

BLOQUE DE DEFENSORES PÚBLICOS OFICIALES DEL MERCOSUR
BOLETIN DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL N°4
JUNIO DE 2012

*Elaborado por el Ministerio de la Defensa Publica
de la Republica del Paraguay*



INDICE

ARGENTINA

- 1) Aborto no punible - Violación de una menor de edad por parte de su padrastro- La C.S.J.N. confirma la sentencia apelada - Exhorta a las autoridades nacionales, provinciales y de la C.A.B.A. a implementar y hacer operativos los protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual - Exhorta al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la C.A.B.A. a abstenerse de judicializar el acceso de abortos no punibles previstos legalmente - (CSJN Argentina 2012.03.13 rol 259.XLVI).....pag. 4
- 2) Deber del Estado de garantizar el acceso a la vivienda de las personas en situación de calle - Protección del niño en situación de desamparo - Derechos del niño mental o físicamente impedido- Alcance restrictivo al principio de progresividad - (CSJN Argentina 2012.04.24 rol Q. 64.XLVI).....pag. 46

B R A S I L

- 3) O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou parcialmente procedente a Ação Popular Pet. 3388 / RR - RORAIMA, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, para o fim de declarar constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.....pag. 61
- 4) O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade 4274/DF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 23/11/2011, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, para dar ao § 2º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psico-físicas.....pag. 66

CHILE

- 5) Acción Constitucional de Amparo presentado por la Defensa Penal Pública. Se denuncian actuaciones ilegales y arbitrarias de la Policía de Carabineros en Comunidad Mapuche. Las principales normas que se reclaman sean cumplidas están asociadas al Convenio 169 OIT, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Niña. En segunda instancia, la sala penal de la Corte Suprema confirma fallo que acoge acción constitucional de amparo. Los fundamentos del fallo, dice relación con que la privación de libertad de un niño de 12 años en la Comunidad Mapuche de Temuicui, afecta lo dispuesto en los arts. 6.2. y 16.1 de la CADH que impone a los Estados Partes la obligación de garantizar la "supervivencia y desarrollo de los niños" y evitar "injerencias arbitrarias o ilegales en su familia y domicilio.....pag. 68

- 6) Recurso de protección, puesto que se denuncia infracción al art. 19 n° 1 de la Carta Fundamental y Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño y la Niña. El fallo señala que la policía, como órgano del Estado debe siempre respetar los derechos y garantías de las personas, tanto de imputados como de terceros ajenos a la investigación. Más aún cuando se trata de interrogar a menores de edad (en este caso de 10 años), quienes eran ajenos a los hechos y procedimiento. El interrogatorio de los niños infringe lo dispuesto en el art. 3 y 19 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Niña, ya que no se atiende al interés superior del mismo y no se le protege contra toda forma de perjuicio.pag. 70

PARAGUAY

7) Recurso extraordinario de casación planteado por el defensor público a favor de su representado condenado por el hecho punible de homicidio considerando principalmente que no se le dio la oportunidad suficiente para prestar declaración indagatoria en la forma establecida en el Código Procesal Penal.....pag. 74

8) Habeas corpus en su modalidad de reparador planteado por la defensa técnica de un procesado por el hecho punible de hurto agravado considerando el cumplimiento en prisión preventiva con exceso al plazo previsto para la pena mínima del referido hecho.....pag. 80

URUGUAY

9) Dictado de Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia en los autos caratulados "AA INFRACTOR" presentados en apelación. Donde se dispuso el cese de la internación en forma inmediata de AA. El Sr. Fiscal de Adolescentes de 1er. Turno solicita se revoque la recurrida. (Rol 224-132/2006 - sentencia 684/2008).....pag. 86

10) Autorización judicial de viaje al exterior de menor de edad, con radicación en el extranjero, con previa caución y estableciendo régimen de visitas - ROL ROU 120/2012.....pag. 88

VENEZUELA

11) Acción de amparo constitucional para la defensa de intereses difusos y colectivos conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada .Exp. N° 10-0992.....pag. 92

12) Solicitud de revisión constitucional interpuestas ante las Salas de Casación y Sala Constitucional contra la sentencia N° 554/2009, del 29 de octubre, dictada por la Sala de Casación Penal. Expediente N° 10-0681.....pag. 99

ARGENTINA

Aborto no punible - Violación de una menor de edad por parte de su padrastro- La C.S.J.N. confirma la sentencia apelada - Exhorta a las autoridades nacionales, provinciales y de la C.A.B.A. a implementar y hacer operativos los protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual - Exhorta al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la C.A.B.A. a abstenerse de judicializar el acceso de abortos no punibles previstos legalmente - (CSJN Argentina 2012.03.13 rol 259.XLVI)

SÍNTESIS JURÍDICA:La Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso: 1) Declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos expuestos, confirmar la sentencia apelada. 2) Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual y 3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS: Una mujer, en representación de su hija A.G., de quince años de edad, interpuso una "medida auto-satisfactiva" a fin de obtener autorización judicial para que se interrumpa el embarazo que la niña cursaba en la octava semana de gestación, producto de la violación que había sufrido por parte del esposo (padrastro de la niña).

Ante la formación del sumario en la jurisdicción criminal se había presentado ante el juez de la causa requiriendo la autorización para la interrupción del embarazo, pero dicho magistrado sostuvo que carecía de "facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de investigación", ordenando el paso de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal, que se expidió por la incompetencia del fuero penal para resolver el pedido.

El día siguiente de la presentación que inicia expediente en el juzgado de familia que dispuso una serie de medidas procesales.

El 16 de febrero de 2010 esa instancia resolvió rechazar la solicitud para la interrupción del embarazo de la niña.

Apelada esa resolución por la actora y por la propia menor A. G., el 25 de febrero de ese mismo año la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión denegatoria.

Contra esa sentencia interpusieron sendos recursos de casación la niña y su madre, los que fueron concedidos por la cámara de apelaciones y luego declarados formalmente admisibles por el tribunal superior de justicia local.

Con fecha 8 de marzo de 2010, ese tribunal resolvió dejar sin efecto la sentencia recurrida, declarando que el caso encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto por el inciso segundo, primera parte, del artículo 86 del Código Penal.

El tribunal consideró, en cuanto a la acreditación de la existencia de la violación, que la urgencia que demanda la resolución a tomar no admite esperar a la conclusión de dicho trámite, en el sentido de exigir una sentencia condenatoria para habilitar el supuesto previsto por la norma en tratamiento. Se entendió entonces que corresponde analizar la denuncia y, ante la imposibilidad de evitar todo margen de dudas, privilegiar el relato circunstanciado de la víctima, acompañado de los múltiples elementos que acrediten su seriedad.

Contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal el tutor ad litem y Asesor de Familia e Incapaces, en favor de la persona por nacer, que fue concedido.

F. 259. XLVI.

F., A. L. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA.

Buenos Aires, 13 de marzo de 2012

Vistos los autos: "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva",

Considerando:

1º) Que A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut – ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A. G. – que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal.

En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación (fs. 17/18 y constancias obrantes a fs. 1/1 vta. y 11).

El juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido (fs. 85 de la causa penal). La madre de A.G. inició entonces la medida autosatisfactiva que originó la presente causa (fs. 17/18) y, con fecha 22 de enero de 2010, reeditó ante la justicia de familia sus solicitudes anteriores, vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia (fs. 153/169) como en la cámara (fs. 350/379 vta.), no obstante los informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., “presentaba síntomas depresivos... (e) ideas suicidas persistentes” y que “el embarazo e[ra] vivido como un evento extraño, invasivo... [E]n su mundo interno e[ra] imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre...” por lo que se estimó que “la continuidad de este embarazo contra la voluntad de [la niña] implica[ba] grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida” (conf. E.T.I., Equipo Técnico Interdisciplinario, fs. 27 vta).

2º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F.. En la sentencia, dictada por distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que: a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesariedad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew (fs. 648).

3º) Que aquella decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación del nasciturus, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces, que fue concedido a fs. 673/676, no obstante haberse llevado a cabo ya la mencionada práctica médica, con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. En su presentación, el recurrente se agravió por entender que, con la interpretación que del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal efectuó el a quo, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 23: “Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...”; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1º: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3º: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y artículo 4º: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3º: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y artículo 6º: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6º: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: “El niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, artículo 1º: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, artículo 6º: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”).

4º) Que, radicada la causa ante esta instancia, se le confirió traslado a la señora Defensora General de la Nación, quien asumió la representación de la niña A.G. y expresó que correspondía confirmar la sentencia

apelada (fs. 980/1010) al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado –víctimas de violaciones– debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares

de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (artículo 86, inciso 1º, del Código Penal). Asimismo, se le confirió traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del nasciturus y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida (fs. 683/694). En ambas presentaciones se petitionó que este Tribunal declarara la admisibilidad del recurso bajo examen, como así lo hicieron los diversos *amicus curiae* que se presentaron solicitando la confirmación o la revocación de la sentencia.

Oportunamente, se dispuso remitir la causa al señor Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta (fs. 1021/1022).

5º) Que así las cosas, esta Corte considera que para el ejercicio de su jurisdicción no resultan obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A.G. en el Centro Materno Infantil de Trelew.

En efecto, como lo ha subrayado el Tribunal en distintos precedentes, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. Fallos: 310:819, considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría y de la disidencia, y sus citas; 324:5, 4061). Pues, como se pusiera de resalto en el ya conocido precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos “Roe v. Wade” (410 U.S. 113- 1973), las cuestiones relacionadas con el embarazo –o su eventual interrupción– jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso. En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro.

6º) Que los agravios del apelante suscitan una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva, toda vez que se plantea que el tribunal superior de la causa comprometió preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía al interpretar el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal (artículo 14, inciso 3º, ley 48). Asimismo, el tratamiento del tema resulta pertinente por esta vía puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional, tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente).

7º) Que dada, por una parte, la esencia de los agravios traídos a discusión, la cual radica en última instancia en la interpretación de normativa constitucional y convencional y visto el carácter federal que reviste el planteo, esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional. En este orden de ideas, este Tribunal se ve obligado a tener que establecer la inteligencia de las previsiones cuyo desconocimiento denuncia el recurrente, así como también determinar la aplicación de otras normas y principios de igual jerarquía en clave de necesarias pautas interpretativas, dejando a salvo que, no por ello, esta Corte se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que tan sólo, le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 331:735 y sus citas).

8º) Que al efectuar esa tarea de armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común –artículo 86, inciso 2º, del Código Penal–, a través de un análisis global del plexo normativo fundamental involucrado y por aplicación de los principios hermenéuticos de interpretación sentados por esta Corte desde antiguo, se entiende que corresponde realizar una interpretación amplia de dicho precepto legal.

Desde tal perspectiva y a la luz del principio de reserva constitucional (artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional), ha de concluirse en que la realización del aborto no punible allí previsto no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial.

9º) Que a partir de lo señalado en los considerandos precedentes corresponde, en primer término, señalar que del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula el recurrente.

En primer lugar, porque es necesario advertir que este apartado se inserta en una cláusula en cuyo articulado la Constitución le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores tradicionalmente postergados (Fallos: 329:3089, considerando 17) como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. De este modo, la referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos. Por ello, en atención tanto al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de su enunciado, de los que surge que la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, de esta norma, nada se puede derivar para definir, en el sentido que se propugna, la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular.

Lo dicho cobra aun mayor fuerza si se tiene en cuenta que, si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente (ver al respecto, Convención Nacional Constituyente 1994, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 19 de agosto de 1994, 2.- Armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución Nacional, Tomo VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, págs. 6145/6198).

Por lo tanto, no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental.

10) Que de las previsiones establecidas en el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2º, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, "Baby Boy", y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos).

Por su parte, de la previsión contemplada en el artículo 3º de la Convención Americana, en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, tampoco se puede derivar base alguna para sustentar la tesis postulada por la parte. Esto en tanto la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del nasciturus como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del artículo 4º y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara precedentemente, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste.

11) Que tampoco el agravio incoado por el recurrente puede encontrar sustento en las disposiciones de los artículos 3º y 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Esto en atención a que, a fin de asegurar una coherencia en la interpretación de ese instrumento, dichas previsiones deben ser analizadas en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1º ("Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"). Así, atento los claros términos en que está formulado este enunciado, resulta imposible concluir en la aplicabilidad de las normas invocadas para fundar la tesis restrictiva del supuesto de aborto no punible previsto en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal.

12) Que la tesis del recurrente tampoco encuentra cabida en el deber que emana del artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para ello, resulta necesario tener en consideración que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son

la consecuencia de una violación. A su vez, al examinar la situación particular de nuestro país, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Irlanda, 24/07/2000, A/55/40; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Gambia, 12/08/2004, CCPR/CO/75/GMB; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010, antes citadas).

Por lo tanto, resulta claro que, no es posible derivar de este tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, en atención a lo expuesto, se arriba a la conclusión contraria.

13) Que con relación a las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, tampoco es posible sostener que la interpretación del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal adoptada por el a quo colisione con éstas.

En efecto, de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención, se observa que, al redactarse su Preámbulo, expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones (ver al respecto, Consejo Económico y Social, Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño; E/CN4/1989/48, 2 de marzo de 1989).

Asimismo, de la lectura de aquellos antecedentes, se puede concluir que, ante una variedad de alternativas propuestas, se decidió expresamente por la formulación actual del artículo 1º, de la que tampoco se puede derivar la tesis que sostiene la parte. Esto queda corroborado por la circunstancia que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes –que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación– deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.149; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/ Add.107; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3- 4, antes citadas).

Por otra parte, el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 –1.2; 1.3 –).

14) Que sentado que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación, se considera necesario remarcar que existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de ésta efectuara el *a quo*.

15) Que en este orden de ideas, es necesario puntualizar que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma (Constitución Nacional, artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2º y 3º, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24; además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente artículos 2º, 3º y 5º a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2º; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a).

En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer

una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas).

Máxime cuando, en la definición del alcance de la norma, está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada (ver al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Fernández Ortega vs. F. 259. XLVI. México”, sentencia del 30 de agosto de 2010, apartados 124 y 194).

En esta comprensión corresponde recordar lo dicho oportunamente por esta Corte (Fallos: 331:211, considerando 6°) al afirmar que “la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales –de por sí vulnerable a los abusos–, crea verdaderos ‘grupos de riesgo’ en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales”, lo que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz. Sin embargo, ello no puede llevar a aceptar una interpretación restringida de la norma en trato ya que esta delimitación de su alcance, no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual, cuya vulnerabilidad se agrava por la circunstancia de poseer una discapacidad mental, sino a un prejuicio que las denigra en cuanto sujetos plenos de derechos.

16) Que por lo demás, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta sólo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental. En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (cfr. Nino, Carlos Santiago, Ética y Derechos Humanos, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, págs. 109 y ss.; La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 59, 63 y ss.).

17) Que a su vez, los principios de estricta legalidad y *pro homine* obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación.

Ello así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a “priorizar una exégesis [que esté]... en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y... [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (Fallos: 331:858, considerando 6° y 329:2265). Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario -que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental- amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica.

18) Que no obstante mediar en el particular todas las razones de la máxima jerarquía normativa expuestas en los considerandos precedentes, por las que debe entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, esta Corte Suprema considera oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento. Ello es así ya que media, en la materia, un importante grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica al dictado de una autorización judicial y es este proceder el que ha obstaculizado la implementación de los casos de abortos no punibles legislados en nuestro país desde la década de 1920.

En esta inteligencia, este Tribunal quiere dejar expresamente aclarado que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional.

