal, pero la racionaliza y encausa” (v. voto concurrente razonado en el caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2007).

El art. 2 del CPP, reglamentando este derecho receptado en nuestras normas de raigambre constitucional, establece que “[t]oda persona es inocente hasta que se establezca legalmente su responsabilidad”.

El desalojo provisional de los ocupantes de un inmueble, acto que afecta la libertad jurídica propia de la relación que esas personas tienen con esas cosas, para ser considerada una legítima medida cautelar en un proceso penal, debería tener una conexión inmediata, en principio, con la búsqueda de la verdad. Por ello, la primera evaluación que debe hacerse para considerar la legitimidad de la disposición prevista en el art. 335, 4º párrafo, CPP, debe tender a comprobar su vinculación con la actividad probatoria del supuesto hecho investigado —usurpación—.

Pues bien, en el supuesto del art. 335, 4º párr., CPP, no existe esta vinculación. La medida de desalojo establecida en nuestro código adjetivo, en su Libro V “Ejecución”, de ningún modo aparece como apropiada para la procuración de elementos de prueba en la investigación de un delito de usurpación. Debe aclararse que tanto el reintegro anticipado del inmueble como la eventual orden de allanamiento que pudiera acompañar esa decisión, no se conectan de ninguna manera con la necesidad de los órganos encargados de la investigación penal de recabar información o asegurar elementos de prueba.

De más está aclarar que la eventual orden de allanamiento para desocupar un inmueble (cfme. art. 335, 4º párr., del CPP) no se encuentra comprendida en los supuestos del capítulo 2, título III, libro II, del



CPP ("Registro domiciliario y requisita personal"), por cuanto no se endereza ni a recabar cosas pertinentes al hecho, ni a la aprehensión de un imputado; ni siquiera la guía el propósito de aplicar alguna medida precautoria (art. 108, CPP), ya que se debe entender que "la medida precautoria" a la que se alude en el mencionado artículo únicamente puede ser alguna de las reguladas, precisamente, en el Título V, libro II, del CPP, ("Medidas precautorias y cautelares. Audiencia ante el/la Juez/a").

Es que si el legislador hubiera tenido en mente la consideración del lanzamiento de los ocupantes de un inmueble como una medida precautoria o cautelar, debería haberlo previsto de esa manera en el capítulo respectivo. Pero evidentemente, en una actitud contraria al plexo normativo constitucional, el único sentido apreciable en la intención del legislador al fijar la medida del art. 335, párr. 4º del CPP, es el de provocar sin justificación alguna, desde el proceso penal, una coerción sobre los derechos y la persona de quien debe ser tratado como inocente.

En el mismo camino por indagar la calificación jurídica de la restitución anticipada de un inmueble como una genuina medida precautoria, distinta es la óptica al momento de abordar la relación entre la orden de desalojo del inmueble y la necesidad de actuar la ley sustantiva. En nuestro caso, el análisis de esta relación, desde ya inexistente, no amerita mayor esfuerzo que el de advertir que, en el proceso penal, una medida coercitiva se podría fundar en esta circunstancia si lo que busca es evitar que el procedimiento se torne de imposible tramitación. Este fin no es reconocible en la medida afflictiva del art. 335, 4º párr., del CPP.

En este entendimiento, no es necesario profundizar la explicación de que la medida de desalojo no neutraliza de ningún modo, ni lo podría hacer, los peligros procesales de entorpecimiento de la investigación y/o fuga del encartado.

La doctrina nos recuerda que toda medida de coerción, aunque se encubra bajo el ropaje de una medida cautelar, si su utilización no



responde a los fines mencionados no puede ser considerada bajo estos parámetros. Se trata en realidad de otra cosa (BRUZZONE, Gustavo, "La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en el proceso penal", en AAVV, *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Ed. del Puerto, 2005, pág. 245). Por ello no son el proceso penal, ni la justicia criminal los ámbitos adecuado para resolver este tipo de medidas, pues ellas se dan de bruces con los fines del proceso y con los principios constitucionales de esta materia.