Para ello resulta conveniente transcribir el artículo 86 del Código Penal en cuanto establece que “el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado

por otros medios; 2º) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Así, de una aplicación, al particular, de las pautas interpretativas fijadas por esta Corte en cuanto a que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” (Fallos: 304:1820; 314:1849) y que “no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos” (Fallos: 313:1149), se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima.

A esta conclusión se llega a partir de un doble orden de razones. En primer lugar, porque de la mera lectura del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a “... (s)i el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente” (énfasis agregado), previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza.

Por su parte, un examen conjunto y sistemático de los diferentes apartados previstos en esta norma también conduce a adoptar su interpretación amplia. En efecto, este precepto comienza su redacción estableciendo, como premisa general, que por su técnica de redacción constituye un requisito común para los dos supuestos que detalla seguidamente, que no serán punibles los abortos allí previstos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta.

Es precisamente porque este extremo no es aplicable respecto de la mujer incapaz, que, como excepción a dicho requisito general, en la última parte del segundo supuesto previsto, se tuvo que establecer en forma expresa que “en este caso” –referencia que sólo puede aludir al caso del atentado al pudor y que obliga a distinguirlo, desde la sola semántica, del de violación– “el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”. Por ello, debe descartarse la tesis restrictiva en tanto otorga una indebida preeminencia a una de las partes de la norma dejando inoperante sus demás previsiones.

Pero además, a esta conclusión también se arriba analizando esta norma de modo conjunto con las disposiciones relativas a los hechos ilícitos que pueden causar embarazos no consentidos por las niñas, adolescentes o mujeres que son sus víctimas.

En efecto, el mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiota o demente”. Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el “atentado al pudor” no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice “violación” también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que por exclusión, “violación” se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no “idiotas ni dementes”. Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia).

Por ello, este análisis sistemático del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal en conjunto con las disposiciones que tipifican los supuestos de violencia sexual que, de provocar un embarazo, dan lugar a su aplicación, corrobora que cualquier víctima de éstos que se encuentre en tal circunstancia puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, que no pueden consentir el acto, se requiere de sus representantes legales. Esto se confirma teniendo en cuenta, además, que, al formularse esta norma refiriéndose a la violación y al atentado al pudor, se tradujo -inadecuadamente, atento que esta última figura por definición no implica acceso carnal- la correlativa previsión del Anteproyecto del código suizo de 1916, que constituye su fuente y que estipulaba como aborto no punible al practicado respecto de un embarazo que provenía de dos supuestos diferentes: la violación o el acceso carnal producido respecto de una incapaz mental que era denominado “profanación”.

19) Que luego de haber sentado en los considerandos precedentes que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal debe interpretarse con un alcance amplio, corresponde detenerse en lo acontecido en el presente caso con la joven A.G., quien debió transitar un largo derrotero judicial para poder asegurar su derecho a obtener la interrupción de un embarazo que fue consecuencia de una violación.

La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras.

Llegado este punto, el Tribunal considera ineludible destacar que, a pesar de que el Código Penal argentino regula desde hace noventa años diferentes supuestos específicos de despenalización del aborto, como el traído a discusión ante este Tribunal (artículo 86, inciso 2º), se sigue manteniendo una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación.

20) Que es debido a ello que este Tribunal se ve forzado a tener que recordar, tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los diferentes poderes judiciales nacionales o provinciales, que por imperio del artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

21) Que teniendo a la luz aquella manda constitucional es que debe interpretarse la letra del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y por dicha razón, se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible.

22) Que, en atención a lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida. Por la otra, recuerda a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país que, según surge del texto del artículo 86 del Código Penal, lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico.

23) Que hacer lo contrario, significaría que un poder del Estado, como lo es el judicial, cuya primordial función es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales, intervenga interponiendo un vallado extra y entorpeciendo una concreta situación de emergencia sanitaria, pues cualquier magistrado llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido.

24) Que asimismo, respetar lo preceptuado por el artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional significa, en línea con lo referido en el considerando precedente, que el aborto no punible es aquel practicado por “un médico con el consentimiento de la mujer encinta” (artículo 86 del Código Penal) circunstancia ésta que debe aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta pues, una exigencia tal, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar.

Por otra parte, las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita –y por tanto *contra legem*– del aborto autorizado por el legislador penal. Asimismo, se debe señalar que esta práctica irregular no sólo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 7º, pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violencia, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Por ello, los términos del presente fallo respecto de los alcances que corresponde asignar al artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, así como la autoridad suprema del pronunciamiento, que se deriva del carácter de intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes, que posee el Tribunal (Fallos: 324:3025; 332:616), resultan suficientes para despejar cualquier duda que pudieran albergar esos profesionales de la salud respecto de la no punibilidad de los abortos que se practiquen sobre quienes invocan ser víctimas de violación.

En consecuencia, y descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar.

25) Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada.

Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999).

26) Que a partir de lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal entiende oportuno recordar que distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial (Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/101/D/1608/2007, del 29/03/11; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño; Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4).

27) Que finalmente, el respeto a lo establecido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación.

Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.

En efecto, tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana.

Estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado (ver al respecto, "Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud", OMS, 2003).

28) Que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de "casos fabricados", considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.

29) Que, en razón de ello, corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos.

En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida.

Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual.

30) Que por último, en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, esta Corte no puede dejar de señalar la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los

provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso.

31) Que, por estas mismas razones, se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación. Asimismo deberá capacitarse a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la presente causa.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde:

- 1) Declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada.
- 2) Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.
- 3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT -
ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI -
CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).
ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) En las presentes actuaciones, el 22 de enero de 2010, A.L.F., en representación de su hija A.G., de quince años de edad, interpuso una “medida auto-satisfactiva” a fin de obtener autorización judicial para que en el Hospital Zonal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, se interrumpa el embarazo que la niña cursaba en la octava semana de gestación.

Fundó su pretensión en los incisos primero y segundo del artículo 86 del Código Penal, y en tal sentido afirmó que un mes antes había denunciado ante el Ministerio Público Fiscal de esa jurisdicción la violación que había sufrido la menor por parte de su esposo, O. N. (padrastra de la niña), en el mes de noviembre de 2009, siendo el embarazo producto de ese hecho.

Explicó que ante la formación del sumario en la jurisdicción criminal –en el que se constituyó como parte querellante– se había presentado ante el juez de la causa requiriendo la autorización para la interrupción del embarazo, pero dicho magistrado sostuvo que carecía de “facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de investigación”, ordenando el paso de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal, que se expidió por la incompetencia del fuero penal para resolver el pedido (cfr. fs. 17/18 vta.).

2º) El día siguiente de la presentación que inicia este expediente, el juzgado de familia dispuso una serie de medidas procesales, ordenando, entre ellas, dar intervención al “equipo técnico interdisciplinario” a fin de que entreviste a la menor para determinar, entre otros puntos, “las consecuencias y/o impacto psicológico en la menor de edad en caso de ser sometida a la intervención solicitada (aborto terapéutico)”; y librar oficio al Hospital Regional a fin de que “por intermedio del Comité de Bioética evalúe la situación planteada de A[.] G[.] y dictamine sobre lo peticionado” (cfr. fs. 19/20).

Posteriormente, como medida para mejor proveer, se dispuso librar oficio al director del mencionado hospital para que informe al juzgado “si de acuerdo a los Protocolos, el aborto a una menor de edad (15 años), víctima de una violación (art. 86 del Cód. Penal) puede practicarse en condiciones lícitas y en tal caso realicen las

evaluaciones interdisciplinarias a través de los Comités Interdisciplinarios, que se prevén para estos casos” (cfr. fs. 28).

Esta última medida debió ser reiterada en dos oportunidades por la jueza actuante; la primera porque el director del nosocomio respondió que “previo al análisis ético médico de un período de interrupción de embarazo, debe determinarse si la persona presenta alguna de las características excepcionados [sic] por el código penal, ya que dicho encuadre no resulta ser una materia opinable por parte del comité” (cfr. fs. 40), y la segunda, en razón de que el jefe del departamento de tocoginecología de esa institución objetó a lo requerido que “este comité solamente asesora, no dictamina y en cuanto al motivo por el cual se solicita realizar un aborto en la paciente en cuestión, ‘violación’ es un elemento que supongo le consta a la justicia, y como tal el único que podría dictaminar es el juez” (cfr. fs. 80).

3º) Luego de producidas las medidas ordenadas, el 16 de febrero de 2010 esa instancia resolvió rechazar la solicitud para la interrupción del embarazo de la niña. Apelada esa resolución por la actora y por la propia menor A. G., el 25 de febrero de ese mismo año la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión denegatoria.

Entre los argumentos expuestos por los magistrados que concurrieron a formar la mayoría del tribunal (pues una de sus integrantes votó en disidencia) se expresó que este caso pone a los jueces en situación de decidir entre “dar razón al privilegio de la vida de una menor sobre la otra (*nasciturus*) que no [ha] tenido oportunidad de optar por ser o no ser”, y que enfrentados a ese conflicto “nos encontramos obligados a preservar el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del *nasciturus* desde el momento de la concepción, invocando como última ratio, frente a toda situación de duda la aplicación del principio ‘in dubio pro vida’” (cfr. fs. 372).

También se dijo, repitiendo consideraciones expresadas por la jueza de primera instancia, que la discusión entre la interpretación amplia o restrictiva del artículo 86 del Código Penal no define en profundidad la amplitud de la decisión, pues en base a las normas del derecho constitucional que consagran el derecho a la vida y a la salud de todo ser humano desde la concepción en el seno materno, resulta indiferente la interpretación de aquélla norma que se adopte.

4º) Contra esa sentencia interpusieron sendos recursos de casación la niña y su madre, los que fueron concedidos por la cámara de apelaciones y luego declarados formalmente admisibles por el tribunal superior de justicia local. Con fecha 8 de marzo de 2010, ese tribunal resolvió –en lo que aquí interesa– dejar sin efecto la sentencia recurrida, declarando que el caso encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto por el inciso segundo, primera parte, del artículo 86 del Código Penal.

Para así decidir, el a quo inició el tratamiento del caso afirmando que obligar a la actora a obtener un permiso judicial en un supuesto como el de autos resulta una exigencia adicional, que a la mujer se le presenta como una carga y una vulneración a su derecho de acceder al aborto en los casos autorizados por la ley. Expresó que el propio legislador no ha dejado en manos de los jueces la tarea de preferir la vida de una u otra persona, porque precisamente consagró el resultado de la ponderación entre el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho de la mujer víctima de una violación.

Sobre el particular, asumió que la aplicación de los dos incisos del artículo 86 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma en los médicos que atiendan a la paciente, ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar.

Continuó luego el tribunal afirmando que la norma del artículo 86 del Código Penal aplicable al caso no se contrapone al bloque constitucional integrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, en tanto resulta consistente con la prohibición de desprotección legal arbitraria respecto al derecho a la vida del niño por nacer desde su concepción. Ello es así, se dijo, pues la norma parte de la base de considerar al aborto como una conducta prohibida, aunque con las excepciones consagradas por el artículo en examen, las que, a su vez, comprometen otros derechos fundamentales de rango análogo. De esta manera, la decisión legislativa por la no punibilidad de supuestos como el presente no puede calificarse de irracional ni de arbitraria, en razón de que aparece fundada en una causa grave y excepcional sujeta al margen de valoración del legislador y compatible con la protección constitucional.

Pasando a la exégesis en particular del inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, sostuvo el tribunal que además de encontrar en el propio texto de la norma razones que apoyan la que ha sido denominada la “tesis amplia” –pues reconoce en ella dos supuestos de aborto no punibles–, es el principio de legalidad el que exige interpretar los supuestos de no punibilidad previstos en el mentado artículo con la mayor amplitud posible.

Finalmente, resta destacar que el tribunal consideró, en cuanto a la acreditación de la existencia de la violación, que la urgencia que demanda la resolución a tomar no admite esperar a la conclusión de dicho trámite, en el sentido de exigir una sentencia condenatoria para habilitar el supuesto previsto por la norma en tratamiento. Se entendió entonces que corresponde analizar la denuncia y, ante la imposibilidad de evitar

todo margen de dudas, privilegiar el relato circunstanciado de la víctima, acompañado de los múltiples elementos que acrediten su seriedad.

5º) Contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal el tutor *ad litem* y Asesor de Familia e Incapaces, en favor de la persona por nacer.

Como agravio federal, esa parte planteó la vulneración del derecho a la vida del *nasciturus* garantizado por la Constitución Nacional y por tratados de derecho internacional público.

En lo concerniente a las circunstancias fácticas del caso, explicó que ni para las partes, ni para las tres sentencias que fueron dictadas sucesivamente en las instancias que transitó el proceso, existe duda alguna de que el embarazo que presenta la niña proviene de una violación. Esta aceptación general sobre la cuestión sustancial de los hechos, desde su óptica, coloca a la dilucidación del caso en el campo del puro derecho, centrada en la aplicación e interpretación de la norma del inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, a la luz del resto del plexo normativo nacional y del derecho a la vida de la persona por nacer.

Establecido el marco normativo de referencia, continuó expresando que no entiende que las autorizaciones del artículo mencionado deban juzgarse inconstitucionales en general, ni que se encuentren derogadas por “incompatibilidad sobreviniente” con normas de mayor jerarquía. Afirmó, no obstante, que la interpretación de esos permisos legales ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo “y de enorme dramatismo” los casos subsumibles en ellos.

En tal sentido, entendió que la interpretación lata que de esa norma realiza la sentencia que impugna para declarar su aplicación al caso y autorizar así el aborto, resulta opuesta al derecho a la vida de toda persona conforme a la normativa constitucional que invoca.

Desde ese prisma, afirmó que esa práctica médica tiene como fin interrumpir el embarazo dando así fin a la vida del feto, lo que implica un atentado, intencionado y directo, contra un ser humano cuya existencia y derechos resultan asegurados por el ordenamiento legal “desde su concepción”. A su vez, postuló una interpretación de la mentada norma permisiva, que calificó de literal, restringiendo la autorización para la interrupción del embarazo sólo en los casos de violación de una mujer “idiota o demente”.

6º) Al analizar la admisibilidad del remedio federal (fs. 673/676), el Superior Tribunal de Justicia de Chubut advirtió que la práctica abortiva ya se había realizado (v. fs. 674 vta.).

No obstante ello, refirió –con cita de precedentes de esta Corte– que la falta de gravamen actual por la resolución del conflicto no debía obstar a la concesión del recurso, pues sólo así podrían las relevantes cuestiones planteadas ser tratadas en instancia federal. A su vez, señaló que el recurso no cumplía con el reglamento aprobado por la acordada CSJN 4/2007, aunque por motivos similares a los antes apuntados consideró que podía hacerse aquí una excepción a tal régimen.

Por tales fundamentos, resolvió conceder el recurso extraordinario deducido.

7º) El recurso resulta formalmente admisible en cuanto se ha invocado que la interpretación dada a la ley común por el tribunal superior de la causa conculca el reconocimiento de un derecho constitucional y la sentencia ha sido contraria al interés del recurrente (artículo 14, inciso 3º, de la ley 48).

8º) Tal como lo ha indicado el superior tribunal provincial, no obsta a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la intervención médica cuya autorización define el objeto del presente caso, llevada a cabo una vez que el mentado tribunal hiciera lugar a la pretensión de las actoras (conf. informe de la defensoría pública provincial obrante a fs. 648).

En oportunidades anteriores esta Corte ha subrayado que la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos provoca que, al momento en que se requiere la habilitación de la máxima instancia federal, la actualidad del agravio referido a las cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan ya ha perdido vigencia en instancias inferiores.

Teniendo ello en cuenta, la Corte decidió en tales antecedentes admitir el remedio federal a fin de que no se frustre su intervención en esta clase de casos, cuando existe una expectativa razonable de que la situación resulte susceptible de repetición (cfr. Fallos: 324:4061 y 310:819).

De esta manera, una decisión del Tribunal en esta causa, aun bajo esas condiciones de excepción, se convierte en un precedente útil para solucionar con posterioridad conflictos idénticos, pues estos podrán ser adecuadamente resueltos sobre su base (cfr. Fallos: 333:777, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Argibay).

9º) Los motivos expuestos en el considerando precedente sirven además de sustento para aplicar en el caso la excepción contenida en el artículo 11 del Reglamento aprobado por la acordada 4/2007.

10) Ingresando al fondo de la cuestión traída a estudio, debe aclararse preliminarmente que está fuera del marco de decisión de esta instancia federal la revisión del modo en que el tribunal provincial ha interpretado el artículo 86, inciso segundo, del Código Penal, en virtud de la regla del artículo 15 de la ley 48 que veda a esta Corte nacional pronunciarse con respecto a cuestiones de derecho común. En función de ese límite, solamente corresponde resolver si tal interpretación se halla o no en conflicto con las disposiciones

constitucionales que se invocan en el recurso (cfr. Fallos: 123:323; 129:235; 176:339; y, especialmente, 199:617; entre otros).

11) Como ya se reseñara, el tribunal superior de justicia local decidió autorizar el aborto peticionado por la niña A.G., interpretando que la norma citada abarca como supuestos de no punibilidad, a todos los casos en los que el embarazo provenga de una violación. El impugnante, por su parte, afirma que esa exégesis vulnera el derecho a la vida del *nasciturus*, y que la interpretación de las normas penales que permiten el aborto “ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo y de enorme dramatismo los casos subsumibles en las autorizaciones” (v. fs. 657 vta.), lo que obligaría –en la postulación del recurrente– a limitar la autorización para los supuestos en los que la víctima de violación sea una mujer que padezca una incapacidad mental (v. considerando 5 de este voto). A su vez, el criterio de diferenciación que propone la defensa para justificar esta última afirmación se apoya exclusivamente en que la mujer “idiota o demente” carece de capacidad para prestar consentimiento a una relación sexual, lo que permitiría presuponer que cualquier embarazo que acontezca en estos casos resulta necesariamente producto de una violación.

12) En primer lugar, debe afirmarse que este último argumento del recurrente no puede aceptarse a fines de ponderar la razonabilidad de la norma permisiva, pues sólo atiende a la mayor o menor necesidad de probanzas para determinar la existencia de la violación que pueden darse según que la víctima padezca o no una incapacidad mental. Este extremo no resulta admisible para justificar constitucionalmente que se deje fuera del ámbito de aplicación de la norma permisiva a las mujeres que no presentan deficiencias psíquicas, pues más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual. Por otra parte, el apelante tampoco explica por qué la diferencia que él alega como determinante debería tener preponderancia con respecto a la mentada característica común que otorga a unas y a otras la condición de sujetos de la norma permisiva.

13) En cuanto al núcleo de la tesis que propone el recurrente, debe observarse que la argumentación que la sustenta pareciera no advertir que aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses. Esto es así pues en el recurso se invoca unilateralmente la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, esto es, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación de la que ha sido víctima. Al sesgar de este modo su argumentación, se ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del art. 86.2 del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador.

Analizado en tales términos el planteo expuesto en el remedio federal –que, a su vez, en forma asertiva, ha sido el sustento de las resoluciones denegatorias de primera y segunda instancia–, debe afirmarse que su formulación es incorrecta, pues, además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del *nasciturus*, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación. El esquema de fundamentación de quienes han sostenido esta postura en el trámite del expediente ha consistido en alegar la vulneración del derecho a la vida del feto, sumado –en el mejor de los casos– a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo).

Esa preferencia por un distinto esquema de valores de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la autorización legal del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla.

Además, en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar (y a ello la obligaba su propia construcción argumental) un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que habían realizado (invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador) resultaba incorrecta.

14) Conforme los principios sobre los que se ha aceptado el control de constitucionalidad requerido, siguiendo la interpretación que del derecho común ha realizado el a quo, la estructura sistemática de la norma permisiva que define la no punibilidad del aborto practicado, con su consentimiento, a una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, presupone justamente la existencia de una

situación de conflicto en la que un peligro para un interés legítimo únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación del interés legítimo de un tercero. Sólo en consideración a este contexto específico es que el legislador acepta como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida (cfr. artículos 85, 86, párrafo primero; 87 y 88, primer supuesto, todos del Código Penal).

Como bien lo advierte el superior tribunal local, la potestad relativa a la estructuración de la solución legal en forma de autorización normativa de excepción es competencia exclusiva del Poder Legislativo. En esta medida, en tanto el legislador determine los intereses que colisionan y defina con claridad el contexto fáctico en el que deba tener lugar la injerencia, y siempre y cuando el remedio legal previsto para resolverlo resulte proporcional para compensar la gravedad del conflicto, la decisión sobre cuál de los intervinientes tiene que soportar el menoscabo de un bien jurídico constituye una valoración propia de su competencia.

La excepción a la penalización del aborto que regula el artículo 86.2 del Código Penal (conforme ha sido interpretado por el tribunal a quo) cumple suficientemente con el estándar de validez constitucional expuesto ut supra, pues en la ponderación de los intereses en conflicto, el legislador justifica concretamente la sustancial preponderancia del interés beneficiado a través de la indicación legal de que el embarazo haya sido causado por una violación; exigiendo además el consentimiento de la propia afectada, o de su representante legal.

Este esquema normativo vinculado a la denominada indicación criminológica, en primer lugar, delimita el supuesto excepcional en cuyo contexto se justifica la interrupción del embarazo —esto es, el hecho antijurídico precedente—, cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el carácter insostenible del conflicto con los intereses de la persona por nacer. También mediante el sistema organizado a través de esa indicación, puede dilucidarse concretamente el juicio de ponderación sobre el que reposa la decisión legal, a saber: la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad (vgr. forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza de pena).

A su vez, el ejercicio del medio empleado para la solución del conflicto (la interrupción del embarazo) es adecuadamente reglamentado por la norma, canalizando por un procedimiento específico la constatación de los elementos fácticos que configuran el permiso y el propio desarrollo de la práctica, que resulta delegado a los médicos a quienes se solicita la intervención, coartando así la posibilidad de sustituir la sujeción a la ponderación legal por criterios valorativos regidos únicamente por la autodeterminación de la propia interesada.

En este sentido, debe quedar en claro que la anterior descripción de la tarea del legislador no significa, desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico por sobre el otro, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante circunstancias excepcionales en las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como única vía para salvaguardar el restante.

15) Por último, debe advertirse que el marco de ejercicio del permiso jurídico aquí tratado demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación y que la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención. Atento ello, y toda vez que la práctica solicitada en autos está en definitiva autorizada, las exigencias legales que legitiman la injerencia no pueden erigirse en un obstáculo sustancial al efectivo ejercicio del derecho concedido a la mujer, obligando —como ha ocurrido en este caso— a que la niña transite un arduo y traumático proceso judicial que acrecentó innecesariamente el considerable estigma y sufrimiento derivados de la violación de la que fue víctima y que, en razón del tiempo transcurrido, pudo haber puesto en riesgo la posibilidad de practicar una intervención sin peligro alguno para su salud.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada.

Notifíquese.

CARMEN M. ARGIBAY.
ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° al 4° del voto de la jueza Argibay.

5°) Que, contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal a favor de la persona por nacer el tutor *ad litem* y Asesor de Familia e Incapaces. Como agravio federal sostuvo la vulneración del derecho a la vida del *nasciturus*, el que, dijo, se hallaba garantizado por la Constitución Nacional y por diversos tratados de derecho internacional público. Consideró que la cuestión no se centraba en la constitucionalidad de las diversas autorizaciones previstas en el artículo 86 del Código Penal, las que admitió, sino en la interpretación amplia que se había efectuado de su segundo inciso. Al respecto, sostuvo que era de toda evidencia que su interpretación debía hacerse de manera restrictiva, de modo de reducir a un número mínimo y de enorme dramatismo los casos subsumibles en las autorizaciones.

6°) Al analizar la admisibilidad del remedio federal (fs. 673/676), el Superior Tribunal de Justicia de Chubut advirtió que la práctica abortiva ya se había realizado (v. fs. 674 vta.).

No obstante ello, refirió –con cita de precedentes de esta Corte– que la falta de gravamen actual por la resolución del conflicto no debía obstar a la concesión del recurso, pues sólo así podrían las relevantes cuestiones planteadas ser tratadas en instancia federal. A su vez, señaló que el recurso no cumplía con el reglamento aprobado por la acordada CSJN 4/2007, aunque por motivos similares a los antes apuntados consideró que podía hacerse aquí una excepción a tal régimen.

Por tales fundamentos, resolvió conceder el recurso extraordinario deducido.

7°) Que, tal como lo ha indicado el superior tribunal provincial, no obstaría a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la intervención médica cuya autorización define el objeto del presente caso llevada a cabo una vez que el mentado tribunal hiciera lugar a la pretensión de las actoras (conf. informe de la Defensoría Pública Provincial obrante a fs. 648).

En oportunidades anteriores esta Corte ha subrayado que la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos provoca que al momento en que se requiere la habilitación de la máxima instancia federal la actualidad del agravio referido a las cuestiones constitucionales que aquellas conllevan ya ha perdido vigencia en instancias inferiores.

Teniendo ello en cuenta la Corte decidió, en tales antecedentes, admitir el remedio federal a fin de que no se frustrase su intervención en esta clase de casos, cuando existe una expectativa razonable de que la situación resulte susceptible de repetición (Fallos: 310:819 y 324:4061).

8°) Que el recurrente no logra expresar argumentos constitucionales suficientes que sustenten la interpretación que deja fuera del ámbito de aplicación de la norma permisiva a las mujeres que no tengan deficiencias psíquicas. Pues, más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual. En tal sentido, no demuestra –ni se advierte– que en las disposiciones de rango constitucional citadas se reconozcan categorías –o, mejor dicho, preferencias– como las por él postuladas.

9°) Que, en cuanto al núcleo de la tesis que propone el recurrente, debe observarse que la argumentación que la sostiene pareciera no advertir que aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses. Esto es así pues en el recurso se invoca, unilateralmente, la afectación del derecho a la vida de las personas por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, esto es, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación (ver análogos argumentos en Fallos: 324:5, considerando 11, disidencia del juez Petracchi). Al sesgar de tal modo su argumentación, se ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del artículo 86, inciso 2°, del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador.

10) Que, analizado en tales términos, el planteo efectuado en el remedio federal vuelve a exhibir su incorrecta formulación pues, además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del *nasciturus*, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación. El esquema de fundamentación de quienes han sostenido esa postura en el trámite del expediente ha consistido en alegar la vulneración al derecho a la vida del feto, sumado –en el mejor de los casos– a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo).

11) Que, esa preferencia por un distinto esquema de valores, de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la interpretación efectuada por el a quo del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla.

Además, en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar –y a ello la obligaba su propia construcción argumental– un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que había realizado – invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador – resultaba incorrecta.

12) Que, sin perjuicio de lo anterior, las consideraciones del apelante concernientes a normas de jerarquía constitucional omiten tomar en cuenta que el fallo apelado se sustenta autónomamente en legislación común nacional que no ha sido atacada de inconstitucional, razón por la cual carece el recurso del requisito de relación directa e inmediata que debe existir entre las cuestiones federales propuestas y lo decidido por el pronunciamiento (conf. Fallos: 324:5 y sus citas, disidencia del juez Petracchi). En consecuencia, habrá de declararse su inadmisibilidad.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara inadmisibile el recurso extraordinario. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.
ES COPIA

Defensoría Oficial ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación

Expediente Letra “F”, N° 259, Libro XLVI, Año 2010, caratulado “F, A L s/Medida Autosatisfactiva”.

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ, Defensora General de la Nación, y **JULIÁN HORACIO LANGEVIN**, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Paraguay N° 1855, 1° piso (contrafrente), Capital Federal, venimos a contestar la vista conferida.

I.- Asumimos representación

En atención a lo que surge de estos obrados, asumimos la representación que por ley le corresponde al Ministerio Público de la Defensa (cf. arts. 59 CC y 54, incisos “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “i” de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946), respecto de la menor **A. G.**, nacida el 3 de septiembre de 1994 (cf. fotocopia de la partida de nacimiento glosada a fs. 7 de los autos principales).

II.- En tal carácter, nos expedimos con relación al recurso extraordinario federal concedido a fs. 673/676 (4/06/2010), el cual fuera interpuesto por el Tutor *Ad Litem* y Asesor de Familia e Incapaces del *nasciturus* a fs. 653/658vta., contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2010 por la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (cf. fs. 550/594vta.).

Por medio de tal pronunciamiento se dejó sin efecto la sentencia de la Alzada, y en consecuencia, se declaró que el caso de autos encuadra en el supuesto de “aborto no punible” previsto por el inc. 2º, primera parte, del art. 86 del Código Penal.

III.- Procedencia

Respecto a la procedencia formal, cabe destacar, que se interpuso el remedio federal previsto por el art. 14 de la Ley 48, con sustento en que se halla en juego la aplicabilidad e interpretación del artículo 86, inciso 2º del Código Penal, a la luz del resto del plexo normativo nacional, y del derecho a la vida de la persona por nacer que consagran los pactos y tratados internacionales de rango constitucional (v. fs. 656).

El Supremo Tribunal Provincial resolvió concederlo, expresando en su parte pertinente: “(...) El día 11 de marzo, en el Centro Materno infantil de Trelew, la menor A.G fue intervenida médicamente según informaron sus abogados, el día 12 de marzo, a las 10:51hs. (ver fs. 661). (...) A las 9,35 hs. del día 12 de marzo, en el carácter de tutor *ad-litem* del *nasciturus* y ejerciendo –simultáneamente– su representación promiscua, el Señor Defensor General Subrogante de la Provincia de Chubut, plantea Recurso Extraordinario Federal (...) Ni la recurrente, ni la representación legal de (...) han dado cumplimiento a los recaudos formales contemplados por la Acordada N° 04/2007 de la C.S.J.N.

Esta circunstancia justifica por sí sola que este Cuerpo declare inadmisibile, sin más, la apelación federal en estudio. No obstante ello y teniendo en cuenta que esta Sala declaró que en los presentes autos, media un innegable supuesto de gravedad institucional, corresponde conceder el Recurso Extraordinario Federal deducido, pese a que la práctica abortiva ya se realizó (art. 257 C.P.C.C.N.) (...) La ausencia de gravamen actual y concreto en el apelante, (...) autoriza a declarar abstracta la cuestión planteada pues los agravios invocados, han perdido virtualidad.(...) En la causa: "B.A. s/autorización judicial", sentencia del 7/XII/2001, (Fallos, 324:4064 y sgtes.) en la que al tiempo de resolver, ya había tenido lugar el parto respecto de la cual, se solicitó la autorización denegada por el tribunal a quo, el Máximo Tribunal subrayó que dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, (...)corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a la antes mencionada"(...)." (v. fs. 673/676).

No escapa a nuestro entender que, tal como lo señala el tribunal superior de la causa en el juicio de admisibilidad, el recurso extraordinario articulado no satisface los recaudos formales, en tanto el apelante incumplió con lo normado por el art. 2º y 4º del Reglamento aprobado por la citada Acordada Nº 4/2007, pues sólo consignó en forma parcial los datos requeridos en la carátula, y se excedió en la cantidad de renglones allí previstos (cf. em similar sentido, sentencia del 26 de mayo de 2010, en los autos caratulados "Vega, Beatriz María c/ Banco Formosa S.A. s/ acción común").