Por último, cabe decir que cierta doctrina, algunos autores desde un punto de vista procesal, otros desde un punto de vista material, admiten la realización de medidas aflictivas sobre una persona cuya culpabilidad no fue demostrada aún mediante sentencia judicial firme. Esas mismas medidas ostentan una naturaleza cautelar, para los primeros, o de coacción directa, para los últimos. Mas en todos los casos con fundamento en la urgente necesidad de evitar la consumación del delito tentado o las consecuencias perniciosas del delito consumado. Es decir, la ponderación de la necesidad de tomar una medida coercitiva ante un evidente daño acaecido, o a acaecer, resulta decisiva en este examen.

Por ello, desde esta óptica, el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble, en las condiciones del art. 335, 4º párr., CPP, debería ser catalogada, per se, como cuantitativa y cualitativamente desproporcionada en relación al peligro y los daños que supuestamente está llamada a evitar, cualidad que la enfrenta abiertamente con la racionalidad exigida a las normas jurídicas. Aunque, a decir verdad, una mayor reflexión nos conduce a la proposición conclusiva de que, en la hipótesis del art. 335, 4º párr., del CPP, no existen los tan mentados daños o urgencias pues no hay una comisión de un delito de tal evidencia que no necesite pruebas, lo que implica que no hay, en estos casos, delito tentado o consecuencias perniciosas del delito consumado que habiliten una afectación de derechos del imputado en un proceso penal.



No se podría aludir en este punto únicamente a la supuesta relación entre la medida cuestionada desde un prisma constitucional y una finalidad preventiva inmediata, la que en nuestro caso estaría representada por el cese de los efectos permanentes del delito instantáneo de usurpación, cuya comprobación no sucedió aún en el proceso.

La medida prevista en el art. 335, 4º párr., CPP es ajena a todos los fines propuestos para la coerción procesal. No se conecta de ninguna manera con una necesidad de los órganos encargados de la investigación penal de recabar información o asegurar elementos de prueba. Menos aún neutraliza los peligros procesales de entorpecimiento de la investigación y/o fuga del encartado. Tampoco se vincula con la urgente necesidad de evitar la consumación de un delito tentado o las consecuencias perniciosas del delito consumado.

Es imposible negar la existencia del fin preventivo inmediato en algunas medidas coercitivas pasibles de ser adoptadas en el proceso penal. Una clara muestra de ello la da la medida procesal estipulada en el art. 152 del CPP, medida que, por su parte, es con la que se ejemplifica la situación ante la cual procede una medida de coerción procesal por su claro fin preventivo. Pero los fines preventivos inmediatos sólo pueden ser postulados, como fines legítimos de las medidas coercitivas procesales, para situaciones en las cuales la consumación delictiva se encuentre probada *in re ipsa*, es decir, para casos en los que la prueba del delito, cualquiera sea éste, surja de los hechos. Para darse cuenta de ello basta con observar los supuestos en los cuales se puede detener a una persona sin orden judicial en nuestro código de forma (arts. 78 y 152 del CPP).

Si con la simple alusión a una “acción delictiva en curso” se pretende trasladar sin más las consideraciones relacionadas a la viabilidad de una medida coercitiva como la receptada en el art. 152 del CPP, a la procedencia de la restitución anticipada de un inmueble del art. 335, 4º párr., del CPP, ello resulta arriesgado, a más de errado. Con esa infundada relación



lo único que se pretende es incluir a la última de las medidas mencionadas, para justificar su constitucionalidad, en una categoría reservada para casos totalmente distintos. Es que a juzgar por el tenor del art. 335, 4º párr., del CPP resulta imposible hablar de una acción delictiva en curso cuyo cese amerite, y justifique a la vez, una aflicción en los derechos de las personas. No hay una explicación racional que obligue a distinguir este caso —el lanzamiento anticipado de los ocupantes de un inmueble— de cualquier otro en el que se pretenda hacer cumplir ilegalmente la consecuencia necesaria de una sentencia condenatoria antes de que esta misma sentencia condenatoria sea dictada, afectación al principio de inocencia (art. 18 CN) mediante.

Es importante tener en cuenta, para evitar caer en un facilismo hermenéutico, que los casos de medidas de coacción directa que posibilitan la afectación de derechos, incluidos los de los imputados, no pueden ser habilitados mediante presunciones, sino valorando en cada caso concreto si existen las razones de urgencia y la necesidad de evitar peligros o interrumpir daños y lesiones en curso.