Desde otra arista, cuadra destacar, que el libelo recursivo no satisface el requisito de fundamentación autónoma exigido para su procedencia; y por ende, resulta formalmente inhábil para su apertura (Fallos: 323:1261).

A ello cabe agregar, que al momento de la interposición del remedio federal, el recurrente carecía de legitimación para obrar. Nótese que el Tutor *Ad Litem* del *nasciturus*, y Asesor de Familia e Incapaces, efectuó dicha presentación el pasado 12 de marzo del corriente a las 9:35 hs. (cf. cargo de fs. 658vta.), fecha en la que su representado – lamentablemente- había dejado de existir, como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada asu progenitora el día anterior, en el Centro Materno Infantil de Trelew, conforme fuera denunciado por sus letrados a fs. 648.

Tales extremos, sin lugar a dudas, provocaron el cese de su legitimación de pleno derecho. Consecuentemente, mal podía alegarse, y reconocerse la representación legal (art. 57 C.C.) y promiscua (art. 59 C.C.) que invocara, con relación a quien ya no existía (cf. art.74 del Código Civil).

Por último, tampoco se desconoce que a raíz de la práctica abortiva realizada a nuestra asistida, la cuestión debatida ha devenido abstracta, como también fuera advertido por el *a quo*.

No obstante ello, ese Alto Tribunal reconoció que, en su función de intérprete y salvaguarda último de las disposiciones de la Constitución Nacional, es pertinente en ocasiones de gravedad obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tan elevada función (Fallos: 257:132; 260:114; 295: 376 y 879; 298:732; 3001102, entre otros), circunstancias que según nuestro modo de ver, concurren en la especie, pudiendo V.E. utilizar la facultad excepcional contemplada en el art. 11 de la Acordada Nº 04/2007.

Y lo cierto es, que la virtualidad de la cuestión propuesta se encontraba sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como es el del embarazo de la menor y las posibilidades de concretar su decisión de practicarse un aborto en tiempo oportuno.

Si bien es una **regla general muy definida**, que no corresponde pronunciamiento alguno cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la resolución pendiente (Fallos, 267:499; 285:353 y 328:339), **también existen excepciones, y una de ellas es que el tema sea trascendente, de naturaleza federal o constitucional y que la combinación de todos estos factores luzca como difícil para la presentación de la oportunidad en que la Corte pueda analizar el tema.**

En tal sentido, y como precedentes válidos para nuestro sistema, cabe destacar que esta problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América al advertir que las cuestiones relacionadas con el embarazo -o su eventual interrupción jamás llegaban al tribunal en término para dictar útilmente una sentencia, pues su tránsito por las instancias inferiores insumía más tiempo que el que lleva el transcurso natural del proceso biológico. Ante tal situación asumió, con relación a su orientación básica sobre la cuestión abstracta (*mootness*), una postura más amplia, en orden a poder facilitar a los tribunales la posibilidad de decidir cuestiones que probablemente se repetirán.

En esos supuestos, la Corte Norteamericana mostró una notoria flexibilidad en torno a su concepción de las cuestiones abstractas en dos casos sobre aborto: "*Roe v. Wade*" (410 U.S. 113, 1973) y "*Doe v. Bolton*" (410 U.S. 179, 1973), en tanto se destacó que los temas relacionados con el embarazo no podían nunca revisarse en apelación por haberse producido ya el nacimiento. Ello motivó que la Corte buscara signos de que la cuestión no era abstracta, al encontrar latente un interés. (v. al respecto, Wasby, Stephen L., "La Suprema Corte en el sistema judicial federal" 4ta. Edición, Trad del inglés de Patricia Bermejo, Ed. LEP, La Plata 2003, p. 291/292). Así, optó por decidir las cuestiones propuestas aún sin utilidad para el caso en que recaía el pronunciamiento,

con la finalidad de que el criterio del tribunal fuese expresado y conocido para la solución de casos análogos que pudiesen presentarse en el futuro.

Y tal argumentación fue invocada por V.E. en oportunidad de expedirse en el precedente "T.S." en cuanto sostuvo que "...la virtualidad de la cuestión propuesta se encuentra sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como lo es el embarazo de la actora (...) esa problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica..." "(...), en el sub lite se configura un caso actual, único e irrepetible..." (v. Fallos 324:5, considerandos 4º y 5º).

Posteriormente ese Alto Tribunal señaló en el precedente "B., A" que: "...es harto difícil que, en la práctica lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esa situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición pero que escaparían a su revisión..." (Fallos 324:4061), debido a la rapidez con que se produce el desenlace de las situaciones que los originan (cf. Fallos: 310:819, considerandos 6 y 7 del voto de la mayoría y de la disidencia, y especialmente el considerando 7 del voto concurrente y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada. Asimismo: "Carroll v. Princess Anne", 393 U.S. 175, págs. 178/179, y sus citas; Fallos: 316:479, considerando 6 del voto de los jueces Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi), y no obsta a la admisibilidad del recurso extraordinario que el hecho cuya autorización se requería haya acaecido (Fallos 324:4061).

En ese entendimiento, la Corte de los Estados Unidos ha dicho que **es muy difícil distinguir, y en consecuencia que puede ser dificultoso, en la medida que sea posible, determinar el modo de precisar un test para establecer la cuestión en controversia -esto es, si se requiere una declaración judicial o bien una opinión judicial-**(cf. Maryland Casualty Co v. Pacific Coal and Oil Co., 312 U.S: 270, 1941, at 273).

En tal contexto, y en miras a determinar si estamos o no frente a un caso que amerite una declaración judicial, no puede soslayarse que en el *sub lite* se encuentra involucrada una menor de edad y, respecto al especial deber de protección de niñas y niños, el Comité de los Derechos del Niño interpretó que: "**Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten**" (Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño [artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44], adoptada el 3 de octubre de 2003). Por su parte, la Corte IDH señaló que "**La expresión 'interés superior del niño', consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño**" (Opinión Consultiva OC 17/2002, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", del 28/8/2002).

En el ámbito interno, esa Corte Suprema ha entendido que el precepto apunta a dos finalidades básicas: "**las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos**" (Fallos: 328:2870). Sentado lo anterior, tampoco escapa a nuestro entender, que el control de constitucionalidad tiene por base la relación sustancial existente entre el peticionante y los hechos del caso sobre el que reclama; como así también que V.E. tiene dicho que se expide sobre la plataforma fáctica existente al momento de resolver (cf. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, y 330:642), es decir que no queda sujeta a los hechos existentes al momento en que se interpone el recurso. Asimismo, cabe destacar que en casos como el presente esa Corte Suprema no se encuentra limitada por las posiciones de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en disputa (Fallos 322:1616; 328:3142, entre muchos otros).

En el *sub examen*, **la actualidad de la cuestión o el interés latente se refleja, en la necesidad de que A. y jóvenes como ella, vean efectivamente garantizado su derecho a su propia determinación (self determination) como parte de los derechos de su personalidad** (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "*El derecho del menor a su propio cuerpo*" en Borda, Guillermo A. (dir), "*La persona humana*", Bs. As., La Ley, 2001, p. 252), y puedan continuar con su vida, sin más remordimientos y traumas de los que ya se han puesto en su camino, y en tal sentido es merecedora de una sentencia que declare que su conducta no es punible, en orden a las circunstancias fácticas que rodeaban al caso y a las argumentaciones jurídicas que a continuación se desarrollan.

El núcleo central de la cuestión planteada en autos en base a la situación fáctica hoy existente (en tanto el aborto ya se ha practicado), es determinar si el caso se encuentra comprendido dentro de uno de los supuestos de no punibilidad contemplados por el Art. 86 del Código Penal, cuya constitucionalidad, aunque de modo un tanto confuso y contradictorio, fue cuestionada por el recurrente.

Por lo expuesto, consideramos que el recurso extraordinario ha sido bien concedido, y no empece a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la interrupción del embarazo, respecto del cual se solicitó la autorización, en tanto las cuestiones a resolver constituyen caso federal suficiente.

IV.- El caso de A.

Sentado ello, pasamos a dictaminar sobre el fondo de la cuestión planteada.

El difícil problema en torno al cual debemos expedirnos ha sido producto de una profunda meditación que nos conduce sin duda alguna, a la postura que a continuación exponemos y que se sustenta en el interés superior de nuestra defendida, pues no debe perderse de vista que aquel no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales de A.

En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior de la niña, que como tiene dicho V.E., no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (Fallos: 330:642), **será la que mejor satisfaga a todos ellos, entre los que cabe mencionar su derecho a la salud, integridad psicofísica, libertad personal, autodeterminación, dignidad, derechos reproductivos -comprensivos del derecho a formar una familia, a una maternidad libre y responsable-, el derecho sobre el propio cuerpo (derechos estos interdependientes y complementarios del derecho a la vida), como así también, su derecho a ser escuchada y a que su opinión sea tenida en cuenta.**

Asimismo, es dable remarcar, que **el examen no se agota con las necesidades actuales a satisfacer en el caso concreto al momento de resolver, sino que cualquier decisión obliga a proyectar la evaluación de cara al futuro, de modo que pueda considerarse cada fórmula como destinada a facilitar la formación de la menor y establecer las pautas para el desarrollo de su personalidad.** (cf. Roca y Trías, E., "Contestación" al discurso de ingreso de la doctora Alegría Borrás sobre "El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del derecho internacional privado", Revista Jurídica de Cataluña 4 (1994) 976).

En ese entendimiento, cabe entonces preguntarse desde el inicio: **¿Cuáles eran las alternativas disponibles? y ¿Cuál de todas ellas contemplaba efectivamente su interés superior?**; entendido este, en sus dos funciones clásicas: la de "controlar" y la de "encontrar una solución" (**criterios de control y de solución**).

En el **criterio de control**, el interés superior del niño orienta a velar porque el ejercicio de los derechos u obligaciones de los niños sea correctamente efectuado.

Mientras que, en el **criterio de solución**: la noción de interés superior sirve para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir una buena solución, es *"la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica"* (v. al respecto Fulchiron H., *"De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique"*, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss, citado por Jean Zermatten en el *"El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico"*, Informe de trabajo, 3-2003, puede consultarse en http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf).

El embarazo forzado de la niña, como resultado de la violación que sufriera, dio lugar a un dilema, frente al cual ninguna de las opciones posibles permitía salvaguardar todos los intereses en juego. Las circunstancias que rodearon el pedido de interrupción del embarazo formulado en este caso daban cuenta de lo dramático de la situación que se vio obligada a atravesar nuestra defendida, y que enseguida nos conducen a sostener que no hay en estos casos opciones ideales de resolución.

Ésta es la característica que en definitiva comparte el caso con las causas de justificación en general: ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en conflicto, es inevitable adoptar una decisión que implique el sacrificio de alguno de los bienes jurídicos en juego. Frente a un conflicto de esta naturaleza, en la que aparecen intereses contrapuestos que no pueden ser armonizados, la amenaza de sanción penal ante la interrupción del embarazo aparece de modo evidente como una coerción extrema, inaceptable e inapropiada.

Así las cosas, conviene repasar la historia de nuestra defendida, de la cual surge **que la joven A. pasó por una situación que dejará inevitables secuelas en su aparato psíquico. La interrupción de un embarazo representa en sí misma también una situación traumática, que requiere de un proceso de elaboración y cuyo decurso no puede preverse de antemano, y es en realidad lo que hoy debiera preocuparnos.**

Bajo tales lineamientos, nos compete en este estadio de las cosas y, en el rol de representantes de la menor A., repasar su pasado; analizar las posibles interpretaciones del caso, como así también, de la normativa invocada, para determinar si la solución a la que se arribó en definitiva era la que mejor contemplaba los delicados intereses en juego.

IV.1.-Sobre el embarazo de A. y los abusos sexuales sufridos

El 3 de diciembre del año 2009 la Sra. A. L. F. denunció ante el Ministerio Público Fiscal que el 13 de noviembre del mismo año su marido había violado a su hija A. de 15 años de edad. En esa oportunidad, reseñó una situación de abuso sexual ocurrida desde que la niña tenía 11 años (v. fs. 1/vta.).Al comprobarse el

embarazo de la niña, como resultado de la violación, se inició un largo derrotero para obtener un pronunciamiento judicial que autorice la práctica del aborto, con fundamento en el artículo 86 del CP.

Tras dos pronunciamientos contrarios a la pretensión por la jueza de primera instancia y la Cámara de Apelaciones, el 8 de marzo de 2010 la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia Provincial se pronunció, por unanimidad, a favor de la realización del aborto legal.

Consideró que (a los efectos de evaluar la procedencia del permiso contenido en el art. 86, inc. 2, CP) el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por el Sr. O.N. (Cf. consid. V, voto Dr. Caneo; consid. VI, voto del Dr. Pasutti; y consid. V. 2, voto del Dr. Royer). También tuvo por probado que O.N. *había abusado sexualmente de ella durante aproximadamente cuatro años* (Cf. consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V.2, voto del Dr. Royer). O.N., de 51 años de edad, era el esposo de la Sra. F. desde que A. tenía 3 años de edad. Además, es el padre de cuatro de sus hermanos, y en la causa judicial se tuvo por cierto que, si bien no es el padre biológico de la niña, en la organización familiar ocupaba un rol parental. Por tales motivos, el abuso sexual era vivido por la joven con un tinte incestuoso.

IV.2.- Sobre los obstáculos interpuestos para el acceso al aborto no punible

No pueden dejar de remarcarse los obstáculos que debió sortear nuestra defendida previo a practicarse en definitiva el aborto, pues aún cuando el requerimiento esgrimido por la Sra. F. y por su hija tuvo resolución favorable al llegar a la máxima instancia local y la joven pudo practicarse el aborto, el caso muestra que los derechos de la niña fueron violados por las trabas interpuestas, que impidieron que la niña pueda acceder en forma inmediata a la práctica legal, y que sin duda alargaron sus padecimientos y consecuentemente colocaron en riesgo su vida.

En este orden de ideas cabe mencionar, en primer lugar, la negativa del Hospital a realizar la intervención sin una autorización judicial que así lo disponga. Y aunque en el expediente no se esgrimió una negativa formal del Hospital a realizar el aborto con anterioridad a la judicialización del pedido, queda claro que el nosocomio se negaba a proceder sin un pronunciamiento judicial que lo avale. Así, al ser consultado por la jueza de familia sobre la viabilidad del pedido, el Director del Hospital informó que para poder derivar el requerimiento al comité de Bioética del Hospital, era fundamental que la magistrada informe si en el caso planteado concurrían las condiciones excepcionales previstas por el art. 86 del Código Penal (fs. 40).

Además, la madre de la joven explicó que compareció ante el Poder Judicial Provincial debido a la falta de respuesta de los profesionales de la salud. No se ve por qué motivo no habría que creerle a la madre, quien en todo momento acompañó la decisión de su hija de interrumpir el embarazo.

En segundo término, **una vez judicializada la cuestión, la niña tuvo que atravesar un largo derrotero judicial, no exento de una gran cuota de revictimización, que la colocó al borde de las posibilidades reales de poder acceder a la práctica.**

Recordemos que el embarazo fue acreditado el 23 de diciembre (v. fs. 60 del expte. 25.661). El 14 de enero la Sra. F., en representación de su hija menor de edad, requirió al juez interviniente en la causa penal que dictara una orden judicial a efectos de interrumpir el embarazo y preservar el material genético de prueba. El 15 de enero el juez de instrucción decidió que carecía de facultades de impulso durante la etapa de investigación y que la presentación debía pasar por la Fiscalía. El mismo día, la Fiscal General afirmó que el fuero penal no era el competente para este pedido (v. fs. 79 83 y 859).

En el mes de enero la madre realizó la presentación ante el fuero de familia, peticionando la habilitación de la feria judicial. En la causa civil tomó participación la Asesora de Familia e Incapaces (fs. 22), se notificó del trámite al padre de la adolescente (fs. 25 vta.), se nombró curador *ad litem* a la joven y posteriormente se le dio participación de ley (fs. 19, 42 y 50). La niña fue escuchada personalmente por la jueza y luego se presentó por propio derecho y designó a sus abogados defensores (fs. 38 y 42). También tomó intervención la Asesora de Familia e Incapaces, en representación promiscua de A. y del *nasciturus* (fs. 49), y la tutora *ad litem* del mismo (fs. 72/79).

Se requirió al Director del Hospital Regional que informe si de acuerdo a los Protocolos el aborto se podía practicar en condiciones lícitas (fs. 28) y se solicitó opinión médica al Comité de Bioética (fs. 50/51). El jefe de departamento de Tocoginecología del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia opinó que la comprobación de la violación le consta a la justicia (fs. 80/81). El Comité de Bioética *Ad Hoc* designado por el Director del Hospital Regional el 15 de febrero recomendó la no interrupción del embarazo a fin de no causar mayor daño psíquico a la menor madre (ya dañada por el abuso sexual y violación) (fs. 140/143vta.).

Sobre el estado de salud de la niña se pronunciaron: a) psicólogas del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) (fs. 27/vta.); b) el Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito; c) especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia (fs. 82 y 83); d) la psicóloga del E.T.I. presentó además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, relativas a la salud psíquica de la niña (fs. 92); e) cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia (fs. 125/126).

El embarazo y el estado de su avance fueron constatados por el médico forense (fs. 46) y por el Jefe del departamento de Tocoginecología del Hospital Comodoro Rivadavia (fs. 128).

El 16 de febrero, la jueza de primera instancia rechazó la solicitud para la interrupción del embarazo (v. fs. 153/169vta.). El 25 de febrero, la Sala B de la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión de Primera Instancia (v. fs. 350/379vta.). Contra esta sentencia, la Sra. F. y su hija interpusieron recurso de casación y de inconstitucionalidad (v. fs. 387/407vta.). Finalmente, el 8 de marzo la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de Chubut dictó sentencia y, por unanimidad, dejó sin efecto la sentencia recurrida y declaró que el caso encuadraba en el art. 86, inc. 2°, CP. El 11 de marzo, se llevó a cabo la intervención en el Centro Materno Infantil de Trelew.

Es decir, transcurrieron casi dos meses de tramitación judicial, contados desde la primera presentación en la que se solicitó la venia judicial para la realización del aborto, para poder acceder al aborto legal. Durante la tramitación del proceso, la niña fue sometida a múltiples exámenes y evaluaciones, que configuraron un proceso de victimización secundaria constatado por los profesionales del Hospital Regional, quienes advirtieron que “la adolescente ha sufrido un proceso de victimización primaria en manos de su victimario, y actualmente continúan las vivencias de victimización por encontrarse expuesta a diversas instancias de evaluación y abordajes institucionales” (fs. 125/126, el destacado me pertenece).

De tal relato, emerge con meridiana claridad que la exigencia de una venia judicial para la interrupción de un embarazo en los casos comprendidos en el art. 86, CP, o del pronunciamiento de un Comité de Bioética, son requisitos no previstos por la ley que redundaron en una nueva afectación de los derechos de la joven, ya que se vio impedida de acceder a un aborto legal en forma inmediata. En cambio, fue sometida a un proceso revictimizante que insumió prácticamente dos meses de tramitación, lo que casi hace frustrar las posibilidades de acceder a la práctica.

Estas circunstancias implicaron la imposición de cargas desproporcionadas sobre sus derechos.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Norteamericana se refirió en el precedente “*Casey*”, explicando que el sufrimiento de la mujer que decide abortar es demasiado íntimo y personal como para que el Estado insista en su propia visión del rol de la mujer. El destino de una mujer debe ser determinado en gran medida por su propia concepción de sus imperativos espirituales y su lugar en la sociedad. Y concluyó, que exigir requisitos que tengan por objeto o efecto interponer obstáculos sustanciales para acceder a un aborto en los casos en los que la práctica está permitida, constituye la imposición de una carga indebida, lo cual “*no puede ser considerado un medio permisible para servir los fines legítimos del Estado*” (Cf. Corte Suprema de Justicia, EE.UU., *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992).

Como se desarrollara *infra*, el principio de legalidad (art. 18 C.N.) impide que se restrinja o se dilate excesivamente el acceso al aborto no punible a través de la exigencia de requisitos no contemplados normativamente, y mucho menos, a través de extremos que convierten a supuestos previstos en la ley en letra muerta o que signifiquen la imposición de cargas desproporcionadas para la mujer. Los obstáculos para acceder a procedimientos legales y seguros se convierten en obstáculos para acceder al derecho a la salud, a la integridad y a la dignidad.

Bajo este entendimiento, **adelantamos desde ya -sin perjuicio de las consideraciones que a continuación argumentaremos- que debe rechazarse la interpretación sostenida por el recurrente** en cuanto afirma: “...no es posible (...) extender la aplicación del precepto a casos que, como el de autos, deben ser *precedidos por una investigación penal que -aumentando toda duda razonable- finaliza con una declaración que establece la existencia de la violación, a la vez que individualiza y castiga a su autor.*

Cuestión que, por otra parte a pesar de la falta de discusión fáctica de autos, aquí no ha sucedido” (v. fs.657vta. último párrafo y 658), en tanto dicha investigación excedería los tiempos de la gestación.

De ningún modo puede sostenerse que el art. 86, inc. 2°, CP, exige una sentencia de condena, en tanto el principio de legalidad y de razonabilidad coartan este tipo de exégesis.

Como es sabido, la ley N° 21.338 incluía como requisito de procedencia que la víctima haya instado la acción penal (en la legislación nacional nunca se exigió que haya recaído condena). Sin embargo, esta ley fue derogada y la exigencia desapareció de la legislación vigente. En sentido coincidente se pronuncia la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP), al afirmar que es innecesario exigir la prueba del autor de la violación y/o del embarazo. La mujer no está obligada a hacer la denuncia por violación y nadie la puede investigar de oficio si no la hizo. Si invoca falsamente una violación como causa del embarazo, su hecho será un aborto punible, con o sin error invencible del médico que lo practique (v. <http://www.aapdp.com.ar/>).

Por tanto, se considera que en nuestro marco jurídico basta con que se invoque con seriedad la existencia del hecho ilícito (Cf. Voto del Dr. Pasutti, en esta causa, consid. VI, último párrafo; en sentido coincidente, S.C.J., Provincia Buenos Aires, R.,L.M., rta. 31/07/2006, voto del Dr. Genoud). Pero nunca puede considerarse que sea necesaria una sentencia de condena.

La exigencia de requisitos no previstos legalmente, como los que tuvo que sortear la niña A. para acceder a la interrupción del embarazo, o como los que pretende exigir el recurrente, violan derechos de la niña consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de derechos humanos elevados a igual jerarquía.

IV.3.- Sobre la afectación de la salud

En la causa judicial quedó sobradamente probado el riesgo que generaba el embarazo en la salud e incluso en la vida de la joven A.

En este sentido, se puede mencionar la evaluación realizada por distintos profesionales que tuvieron intervención en el caso:

a) Psicólogas del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) se ocuparon de destacar que los efectos del abuso sexual infantil han sido equiparados con el de un disparo en el aparato psíquico, y que su impacto es aún mayor en el caso particular por el embarazo de la niña. Refirieron que la joven había decaído a partir de la confirmación del embarazo, que presentaba síntomas depresivos e ideas suicidas persistentes, rechazo del embarazo (pues consideraba intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos y del marido de su madre), que el impacto producido por el embarazo complejizaba enormemente la tarea reparatoria, y que la continuidad del embarazo presentaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida (fs. 27);

b) El Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito también relató que se acreditaba una importante sintomatología depresiva reactiva y sobre todo la recurrencia de ideaciones autodestructivas (fs. 66);

c) Especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia resaltaron nuevamente la presencia de una sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violaciones sufridas desde los 11 años e ideaciones suicidas si el embarazo no era interrumpido (fs. 82/83);

d) Profesionales del E.T.I. presentaron además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, quienes también indicaron que ven decaer a la joven y transmitieron gran preocupación (e incluso algunos manifestaron certeza) sobre la posibilidad de que la adolescente atente contra su vida en caso de obligarla a seguir con el embarazo (fs. 92);

e) Cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia informaron que la adolescente presenta un cuadro con sintomatología de carácter depresivo, reactivo a la situación de abuso reiterado desde los 11 años de edad, violación y posterior embarazo.

Acerca de las ideaciones suicidas, no desestimaron la posibilidad del pasaje al acto de dichas ideas, encontrándose, en consecuencia, en continuo riesgo de vida. Señalaron que el embarazo era vivido inconscientemente de manera siniestra y catastrófica ya que aunque biológicamente el victimario no era el padre, emocionalmente la niña lo consideraba como tal (fs.125/126).

f) El Comité de Bioética *Ad Hoc* designado por el Director del Hospital Regional también concluyó que existía riesgo de vida para la niña en caso de no interrumpir el proceso de gestación, aunque consideró que podía controlarse por otros medios (fs. 140/143).

Sobre la base de lo informado por lo distintos especialistas, la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia provincial tuvo por probado que la continuidad del embarazo contra la voluntad de la adolescente implica un grave riesgo para su integridad psíquica (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti; y consid. V.2, voto del Dr. Royer), e incluso un riesgo de vida (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti).

No quedan dudas, entonces, acerca de que el embarazo producto de la violación por parte de su padrastro ocasionaba a la niña una grave afectación a su salud e incluso riesgo de vida.

En realidad, la afectación a la salud psíquica suele acompañar los abusos sexuales, y con mayor presencia cuando como resultado del abuso se produce un embarazo no deseado. En el caso particular, otras circunstancias que también incrementaron el impacto en la salud de la adolescente son la edad de la víctima y el hecho de que el autor del abuso era su padrastro (y padre de algunos de sus hermanos), a quien reconocía como autoridad paterna.

Por ello, entendemos que además de quedar comprendido este caso en los supuestos contenidos en el inciso 2, art. 86, CP, el caso de A. encuadra también en los términos del inciso 1.

En tal sentido, se ha sostenido que la *justificación del aborto* debe abarcarse dentro del *ejercicio del derecho a la integridad física o mental*, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico.

Conforme a nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º del segundo párrafo del art. 86 del CP: “...si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro o puede ser evitado por otros medios.” **Dado que la ley, con todo acierto, exige peligro para la salud, abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible**

de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada (v. Zaffaroni, Eugenio, *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Segunda Edición, Tercera Reimpresión, 2006, p. 503).

Algunos magistrados también han delineado expresamente esta interpretación. Tal es el caso del voto de la Dra. Kogan en el caso *“L.M.R.”*, en el que se requería el acceso al aborto legal en un caso de una mujer con discapacidad mental, embarazada como consecuencia de una violación; quien señaló si bien el caso había sido encarrilado primordialmente en torno de la aplicación del inciso 2° del art. 86, CP, las características de una situación de hecho como la que se examinaba no habrían permitido descartar *a priori* un examen a la luz de los recaudos del inciso 1° del art. 86 según lo interpreta el Profesor Eugenio R. Zaffaroni (Del voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006).

En sentido similar se sostuvo que, el supuesto del embarazo derivado de una violación no es más que un caso particular de la hipótesis general de peligro para la salud de la madre del artículo 86, inciso 1°, CP, por lo que el encuadre en dicha premisa general tiene expresamente en cuenta que el supuesto también se verifica particularmente en el inciso 2°, en tanto el embarazo es producto de una violación (Del voto del Dr. Loustaunau, C.Corr.Crim. Mar del Plata, O., M. V., rta. 21/02/2007).

Y lo cierto es, que en el *sub lite* se tuvo por cierto el riesgo a la salud y a la vida de la niña: Por ello el caso, además de estar comprendido en los supuestos contenidos en el inciso 2°, art. 86, CP, encuadra en las dos hipótesis previstas en el inciso 1°.

A partir del concepto que la vida tiene en los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22 CN), la interpretación propiciada del Art. 86 inc. 1 CP, es decir el aborto terapéutico fundado en el peligro para la vida o la salud de la madre se encuadra en el presente caso sin forzar de modo alguno su literalidad ni los argumentos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define “salud” como el estado de completo bienestar físico, mental espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (v. http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/).

La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales. La Convención de los Derechos del Niño en sus art. 24, 25 y 26 habla del derecho a la salud y a la seguridad social del niño. La combinación de “supervivencia y desarrollo” que aparece en los arts. 24 y 26 de la C.D.N tiene como finalidad hacer hincapié en el valor esencial de las actividades que realicen los Estados Partes, sobre la base de reforzar la salud de los niños mediante medidas preventivas de atención sanitaria. Esto no se limita a una perspectiva meramente física, sino que lo que se trata de garantizar es el pleno y armónico desarrollo (espiritual, moral y social), y la función fundamental de la educación en el logro de éste desarrollo (Weinberg, Inés, *“Convención sobre los Derechos del Niño”*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, p. 397).

En ese sentido, es dable destacar que el aborto terapéutico no es otra cosa que un estado de necesidad (art. 34 inc. 3°, CP), una situación en que se encuentra una persona que, como medio inevitable para salvar bienes jurídicos propios o de terceros, ataca un bien de menor entidad relativa. La comparación entre ambos bienes es siempre un concepto relativo, que cuando no surge del texto de una norma expresa se basa en la medición aconsejada equitativamente por las circunstancias del caso concreto.

De allí que se considere de vital importancia un pronunciamiento de V.E. que brinde certeza sobre los alcances de la norma y sobre la forma en que deben proceder las agencias públicas para no reiterar conductas que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, en tanto, los compromisos asumidos por nuestro país implican no sólo la obligación de respetar tales derechos (en el sentido de imponer límites a la actuación estatal para no violarlos), sino también el deber de garantía.

En virtud de esta última obligación, los Estados tienen que *“organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”* (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, y párr. 166).

Sin embargo, es frecuente que el personal médico se niegue a practicar los abortos no punibles establecidos en el Código Penal y exija una autorización judicial para realizarlos, cuando en realidad son éstos y no los jueces quienes están capacitados para determinar cuándo existe un peligro para la vida o la salud de la madre. Y lo cierto es que, este requisito no está previsto en la ley y su exigencia impide, en muchos casos, el goce efectivo del derecho a la salud y a la autonomía.

El principio de respeto prohíbe las intervenciones arbitrarias de los Estados en el acceso al aborto justificado, ya que constituyen una vulneración de los derechos de las mujeres a la salud, a la autonomía, a la dignidad y a la vida, entre otros. El deber de garantía busca que se responda al acceso efectivo a los servicios legales y seguros para la interrupción del embarazo cuando se acreditan los supuestos en los que el aborto no es punible, como una medida para garantizar los derechos de las niñas involucradas en estos casos.

Dicho de otro modo, el principio de respeto impide a los funcionarios judiciales o sanitarios imponer requisitos no legales y trabas burocráticas que dilatan indebidamente el acceso al aborto permitido, y que además muchas veces implican una carga desproporcionada para las mujeres. Y el deber de garantía exige al Estado que implemente las acciones positivas necesarias para asegurar el acceso efectivo a la práctica médica a aquellas mujeres que deseen interrumpir un embarazo en los supuestos en los que la intervención está justificada, en los términos del art. 86 del CP.