En este sentido, desde un prisma constitucional, el desalojo o lanzamiento de los ocupantes de un inmueble por el solo pedido de quien demuestra —en un grado de verosimilitud— su derecho sobre aquél, en el marco de un proceso penal cuyo objeto, precisamente, es el de determinar si los ocupantes del inmueble en cuestión cometieron el delito de usurpación, no aparece como una medida de coacción directa en sí misma.

En todos los casos de coacciones directas que resulten punitivas, los parámetros a partir de los cuales ellas emergen deben ser equivalentes a los del estado de necesidad o a la legítima defensa. En este entendimiento, no resiste el menor análisis el hecho de que —por la propia configuración de la medida en el art. 335, 4º párr., CPP— la sola iniciación de un proceso penal por el delito de usurpación y la mera petición de restitución, puedan provocar, en no pocos supuestos, la pérdida de la vivienda de, por ejemplo, un inocente y su grupo familiar.



El art. 335, 4º párrafo, del CPP, dispone que “[e]n los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la jueza, a pedido del/la damnificado/a, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario”.

De una interpretación literal de la norma transcrita se infiere que no se requiere la previa realización del acto procesal de intimación del hecho objeto del proceso, previsto en el art. 161 del CPP, para que el fiscal o el juez dispongan provisoriamente la devolución del inmueble. Con ello la procedencia de la medida aquí criticada no exige ni la existencia de elementos suficientes para presumir que los ocupantes del inmueble son usurpadores, en el sentido penal del término, ni la oportunidad para que esos ocupantes se defiendan de la indicación de su carácter de autores o partícipes de un delito contra la propiedad; sindicación que, por su parte, es la que posibilita, a través de una mera denuncia, por ejemplo, la formación de una causa penal y con eso solo, según el tenor del art. 335, 4º párr., CPP, el desalojo compulsivo de un inmueble.

La omisión de la realización de un acto procesal fundamental para el derecho de defensa de aquellos que serán desalojados, significa, ni más, ni menos, la privación de la oportunidad prevista por la ley para que el perseguido penalmente pueda contrarrestar, eventualmente con pruebas, la pretensión penal estatal que lo lleva a sufrir una determinada situación frente a la ley y que habilita que se tomen medidas afflictivas a su respecto, tal como lo permite el CPP.

Aún cuando se piense que la restitución del inmueble a quien lo pida —en los casos en que se investigue un delito de usurpación— pudiese ser considerada una medida cautelar y, como tal, posible de ser adoptada inaudita parte, ello no quita un ápice al hecho de que resulta imperioso en un sistema judicial democrático brindar la posibilidad a quien sufre



esa medida para que, en forma previa, conteste los cargos que pesan en su contra, y que permitirían la adopción de tal medida.

Repárese que ni siquiera el procedimiento previsto para la satisfacción de la pretensión civil de desalojo es tan restringido como el que surge del artículo aquí examinado (v. art. 680 bis del CPCN). Esta norma adjetiva civil reconoce la posibilidad de entrega anticipada de un inmueble en las acciones de desalojo, pero siempre después de trabada la litis. Con lo cual la regulación del reintegro de la posesión o tenencia del inmueble del art. 335, 4º párr., del CPP, es absoluta e inconstitucionalmente restrictiva de los derechos del imputado.

Por su parte, por un defecto similar, o sea, la inexistencia de una oportunidad en el procedimiento de desalojo para que el sujeto pasivo pudiera hacer su descargo respecto de las cuestiones que motivan la medida de lanzamiento, V.E. tildó de carente de sustento constitucional el art. 463 del CCAyT, en su anterior redacción, pues éste prescindía de las mínimas garantías del debido proceso (v. Tribunal Superior de Justicia en el expediente nº 1472/02 “Ministerio Público –Asesoría Tutelar ante la CCAyT- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Comisión Municipal de la Vivienda c/ T. R. s/ desalojo”, resolución de fecha 16 de octubre de 2002).

Por si esto fuera poco, la restitución provisoria a pedido del damnificado, según nuestro código procesal penal, es ejecutable sin que exista una acción procesal principal que dé forma a esa pretensión de derecho privado incoada por la mera petición del damnificado. Obsérvese que la puede pedir el simple damnificado. En otras palabras, no es necesaria la previa constitución como querellante o actor civil de quien peticiona. Esto nos lleva a interrogarnos acerca de cuál es en definitiva la pretensión que cautela la medida aquí impugnada o, también, respecto de qué acción ella es accesoria.

Todas las líneas hermenéuticas tienden a demostrar claramente que esa pretensión debe ser vista como no otra cosa que una pretensión extraña al proceso penal, de tinte civilista en todo caso. Lo que



ineludiblemente nos coloca ante un punto en el cual la ponderación de los derechos y las garantías del imputado debe imperiosamente primar sobre esa pretensión de derecho privado subrepticamente introducida en el proceso penal. A lo sumo, en el proceso penal existe una relación conflictiva entre el interés de la comunidad jurídica en la realización del derecho material y las garantías de los ciudadanos afectados por el proceso, situación de tensión que resulta ajena, por definición, al damnificado que no dedujo una acción civil en el proceso penal.

No desconozco los distintos fallos de la órbita nacional que se refirieron a este mismo tema (art. 238 bis, CPPN), algunos de los cuales aducen, para justificar la constitucionalidad de la restitución anticipada del inmueble a su peticionante, que en el proceso penal se deben meritarse los derechos de la víctima.

Este argumento debe ser descartado por falaz, puesto que si se pudiera afirmar que esa medida pretendidamente cautelar vela por los derechos de la víctima, no se entiende por qué únicamente se le reconoce tal derecho a la víctima que acredita un derecho real sobre el inmueble. Debe recordarse que en el delito de usurpación por despojo resulta indiferente el examen de legitimidad del título de la posesión o tenencia de quien padece el despojo (v. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2001, pág. 731). Ello nos demuestra, una vez más, que, en realidad, no nos encontramos ante una reglamentación del derecho de las víctimas del delito de usurpación, sino ante un inconstitucional reconocimiento de una pretensión ajena por completo al proceso penal, propia de un derecho subjetivo que concedería, a quien lo tiene, legitimación activa para accionar, en cualquier hipótesis, en un fuero distinto al penal.

Respecto de los derechos tutelables en el proceso penal, puede decirse sin temor a equívocos que, si nos atenemos al derecho de toda persona a ser tratada como un inocente hasta que una sentencia declare su culpabilidad, el deber estatal de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva



y la obligación de garantizar el derecho al acceso a la justicia de las víctimas no pueden tener un alcance tal que desconozcan al propio principio que surge del art. 18 de la CN.

En un proceso penal, resulta abusivo y violatorio de los derechos constitucionales del imputado la posibilidad de aplicar sobre él una consecuencia de la sentencia de condena en forma anticipada, con fundamento en un aparente derecho de la víctima del delito. En todo caso, el derecho de las víctimas, de raigambre constitucional, a que un tribunal competente, imparcial e independiente establezca la existencia de la violación de su derecho no debe tener un entendimiento tal que lleve a la cancelación, ni más ni menos, del principio de inocencia.

Aun cuando pudiese pensarse a la desposesión anticipada de un inmueble, como una medida de protección física y moral de la víctima —o para su seguridad y de su grupo familiar— (cfme. art. 37, CPP), y que ésa hubiera sido la real intención del legislador, ello pierde todo sentido en un proceso en el cual la duración total éste, o de una de sus partes esenciales, está prevista expresamente, y es de una razonable brevedad. En este contexto, no sería posible vislumbrar la necesaria urgencia que justificase un desalojo provisional por la fuerza pública, por lo que el recurso a una medida de tal carácter no guardaría ninguna racionalidad o proporcionalidad adecuada; so pretexto de resguardar los derechos de la víctima, se estaría afectando ilegítimamente los de una persona considerada inocente. Repárese que las medidas de protección de los derechos de la víctima, justamente, implican situaciones de suma gravedad y urgencia, donde su seguridad y sus derechos se encuentran en un serio riesgo (v. gr. art. 174, inc. 5, del CPP).