No obstante ello, estos compromisos no lograron traducirse en prácticas vigentes, como quedó evidenciado en el caso que nos ocupa, en tanto la falta de implementación de las políticas públicas adecuadas que ayuden a las mujeres a evitar embarazos no deseados (planificación familiar, implementación de protocolos médicos que especifiquen qué debe entenderse por grave daño a la salud que justifique la interrupción del embarazo), conducen a que tengan que recurrir a abortos clandestinos, y hacen que en Argentina las muertes por aborto sean la primera causa de muerte materna (v. Bergallo, Paola “*Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado*”, Doctrina, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 2010, Fascículo N° 7, p. 1139), especialmente en adolescentes.

La salud de la mujer embarazada no es una cuestión menor. Según los datos de Unicef del año 2007, relativos a estado mundial de la infancia, se observa que una de cada tres mujeres en América Latina queda embarazada antes de cumplir los veinte años y una de cada 160 mujeres en la región muere como resultado del embarazo (cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para la salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su impacto en el derecho argentino”, v. <http://www.laleyonline.com.ar>).

En base a lo hasta aquí delineado, en cuanto al caso sujeto bajo análisis y al largo recorrido que tuvo que emprender nuestra defendida para obtener un pronunciamiento judicial que la habilitara a llevar a cabo la práctica legalmente, conviene ahora sí, repasar las distintas interpretaciones del artículo en cuestión, como así también evaluar cuál es el límite del poder punitivo del Estado en casos como el de autos.

V.- La normativa cuya interpretación se cuestiona.

V.1.- Facultades y obligaciones del Estado en materia penal

El ser humano es causa y fin del Derecho (*Hominum causa omne ius constitutum est*, L. 2, D. *De st. Hom.*, 1,5.). La vida humana tiene un valor intrínseco, en el sentido de que una decisión como la discutida en autos excluye consideraciones instrumentales –las vidas no pueden ser utilizadas como medio para otras vidas-, cuantitativas –muchas vidas no valen más que una-, y subjetivas –el valor personal asignado por cada uno no cuenta en principio, al igual que el económico o cultural- (cf. Dworkin, Ronald, “*El dominio de la vida*”, ed. Ariel, Barcelona, 1994, cap. III, p. 93 y ss.). Por ese orden de razones, debe concluirse que una despenalización *in totum* del delito de aborto no podría admitirse, ya que lo contrario implicaría permitir que cualquier persona pudiera disponer del fruto de la concepción, incluso en contra de la voluntad de la madre. Ello así, ya sea que se considere a la persona por nacer como una persona actual o un estadio previo que carece de autonomía por formar parte del cuerpo de la madre, dado que una discusión tal parece en principio irrelevante para la resolución del *sub lite*, pues tanto en uno como en otro caso la ley protege, en general, tanto la vida y los intereses del concebido como de la persona ya nacida.

Sin embargo, la ley los protege de manera diferente, tanto en sede civil como en penal. El Derecho Civil declama que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (art. 63 Cód. Civil), pero priva a las personas por nacer de la mayoría de lo que suelen considerarse atributos fundamentales de las personas, como el nombre, estado y domicilio. Tampoco pueden adquirir todos los derechos, sino sólo algunos, *como si* hubiesen nacido (art. 70 Cód. Civil). Y no pueden contraer obligaciones, ya que se lo considera *como si* hubiesen nacido solamente para todo lo que sea favorable, lo cual contradice el concepto mismo de persona (todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, art. 30 Cód. Civil). El remate de esta situación ficcional, donde una persona por nacer se considera como si fuese igual que una persona nacida, acarrea otra irrealidad que es pura creación legal, dado que si naciere sin vida o muriese antes de estar completamente separado del seno materno, se considera al feto *como si* nunca hubiese existido (art. 74 Cód. Civil).

La distinción marcada por el nacimiento responde precisamente a ese incontestable dato de la realidad. Toda utilización de ficciones y especialmente aquellas que siguen la filosofía del “como si”, tal como la establecida expresamente por el legislador civil, además de tener un cierto sustrato real, únicamente resultan admisibles si justifican utilitariamente el deliberado y práctico desvío de la realidad en que incurren (cf. Marí, Enrique, “*La teoría de las ficciones*”, ed. Eudeba, 2002, cap. XII, “*Hans Vaihinger y las ficciones del “comosi”*”). Esto no implica negar el estatus de persona del *nasciturus*, sino precisamente reconocerlo y a la par destacar que, como es un concepto jurídico inventado por el Derecho, responde a razones esencialmente pragmáticas, entre las

cuales se revela como principal la protección de la vida del concebido, pero sin descartar otras, en base a las cuales no se establecen legalmente los mismos derechos que las personas ya nacidas. A juicio de Alfredo Orgaz, el razonamiento que ignore la ficción trazada por el legislador, incurre en el equívoco de asimilar vida humana con persona, que en el sentido técnico asignado por el Derecho significa una cualidad puramente jurídica, que se aplica a todos los sujetos del derecho, sean o no individuos humanos, vgr. personas jurídicas o de existencia ideal (v. Orgaz, Alfredo, "Personas Individuales", Ed. Depalma, 1946, págs. 34). Obviamente, la ley protege la vida y los intereses del concebido por respeto a la vida humana, que ya existe, pero sin olvidar la diferencia signada por el nacimiento.

Este modo de ver las cosas fue receptado por V.E. en el caso "Sánchez", donde, reconociendo la calidad de persona del concebido a los fines de conceder la indemnización prevista por la ley 24.411, a la abuela del por nacer, admitió el reclamo a tal beneficio indemnizatorio por *iure proprio*, en virtud del daño que la pérdida del embarazo a término le ocasionaba. Así se sostuvo: "...el art. 30 del Código Civil define como personas a todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones; mientras que el art.63 señala como especie del género "persona" a las "personas por nacer", definiéndolas como aquellas que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno. 10) Que el propio Orgaz enfoca la cuestión al distinguir el concepto de "hombre" del de "persona", y dice "...Persona es, por tanto, quien tiene la aptitud de poder ser titular de derechos y de deberes.

Como se trata de una aptitud 'jurídica', es claro que ella emana del derecho y sólo tiene sentido y validez dentro del derecho. La personalidad, por consiguiente, no es una cualidad 'natural', algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el derecho construye para sus fines particulares..." (op. cit. pág. 7). Remarca la distinción entre "persona" e "individuo humano" afirmando que la personalidad es "un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas, actuales o solamente posibles" (op. cit. pág. 12)". 11) (...) Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona "por nacer", vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión." (C.S.J.N., S. 1091. XLI., "Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH- art. 6 ley 24.411 (RESOL 409/01)", rta. el 22/5/2007).

La perspectiva sostenida en el precedente citado, en el sentido de considerar que las personas por nacer no significan jurídicamente lo mismo para la ley que las personas ya nacidas, más allá de compartir el sustrato común de vida humana, también fue relevada por V.E. en el caso "Blanco", donde, interpretando los alcances de la ley 24.043, negó que la privación ilegal de la libertad que sufriera su madre, mientras el causante se hallaba en el vientre materno, menoscabara de algún modo su libertad física o ambulatoria. Por ello, pese a ser persona, pero indudablemente derivado del hecho de no haber nacido aún, no podía ser sujeto pasivo del delito de privación de la libertad que su madre había sufrido.

Así, se afirmó: "7°) Que resultan completamente diferentes las circunstancias que se presentan en autos, donde el actor Blanco reclama la reparación por haber estado en el seno de su madre cuando aquélla fuera privada de su libertad del 24 de noviembre al 24 de diciembre de 1978. En este sentido, no es posible afirmar que Blanco, en tales condiciones, ha sufrido un menoscabo a su libertad física o ambulatoria, ni tampoco -aun con una lectura más abarcadora- que haya visto limitada de algún modo su esfera de actuación o de libre decisión, por lo que el caso excede el ámbito de aplicación encuadrado bajo las previsiones de la ley 24.043." (cf. C.S.J.N., B. 718. XLII., "Blanco, Luciano Ramón c/ M° J y DDHH - art. 3 ley 24.043 (resol. 399/03)", sentencia del 12/8/2008).

Con respecto al Derecho Penal, nuestro código de fondo estructura los delitos contra la vida bajo dos formas principales: el homicidio y el aborto, cuya frontera viene dada por el nacimiento de la persona, a partir de la cual se tornan aplicables las mayores penalidades previstas por el art. 79 y ss. CP. La regulación del delito de aborto se caracteriza por estar basada en los criterios siguientes: a) represión severa para quien comete el aborto sin el consentimiento de la madre (art. 85, inc. 1º, CP) y menos grave para quien lo realiza mediante violencias sin intención (art. 87 CP.); b) represión relativamente severa para quien practica el aborto con el consentimiento de la mujer (art. 85, inc. 2, CP); c) represión atenuada de la mujer que se practica ella misma el aborto o consiente que se lo practique un tercero (art. 88 CP.); d) impunidad de los llamados aborto terapéutico, eugenésico, y sentimental -cuya discusión aquí se plantea- (art. 86 CP), como así también de la tentativa de aborto causada por la propia mujer (art. 88 *in fine*, CP).

De la manera como el legislador argentino reguló los comportamientos incriminados y de acuerdo a la graduación de las sanciones previstas para cada uno de los casos, se puede considerar que el presupuesto tomado en consideración es, en primer lugar, la protección del bien jurídico vida humana desde su etapa embrionaria. A la vez, nuestro Código Penal estima, bajo ciertas circunstancias, como diferentes la persona por nacer y la persona ya nacida, lo que se deduce además de las constataciones que se enuncian a continuación:

a. Distinción clara entre aborto y homicidio.

- b. No sanción del hecho de causar por negligencia la destrucción del embrión, a diferencia de la represión del homicidio culposo (art. 84 CP).
- c. Preferencia reconocida a la vida y a la salud de la madre frente a la vida embrionaria, en caso de peligro grave y siempre que la mujer consienta (aborto terapéutico, eugenésico y sentimental, que aquí se discute).
- d. No sanción de las lesiones causadas, dolosa o culposamente, al feto.
Tales hechos que son reprimidos como lesiones (daños a la integridad corporal o a la salud física o mental) cuando se trata de un ser humano ya nacido (arts. 89, 90 y 91 CP).
- e. No sanción de la tentativa de aborto protagonizada por la propia mujer.
- f. La severidad de las penas previstas en caso de homicidio, en relación con las estatuidas para el aborto, muestra claramente que el primero es considerado como un acto significativamente más grave que el aborto. Esa forma de legislar con relación al aborto es común a todos los crímenes, y en especial con respecto a los delitos contra las personas ya nacidas, donde algunas muertes no son tenidas en cuenta para aplicar una sanción por el derecho penal porque no son típicas, otras porque se encuentran justificadas, unas porque la conducta no es culpable, y otras por razones de política criminal, (art. 34 CP). En las que caen bajo su dominio, algunas prevén una pena determinada para el autor (Art. 79 CP.), otras establecen penas menos graves (art. 81, 82, 83, y 84 CP.), o en otros casos, sanciones mucho más graves (art. 80 CP). La renuncia a la criminalización del aborto en determinados casos (art. 86 CP) no implica renuncia a la protección del derecho a la vida, porque el Derecho Penal es solamente uno de los aspectos que otorgan relevancia a ese valor vida. De hecho, ello puede observarse en los ataques a la vida de la persona ya nacida, cuya destrucción se halla sancionada por el delito de homicidio, pero el Estado puede no aplicar pena, pese a la muerte de una persona, cuando no concurre una acción típica, antijurídica y culpable.

Ello deja al descubierto también que, aún para el derecho penal, la muerte de una persona causada por otro no siempre será seguida de una pena (v. Soler, Sebastián, *"Derecho Penal Argentino"*, Ed. Tea, 1978, T. I, p. 302). Y también marca que la protección de un derecho no siempre implica la aplicación del derecho penal. Por ejemplo, medidas de seguridad social son constitucionalmente exigibles para el *nasciturus* y nada tiene que ver el Derecho Penal con ello (art. 75, inc. 23, C.N.). Para una absoluta postura contraria, estarían derogadas la legítima defensa (en más de un caso se han visto implicadas mujeres embarazadas como sujetos activos en homicidios, robos con armas y secuestros extorsivos), el estado de necesidad, el cumplimiento de la ley, el error de tipo, el caso fortuito, el estado de necesidad exculpante, la inimputabilidad y la inculpabilidad en general. Es decir, de un plumazo se borraría toda la construcción que a través de siglos se realizó en orden a la aplicación de una pena con sólidas bases constitucionales.

A su vez, también implicaría exigir la criminalización y la aplicación de penas como consecuencia de todas las violaciones a todos los derechos, transformando así al Derecho Penal en una rama omnicompreensiva de todas las ramas jurídicas, olvidando que en realidad es la *ultima ratio*, debido a su carácter esencialmente subsidiario y fragmentario.

En esa inteligencia, conviene señalar que aún cuando en nuestro medio no esté suficientemente resuelto el problema de si —y en su caso, con qué requisitos— el legislador puede estar obligado a penar una conducta lesiva de bienes jurídicos, lo que es seguro es que no existe un mandato constitucional de punición absoluta en todos los casos. La circunstancia de que nuestra legislación otorgue protección a la vida humana desde el momento de la concepción no resulta suficiente para justificar la penalización total sin excepciones, en especial si se considera que dicha tutela, de igual modo que la protección de otros bienes jurídicos, puede asumir formas diferentes a la adopción de políticas públicas represivas.

A la hora de abordar esta cuestión no debe incurrirse en una interpretación panpenalista (Cf. Ferrajoli, Luigi, *"Derecho y razón"*, Editorial Trotta, 1995, pág. 702), entendiendo erróneamente que lo que no está previsto por una ley penal sencillamente no está protegido por el ordenamiento jurídico. En efecto, aunque el reconocimiento de la existencia de un bien jurídico crea para el Estado la obligación de protegerlo, ello no significa que dicha obligación deba traducirse necesariamente en la sanción de normas penales (Gullco, Hernán *"¿Es inconstitucional el art. 86 inc. 2º del Código Penal?"* en *Doctrina Penal*, N° 11, Año 1988, págs. 499 y 500).

Por su parte, Roxin señala con certeza que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema, como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, y las sanciones no penales. Por ello, se denomina a la pena como *ultima ratio* de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos (Cf. Roxin, Claus, *"Derecho Penal. Parte General"*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997). A su vez, la categoría de bien jurídico, como límite al ejercicio penal, requiere de la lesión a un bien para justificar su prohibición y

punición como delito, lo que se erige como condición necesaria, pero nunca suficiente para ello (Cf. Ferrajoli, ob. cit., pág. 471).

Como se verá en el siguiente apartado, el art. 86 del CP, enumera supuestos que justifican la práctica del aborto por entender que ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en pugna, se debe necesariamente sacrificar alguno de los bienes jurídicos en juego. La interrupción del embarazo en estos supuestos está íntimamente relacionada con el ejercicio del derecho a la integridad –tanto física como mental–. Así lo ha entendido Zaffaroni: “*La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico*” (Zaffaroni, ob. cit., p. 503).

V.2.- Constitucionalidad del artículo 86 CP

V.2.a).- La norma

En su redacción actual, el artículo 86, segundo párrafo, del Código Penal argentino establece que: “*El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2° si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.*”

En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

La fuente del precepto bajo análisis fue el Anteproyecto de Código Suizo de 1916, en su versión en francés del original en alemán. El resultado de este peculiar recorrido dio lugar a un texto cuyos alcances aún se discuten. El anteproyecto suizo, en su original en alemán, distinguía claramente tres situaciones en las que el aborto estaba permitido: por un lado, en el supuesto de violación (*Notzucht*), es decir el acceso carnal logrado mediante fuerza o intimidación, que se traduce literalmente como “*cría en emergencia*”, pero significativa de reproducción forzada; y la profanación o estupro (*Schändung*), que proviene del verbo desdorar, mancillar (*Schänden*), que se debe interpretar como el ataque sexual contra alguien incapaz de consentimiento válido (además de las mujeres con alteraciones mentales -llamadas entonces “*idiotas*”- se incluían en este caso a las que estuvieran inconscientes y a las que por cualquier otra razón no pudieran consentir el acto, Cf. Niño, Luis, “*Acerca del régimen legal para la interrupción voluntaria del embarazo*”, Libro homenaje a Nelly Minyersky, en prensa. y voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006, consid. 15). El tercer supuesto previsto en el antecedente, que es mencionado expresamente en las consideraciones de la comisión legislativa, aunque no aclarado expresamente en la legislación nacional, era cuando el embarazo provenía de un incesto. El problema que presenta la norma, entonces, responde al hecho de que al realizarse la traducción no se reparó en la circunstancia de que el derecho alemán emplea nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de mujer insana o incapaz de consentir, a diferencia de lo que ocurren con el artículo 119, CP, que designaba, en su anterior redacción, con la palabra “*violación*” todos esos supuestos (Cf. Soler, ob. cit., T 3, p. 114).

Pues bien, la expresión “*Schändung*” del alemán, fue traducida al francés como “*attentat à la pudeur d’une femme idiote, alinée, inconsciente ou incapable de résistance*”.

La traducción literal de la versión francesa al español arrojó como resultado la incorporación a nuestro Código Penal de una expresión equívoca y extraña a nuestra terminología, como es “*atentado al pudor*”, concepto que no figura en otra parte del Código Penal (Cf. Soler, ob cit, p. 114; Donna, Edgardo Alberto, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 195).

Por su parte, la discusión parlamentaria de la norma giró preponderantemente en torno al fin eugenésico. En este sentido se expresó en 1922 la Comisión de Códigos del Senado, que fue la que propuso la incorporación de este artículo, al celebrar en su informe que ésta fuera, “*...la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado*” (v. Moreno (h), Rodolfo, “*El Código Penal y sus antecedentes*”, Buenos Aires, H.A. Tomassi, 1922/1923, Tomo III, p. 420).

Como veremos, el resultado de la adaptación al castellano del texto en francés ha traído como consecuencia distintas disquisiciones del inciso 2°. Conforme a la interpretación restrictiva, este inciso autorizaría la interrupción del embarazo sólo ante el supuesto de violación de una mujer insana, mientras que la interpretación amplia incluye en el permiso otros casos en los que el embarazo fue impuesto a la mujer por conductas ilícitas.

La mayor extensión de la norma es sostenida por la doctrina mayoritaria (Zaffaroni, ob. y lugar citados, Donna, ob. y lugar citados; Soler, Sebastián, ob cit., p. 107 y ss; Fontán Balestra, Carlos, “*Tratado de Derecho Penal*”, ed. Abeledo Perrot, 1983; T. IV, p. 255; Terán Lomas; Roberto A.M., “*El aborto de la mujer víctima de violación*”, en J.A. t. 29, 1975, p. 453; Jiménez de Asúa, Luis, “*El aborto y su impunidad*”, La Ley t. 26, p. 977; Molinario, Alfredo J., “*Los delitos*”, ed. Tea, 1996, p. 217; Gómez, Eusebio, “*Tratado de Derecho Penal*”, Compañía argentina de editores, 1939, T.II, p. 144; y Ramos; Juan P. “*Curso de Derecho Penal. Segunda Parte*”, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1957, t. V, p. 73/74).

Sin embargo, antes de analizar cuáles son los postulados de las distintas corrientes y las consecuencias de sostener una u otra interpretación, resulta de interés analizar el contexto histórico en el que la norma fue incluida en nuestro orden jurídico. Se considera que esta perspectiva permitirá explicar el surgimiento de las exégesis restrictivas, a la vez que echará luz sobre su insostenibilidad actual.

V.2.b).- Contexto histórico

Si bien hoy es fácilmente reconocible que, además de la vida intrauterina, existen otros bienes jurídicos cuyo resguardo se persigue en la regulación penal del aborto, que son los derechos en cabeza de la mujer embarazada como su vida, su salud, su integridad psicofísica, su dignidad o su autonomía; es ciertamente destacable que tal reconocimiento no acontecía en los albores de la regulación.

La realidad de las mujeres al momento de sancionarse el artículo 86, CP era completamente diferente a lo que es en estos tiempos. Las mujeres eran prácticamente desconocidas como sujetos de derechos, ya que no se les reconocía la titularidad de derechos civiles ni políticos. En cuanto a los derechos políticos, sabido es que el sufragio femenino no se obtuvo hasta 1947, y ninguna mujer ocupó una banca en el Congreso Nacional hasta 1951; lo que significa que las mujeres no formaron parte de las discusiones parlamentarias que precedieron la regulación de los derechos en general, y en especial, de delitos tales como los sexuales o el aborto. En cuanto a la legislación civil, mención especial merece la regulación destinada a las mujeres casadas. De acuerdo al Código Civil de 1869, al contraer matrimonio las mujeres quedaban bajo una especie de tutela del marido: la ley civil declaraba de modo expreso la incapacidad relativa de la mujer casada (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original) y las colocaba bajo la representación necesaria del marido (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original). Al contraer matrimonio, las mujeres no podían ser sujetos de contratos sin la licencia del esposo, de modo tal que cabía a éste decidir sobre los trabajos y las profesiones de la esposa, ni podían administrar sus propios bienes. Tampoco podían estar en juicio sin licencia especial del marido (Cf. Barrancos, Dora, *"Inferioridad jurídica y encierro doméstico"*, en Historia de las mujeres en la Argentina, T. I., Colonia y S. XIX, Fernanda Gil Lozano, Valeria Silvina Pita y María Gabriela Ini, dir., Editorial Taurus, Buenos Aires, 2000, p. 112 y ss.). Sobre esa situación jurídica de *incapaz* de la mujer coincide toda la doctrina civilista (v. por todos, Llambías, Jorge Joaquín, *"Tratado de Derecho Civil Parte General"*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, Tomo I, p. 572, nota 180). Ciertamente, el lugar de inferioridad jurídica que se deparaba a las mujeres hasta mediados del siglo XX influyó para que el espíritu orientador en la protección contra los abusos sexuales, lejos haya estado de afirmarse en la libertad de elección y en la integridad sexual.

En efecto, en ese marco histórico y social, la ley penal reguló los ataques sexuales en el Título II, CP, bajo el título *"Delitos contra la honestidad"*. En lugar de buscar proteger la libertad e integridad sexual de las mujeres, la regulación de los ataques sexuales buscaba resguardar el honor y nombre de quienes eran sus "dueños", responsables o tutores: sus maridos, padres, hermanos, etc. (Cf. Rodríguez, Marcela, *"Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas"*, en Las trampas del poder punitivo, Birgin, Haydée comp., Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 151). Y no podía ser de otra forma; el acento de lo ilícito no podía colocarse en la lesión a la libertad de la mujer, pues precisamente su virtud y su reputación descansaban en la limitación de su sexualidad a los confines del matrimonio. La apelación a la honestidad consolidaba el imaginario reductor de la mujer por razón de las naturales funciones sexuales y de procreación de la esposa, y la idea de su fragilidad por razón del peligro de que le fuera arrebatada la honra, con el consiguiente ultraje al marido o a la familia que la tutela hasta tanto se despose (Cf. Asúa Batarrita, Adela, *"El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales"*, en Género, violencia y derecho, Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana Coord., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 106 y ss.). Existía, por tanto, una "cosificación" de la honestidad de la mujer: ésta era valiosa y debía protegerse jurídicamente, en la medida en la que de esta forma se aseguraba el interés que determinados varones tenían sobre esa mujer.

Entonces, como la libertad sexual, integridad sexual y dignidad de las mujeres no eran bienes jurídicos tutelados por el Código Penal, es entendible que este argumento haya estado ausente en la discusión parlamentaria sobre los casos de aborto justificados. Estas circunstancias también son útiles para explicar las interpretaciones restrictivas que surgieron alrededor del artículo 86, inciso 2º, CP, conforme a las cuales la norma excluiría de sus alcances a las mujeres que resulten embarazadas luego de una violación, pero que tengan pleno uso de sus facultades mentales. Aquella falta de reconocimiento de los derechos femeninos, sumado a una confusa traducción de la versión originaria de la norma, ha favorecido la elucubración y persistencia de una exégesis que desconoce derechos elementales. Por tanto, tal interpretación, a más de incorrecta, se revela inconstitucional.

La ley N° 25.087, de Delitos contra la Integridad Sexual, modificó en 1999 el Código Penal en lo relativo a los delitos sexuales y reconceptualizó el bien jurídico tutelado por tales normas. El Título III del Código pasó a llamarse *"Delitos contra la integridad sexual de las personas"*. El cambio propuesto apunta a incriminar actos

que atentan contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres y los hombres, que significan una agresión sexual contra la autodeterminación como seres humanos, personas libres para decidir sobre su sexualidad y sobre su propio cuerpo. En este sentido, la nueva ley concibe las agresiones sexuales como una injuria a la integridad de la víctima y no a su pureza o castidad, o al honor de algún varón.

Poniendo énfasis en que el bien jurídico que se busca custodiar es la integridad y dignidad de las personas, independiente de cualquier otra consideración, además de modificarse el título, se elimina toda referencia a la honestidad y al estado civil de las víctimas (Cf. Rodríguez, ob. cit., p.151/153).

Una interpretación sistémica de nuestro orden jurídico exige que la exégesis del artículo 86, CP, tenga en cuenta la tutela que brinda la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y la legislación dictada en consecuencia, entre la que se encuentra el Código Penal, a los derechos de las mujeres que se encuentran vulnerados cuando resultan embarazadas como consecuencia de una violación sexual.

Las posturas que restringen el alcance del artículo 86, inciso 2º, CP, desconocen esta protección y constituyen, por tanto, rémoras de épocas en las que se desconocía a las mujeres como sujetos de derecho.

Cabe resaltar que la regulación tradicional de los delitos sexuales como “delitos contra la honestidad” se ha extendido hasta hace poco más de 10 años. Por ello, no puede asombrarnos que las pautas de interpretación largamente asentadas en aquella regulación desplieguen todavía su influencia en numerosos aspectos, tal como sucede en el caso de la interpretación del artículo 86 CP.

V. 2.c).- Inconstitucionalidad de la exégesis restrictiva

De acuerdo al principio de legalidad, no hay delito sin ley penal previa, escrita y formal, emitida por los órganos políticos autorizados por la Constitución Nacional.

Conforme a este principio, el ejercicio del poder punitivo del estado es admitido si, y sólo si ha sido previsto por el poder encargado de tal determinación, impidiendo la aplicación de penas por conductas que escapan a la letra de la ley. De este principio se deriva uno más específico, conocido como “Principio de interpretación estricta”. La idea básica que subyace a este principio es la siguiente: los jueces deben abstenerse de condenar en aquellos casos en los que sea dudoso que la ley penal autorice la condenación.

Como consecuencia ineludible de la imprecisión propia del lenguaje, resultan dudas interpretativas que no se pueden sortear. Por ello, se espera del legislador la mayor precisión semántica, mientras que incumbe a los jueces –al tiempo de interpretar la ley la máxima taxatividad legal. Ante las oscuridades de la norma, entra en juego el principio de interpretación estricta: los jueces pueden ir por la solución más extrema y declarar la inconstitucionalidad de la ley, o avocarse a la máxima taxatividad en la interpretación y otorgar al texto el sentido más restrictivo de poder punitivo (Zaffaroni, Raúl, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 98/120). En consecuencia, como se señaló, si el lenguaje de los textos legales en juego es tal que es dudoso si un caso individual es punible o no lo es, los jueces deben sencillamente abstenerse de condenar.

La misma lógica que prohíbe extender las condiciones objetivas de punibilidad, prohíbe restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad. Sobre este aspecto, Roxin advierte, que está prohibido restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad más allá de los límites de su tenor literal, o extender, haciendo lo propio, las condiciones objetivas de punibilidad [...] pues de ese modo simultáneamente se está ampliando, más allá del actual tenor literal de la ley, la punibilidad de quien se ampara en la concurrencia o, respectivamente, no concurrencia de sus circunstancias (v. Roxin, Claus, ob. cit., págs.150-151).

En efecto, limitar la interpretación de la excepción significa tanto como ampliar el delito genérico, lo que equivale a no respetar el principio de legalidad: si se considerara que el aborto practicado para resguardar la salud de la mujer embarazada no estaba justificado, significaría que la mujer que prestó consentimiento para salvar su vida también cometió el delito de aborto. Lo mismo cabe afirmar sobre la interrupción de un embarazo sobre una mujer sana que fue violada; la interpretación restringida de la norma conlleva una indebida ampliación del tipo penal.

En conclusión, la exégesis restrictiva del artículo 86 no tiene cabida en nuestro marco constitucional.

Al respecto es dable recordar que V.E tiene dicho que: “*las leyes no deben ser interpretadas solamente en razón de sus circunstancias históricas sin consideración de las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley -y en especial la Constitución- tiene, por naturaleza, una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción.*” (Fallos 330:4988) pues, “*la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial*” (Fallos: 331:1262).

V.3.- Análisis actual

En este acápite se presentarán otras razones que llevan al convencimiento de que las tesis restrictivas sobre los alcances del artículo 86, CP deben desecharse. Para ello, se analizarán a continuación los argumentos que suelen presentarse para justificar la posición estrecha y se las contrapondrá con las razones esgrimidas a favor de la exégesis amplia. **Si bien el planteo del recurrente hace alusión a los alcances del inciso 2º, artículo 86 CP, de la lectura de la sentencia apelada surge que en el caso estaba acreditada la afectación a su salud psíquica y que ello acarrea riesgo a su vida.**

Por tales motivos, corresponde abocarse a examinar los alcances de ambos incisos de la norma en cuestión.

V.3.a).- Artículo 86, inciso 1º CP

Como se mencionó, las interpretaciones restrictivas alrededor del inciso 1º giran en torno a desconocer el permiso en caso de peligro para la salud, restringir el concepto de "salud", a salud física, o exigir la acreditación de gravedad del riesgo.

El artículo 86, CP, en su 1º inciso autoriza la interrupción del embarazo cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer. Claramente se observa que el llamado "aborto terapéutico" se habilita ya sea que corra peligro la vida de la mujer, o que corra peligro su salud, descartando la claridad de la norma toda reducción al sólo peligro para la vida de la mujer.

Con respecto al alcance que se le debe dar a los permisos allí contenidos, el principio de legalidad al que ya se hizo referencia descarta por completo aquellas interpretaciones que excluyen los supuestos previstos de modo expreso por la ley. Así, el principio mentado rechaza cualquier exégesis que excluya de los casos justificados los supuestos de afectación para la salud de la mujer embarazada, o que exija certeza del resultado lesivo para su vida o su salud.

En relación con el significado que se debe otorgar al concepto de salud, Edgardo Donna explica que "*no se trata del puro funcionamiento orgánico, físico, sino que está incluido el daño psíquico. Sería absurdo negar la necesidad frente a enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas de la madre, etc.*" (Donna, Edgardo, "*La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires*", Revista de Derecho de Familia, LexisNexis, 2006-I, p. 160). A favor de este entendimiento se pronunció calificada doctrina y jurisprudencia (Cf. Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Ministerio de Salud, 2007, cit.; Declaración de juristas sobre la Guía para la atención integral de los abortos no punibles, cit.; Observatorio Argentino de Bioética, "*Aborto por motivos terapéuticos...*", ob. cit.; Declaración de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, ob. cit.; Zaffaroni, Eugenio, Manual de Derecho Penal, ob. cit.; entre otros).