La sola mención de la probable comisión de un delito de usurpación no posibilita el lanzamiento de quienes habitan un inmueble con el justificativo de que ésa es la única forma de resguardar los derechos presuntamente vulnerados de los poseedores anteriores del inmueble. Esta conjetura no explica por qué deben soslayarse los derechos que el Código Civil



le otorga a las personas —aún no declaradas culpables del delito de usurpación— que ocupan el inmueble en cuestión. Si no hay una sentencia condenatoria firme que declare que una persona es culpable del delito de usurpación, no hay razón para apartarse de los modos previstos en el Código Civil para lograr el lanzamiento de los poseedores de mala fe o intrusos de un inmueble. De otra forma, ante cualquier supuesto de ocupación ilegítima de un inmueble, las autoridades pueden hacer uso de la medida dispuesta en el art. 335, 4º párr., CPP y, al margen de lo que prevén expresamente los cuerpos normativos correspondientes, lograr el desalojo compulsivo de quienes no son usurpadores.

Por otra parte, resulta, por lo menos, desconcertante que la facultad de ordenar un desalojo se encuentre en cabeza del fiscal. Ello, y aunque eventualmente se sostenga lo contrario, no se relaciona de modo alguno al principio acusatorio (art. 13, inc. 3, CCBA), el que principalmente se encuentra encaminado a diferenciar facultades propias de los órganos acusatorios y decisorios, pero no a transferir un poder de decisión sobre un determinado conflicto al Ministerio Público Fiscal, con todo lo que ello implica.

En apariencia, a partir del análisis de su propia letra, la norma transcripta únicamente requiere, para la procedencia del reintegro provisional, la prueba sobre la verosimilitud del derecho del damnificado sobre el inmueble. De esta forma, que la medida impugnada es ajena al proceso penal, y atenta contra el principio de inocencia (art. 2º CPP), lo demuestra prístinamente la inexistencia de referencia alguna a la obligación de acreditar mínimamente el delito de usurpación para que el reintegro provisional proceda.

Todavía cuando pueda interpretarse que la alusión a “casos de usurpación de inmuebles” dé a entender que la comisión de tal delito debe estar acreditada en un determinado grado, ello no salva al art. 335, 4º párrafo, CPP de los achaques de tinte constitucional susceptibles de realizar. Es que, aún en ese caso, vuelvo a decirlo, no es factible apreciar cuál es la relación del desalojo de los ocupantes de un inmueble, en cualquier estado del



proceso, con los fines a los que aspira todo proceso penal, sobre todo, cuando esos ocupantes son, en principio, inocentes, y deben ser así tratados, hasta que se establezca legalmente la culpabilidad (art. 2, CPP).

La pérdida de un inmueble durante un proceso penal, en cualquier estado de éste, incluso antes del auto de elevación de la causa a juicio (art. 335, 4º párr., CPP), una vez despojada de sus eufemismos y embustes, supone una presunción legal de comisión de un delito, contraria al art. 18 CN.

El principio de inocencia posee raigambre constitucional. Su consecuencia procesal, esto es, que la persona considerada inocente deba ser tratada como tal, únicamente cede ante una sentencia de condena firme que, tras un juicio, refleje la prueba en contrario, que es la comprobación plena de la responsabilidad penal del imputado. Recién en ese momento serán ejecutables las penas previstas en el catálogo del código penal y sus consecuencias.

Para finalizar, cabe decir que, desde todos los puntos de análisis posibles, una vez agotadas las distintas posibilidades hermenéuticas del art. 335, 4º párr., CPP, su contradicción con las normas de raigambre constitucional, particularmente, con el art. 18 de la CN y el art 8.2 de la CADH es palmaria e imposible de ocultar.

III.- PETICIÓN

Por las razones expuestas en el presente solicito que:

1) Se haga lugar al presente recurso de inconstitucionalidad (art. 31 de la ley 402).

2) Se revoque la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de fecha 1º de septiembre de 2009 y, en su caso, proceda a la declaración de inconstitucionalidad del art. 335, cuarto párrafo, del CPP (art. 31, *in fine*, de la ley 402).



Asesoría General Tutelar, 9 de septiembre de 2009.