Por tanto, es preciso acatar un entendimiento integral de "salud", como: "*un completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente como la ausencia de enfermedades o afecciones*", de acuerdo a la definición adoptada por la Organización Mundial de la Salud.

V.3.b).- Artículo 86, inciso 2º CP

De admitirse que el permiso legal contenido en el inciso 2º del artículo 86, CP únicamente autoriza la interrupción del embarazo de una mujer violada que además es insana, se generaría un efecto de discriminación respecto a otras mujeres violadas que no tienen afectadas sus facultades mentales. Mientras que en el caso de las primeras se considera su derecho a la dignidad y a no ser tratadas como un mero receptáculo u objeto de reproducción, se desconocería igual derecho de las segundas. La interpretación restrictiva, de este modo, vulnera también el derecho a la igualdad y al principio de no discriminación. En este sentido, se ha dicho que "*[ni] la historia del texto legal ni los principios constitucionales en juego permiten concluir que nuestro sistema institucional autoriza el aborto de la mujer violada que sufre de una discapacidad mental mientras se lo niega a la que carece de tal, imponiéndole una maternidad forzada por la violencia*" (Ramos, Silvina; Bergallo, Paola; Romero, Mariana y Arias Feijoó, Jimena, "*El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina*", en Informe Anual del CELS 2009: Derechos Humanos en Argentina, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009, p. 469. En sentido similar, Faerman, Romina, "*Algunos debates constitucionales sobre el aborto*", en Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, T II, Coord. Gargarella, Roberto, Abeledo Perrot, 2008, p. 677/678).

Tampoco podría admitirse que ese alcance restringido está dado por la situación de mayor afectación que representa que la víctima insana no pueda comprender y procesar lo que le sucede, porque de ser ese el fundamento, cabe preguntarse: ¿por qué no se reconocería tal permiso a las niñas que han sido víctimas de una violación? Pues, si se limitara la cuestión a la afectación a su salud psíquica o física, la norma sería también redundante, pues esos supuestos quedan alcanzados por el inciso 1º. El inciso 2º no exige acreditación de la afectación de la salud (aunque es previsible que esa afectación esté presente ante un embarazo que sea resultado de una violación). Los extremos a acreditar son distintos, y sólo le cabe a la mujer

en cuestión decidir si prefiere someterse a un examen destinado a indagar en algo tan íntimo como su salud psíquica, o si opta por acreditar seriamente que fue víctima de una violación.

Además, la tesis restrictiva también invoca argumentos gramaticales para apoyar su interpretación. En ese sentido sostienen que, si se hubiera querido incorporar dos supuestos diferenciados, se tendría que haber incluido una “coma” antes de la “o”, para separar los términos “violación o atentado al pudor”, y se invoca en apoyo de esa postura la coma que sí estaba incluida en la fuente de la norma.

No obstante, al remitirse al anteproyecto suizo se comprueba que la inclusión de la “coma” era al sólo efecto de separar dos de los tres supuestos enunciados.

Nuestro Código omitió el último supuesto por lo que la “coma” se torna innecesaria, sin que signifique que todo se reduce a un sólo supuesto. Así lo ha destacado Jiménez de Asúa, al sostener que *“aun cuando no supone una incorrección ortográfica poner coma antes de las conjunciones (pues en algún caso excepcional puede resultar necesario) lo cierto es que de ordinario ellas no van anteceditas de ese signo”* (Cf. Jiménez de Asúa, ob. cit., p. 977).

Engeneral, la coma no se emplea cuando los elementos conjuntivos de una categoría gramatical semejante están ligados por las conjunciones “y”, “e”, “ni”, “o”, “u” (Cf. Cipriano, Néstor Aníbal, *“El uso de la coma”*, ed. Depalma, 1999, p. 59).

También en base a aspectos gramaticales, se despliega otra divergencia en cuanto al requerimiento del consentimiento del representante legal ‘en este caso’. Según los partidarios de la tesis restringida, cuando el Código señala que “en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido”, pondría en evidencia que se trata de un único supuesto, dado que no cabe exigir el consentimiento del representante si la mujer es capaz.

No puede olvidarse que para la época de redacción de la norma bajo análisis, según el Código Civil, la mujer era considerada “incapaz” (v. por todos, LLambías, Jorge Joaquín, ob. cit., T. I, p. 570/573) y su marido era el representante legal, obviamente necesario para avalar la decisión de la mujer en las pretéritas épocas de sanción de la norma, donde sus elecciones no eran consideradas válidas, en general, por el derecho. Por ende, la referencia al consentimiento del representante no aporta argumentos sólidos para avalar la tesis restrictiva, porque tanto en uno como en otro caso, (sea por razones de sexo o por enfermedad) se requería la venia del representante legal. Esto demuestra lo anacrónico de la norma y la necesidad de una reinterpretación a la luz de la Constitución Nacional.

En nuestra opinión, no obstante abarcar varias hipótesis, consideramos que la *ratio legis* bajo la cual puede reconducirse la norma es unitaria, pero en un nuevo sentido.

Lo que tienen en común los dos supuestos abarcados por el inciso 2º del art. 86, conocidos como sentimental y eugenésico, es que las mujeres fueron víctimas de violación. Esta circunstancia, además de guardar una real conexión racional con el delito interpretado (aborto), pues vincula el estado de gravidez con el acto criminal que lo generó, demuestra a la vez que la procreación no fue el resultado de la libre elección y decisión de la mujer, sino que le fue impuesta por un acto delictivo, afectando gravemente no solamente su integridad sexual, sino también el derecho a su autonomía procreativa. Pensamos que la exégesis restrictiva ha otorgado una desmesurada relevancia a una pretensa finalidad eugenésica, que es discutible ya que no surge expresamente del texto legal. La voluntad del legislador no siempre es la voluntad objetivamente reflejada en la ley, ya que de lo contrario la tarea del juez se limitaría a la de mero historiador del derecho. En particular, una aclaración tal cobra importancia a poco de considerar el diferente *status* que la ley otorgaba a la mujer de aquellos tiempos, bien disímil al vigente en el presente, de acuerdo a la reseña antes efectuada, de la cual se desprende una ostensible preterición de la autonomía sexual y reproductiva de la mujer, derechos fundamentales que hoy no pueden soslayarse. Por ende, debe estarse a las palabras de la ley (atentado al pudor de una mujer idiota o demente), que inequívocamente reflejan un sujeto pasivo cuyo discernimiento se halla afectado por salud mental. El llamado aborto “eugenésico” en realidad no sería tal, sino un aborto no punible por falta de consentimiento de la víctima al provenir el embarazo de un abuso sexual, especialmente destacado por la incapacidad relativa emergente de su estado de salud, situación que torna exigible además el consentimiento del representante legal. Si esta premisa es correcta, no existe inconveniente alguno para extender también la falta de punibilidad a todas las mujeres cuyo embarazo fue producido por la misma clase de acto criminal (violación), pues el texto legal y las razones antes expuestas permiten su inclusión. Se correlacionan así el delito sexual que le dio origen con el delito cuya punibilidad se discute, cobrando además vocación aplicativa los demás argumentos aportados por la postura amplia. A ello se añaden las muy especiales circunstancias derivadas de la violación, que en hechos como los analizados en la especie afectan tanto la integridad física como psíquica del sujeto pasivo, máxime si se trata de una niña y el abuso sexual fue cometido por un adulto que cumplía el rol de padre. En palabras de Dworkin, la violación no es simplemente la ausencia de consentimiento y deseo de la víctima, pues además de ser exactamente lo opuesto a ello, reduce a la mujer a un mero objeto físico, a ser una criatura cuya importancia se agota en su uso genital, alguien cuyo amor propio y sentido de sí misma no tiene significación alguna excepto como vehículo de degradación

sádica, en condiciones especialmente horribles por la posibilidad de que se conciba un ser humano con resultado de ese crimen (ob. cit., pág. 126/130). En esa inteligencia, la denominación y contenido del llamado aborto “sentimental” para la interrupción del embarazo no punible por haber sido resultado de una violación, resulta demasiado estrecha y poco respetuosa de los derechos constitucionales involucrados, y se revela además como peyorativa, puesto que en realidad no reconoce en toda su magnitud que el embarazo proviene de un crimen que atentó contra la integridad sexual de la mujer y contra su autonomía procreativa. Ello aparece evidente si se recuerda que, en una muestra de discriminación inaceptable en el presente, se llegó a negar causas sentimentales en el aborto de la joven violada por su novio, la campesina forzada por el jornalero, o la sirvienta por su patrono, aunque se lo aceptaba para las mujeres de “selecta sensibilidad” (Jiménez de Asúa, ob. cit. p. 1000). En síntesis, una postura adversa implicaría excluir, sin razones constitucionalmente válidas y por el contrario con efectos netamente discriminatorios, al resto de las mujeres afectadas por la misma clase de delitos.

En virtud de todo lo expuesto, no caben dudas de que la interpretación correcta del precepto legal en cuestión, armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico en su conjunto, es la interpretación amplia de los supuestos de aborto no punible. Esta exégesis, además de ser la que mejor se condice con los estándares constitucionales e internacionales, encuentra sustento en la letra de la norma.

VI. Convencionalidad del art. 86 CP

A continuación profundizaremos el análisis de constitucionalidad en función de los pactos internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, integran nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional por mandato del art. 75 inc. 22. Entre los diversos tratados internacionales se encuentran: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o Convención Americana); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCyP); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).

El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional especifica que estas convenciones se incorporan al plexo normativo con jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”. Esto significa que los instrumentos internacionales deben ser aplicados respetando la interpretación que de ellos se hace en el derecho internacional o regional en el que están insertos. Así lo entendió VE, en el caso “*Girolđi*”, en el que sostuvo que la frase “*las condiciones de su vigencia*” significa “*tal como la [Convención Americana sobre Derechos Humanos] efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*” (Fallos, 318:514, cons. 11). Vale decir que las decisiones y observaciones de los comités encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados sirven como pautas interpretativas.

Así, V.E. otorgó a la jurisprudencia emanada de los respectivos órganos de aplicación de los tratados un valor destacado. En esta línea, varios precedentes de este Máximo Tribunal han establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o Corte IDH) es vinculante para el Estado cuando interpreta la Convención Americana (Cf. Fallos, 315:1492; Fallos, 318:514; Fallos, 319:3148; Fallos, 321:3555; Fallos, 328:341; Fallos, 327:5668; Fallos, 328:2056).

La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Fallos, 328:2056, voto del Dr. Maqueda, cons. 64).

Ya con anterioridad, en referencia a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Bulacio* (Cf. Corte IDH. Caso *Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100) V.E. había reconocido que las decisiones del Tribunal Interamericano eran de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, por lo cual la Corte Suprema también debía subordinar el contenido de sus decisiones a lo pautado por el Tribunal internacional a fin de no comprometer la responsabilidad del Estado (Fallos: 327:5668, cons. 6).

Del análisis que se hará a continuación se desprende que la interpretación propiciada del artículo 86, CP no sólo no colisiona con los derechos reconocidos por los tratados internacionales, sino que resulta imperiosa a la luz de las obligaciones internacionales emanadas del *corpus iuris* internacional, incluyendo las decisiones y recomendaciones de los órganos de protección que lo integran.

Como se desarrollará a continuación, para el derecho internacional de los derechos humanos la despenalización del aborto en ciertas condiciones es compatible con las normas de tratados internacionales

que consagran el derecho a la vida. Aún más, según los órganos del sistema internacional de derechos humanos, la penalización del aborto en ciertos supuestos, como cuando el embarazo es resultado de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos de las mujeres reconocidos en los instrumentos internacionales. En efecto, el derecho de las mujeres a acceder al aborto en los casos permitidos por la ley se vincula con el respeto y ejercicio de los derechos a la igualdad, a la vida, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad, a la dignidad y a la no discriminación. Todos estos derechos, en cuyo análisis nos centraremos, están reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos incorporados a su texto con jerarquía constitucional, y las leyes vigentes.

VI.1.- Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

En el caso de marras, el apelante alega que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2º, CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto es “*claramente opuesta al derecho a la vida de toda persona*”, conforme a los tratados internacionales de derechos humanos.

En el marco del sistema interamericano, la Convención Americana reconoce el derecho a la vida a través del artículo 4.1: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.

Sin embargo, la cuestión traída por el recurrente, acerca de la incompatibilidad de los abortos justificados con las normas que protegen el derecho a la vida, ya fue resuelta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el famoso caso *Baby Boy* (CIDH. Caso *Baby Boy*. Resolución 23/81. 6 de marzo de 1981). En esa ocasión, la Comisión IDH se pronunció en contra de la interpretación absoluta que se hace del derecho a la vida desde la concepción, y manifestó que dicha protección rige “*en general*”, precisamente para permitir la coexistencia de regulaciones locales que admitían la despenalización del aborto en los siguientes casos: a) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; b) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; c) para proteger el honor de una mujer honrada; d) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, e) por angustia económica. Al mencionar los países en los que la legislación incluía alguno de esos permisos se mencionó expresamente a Argentina. Cabe aclarar que la Comisión interpretó no sólo la Declaración Americana (pues el estado denunciado, Estados Unidos, no forma parte de la Convención Americana), sino también la Convención Americana, ya que los denunciantes invocaron este tratado para aclarar los alcances de su interpretación. Por tanto, mal puede invocarse esta norma para sostener la posición restrictiva, pues el órgano competente ya ha esclarecido la cuestión al admitir la compatibilidad de legislaciones que justifican el aborto en caso de violación, y éstas son las condiciones de su vigencia.

Como ya se adelantó, lejos de proscribir el permiso para la práctica del aborto en casos como el presente, ésta es la solución que mejor se compadece con otros derechos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos que quedan comprometidos frente a un embarazo que conlleve un riesgo para la salud o la vida de la mujer encinta, o ante un embarazo forzado, como ocurre cuando es resultado de una violación. Estos derechos son: el derecho a la vida (art. 1, DADDH; art. 4.1, CADH, art. 3.a Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –en adelante, Convención de Belém do Pará), a la salud (art. 11, DADDH; y art. 10 Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”), a la libertad y seguridad personales (art. 1, DADDH; art. 7.1, CADH; art. 3.c, Convención de Belém do Pará), a la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1, CADH; art. 3.b, Convención de Belém do Pará), a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5.2., CADH; art. 3.d., Convención de Belém do Pará), a la igualdad y no discriminación (art. 2, DADDH; art. 1.1 y 24, CADH; art. 3.f., Convención de Belém do Pará), a la dignidad (art. 17, DADDH; art. 11.1, CADH; y art. 3.e., Convención de Belém do Pará) a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (art. 5, DADDH; y art. 11.2 y 11.3, CADH), y a la protección especial a la niñez (art. 7, DADDH; y art. 19, CADH).

En especial, la Convención de Belém do Pará dispone que la violencia contra las mujeres comprende la violencia sexual (art. 2), consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (art. 3), y reconoce que la violencia contra las mujeres impide y anula el ejercicio libre y pleno de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (art. 5).

Para asegurar la plena vigencia de estos derechos, el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Es decir, **este artículo enumera los deberes básicos del Estado en materia de derechos humanos: la obligación de respetar y la de garantizar los derechos.**

La primera conlleva la necesidad de imponer límites a la función pública como consecuencia de que “los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado” (Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165). **La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos implica el deber del Estado “de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”** (Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez*, cit. párr. 166).

Por su lado, el artículo 2 de la CADH establece la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas o de otra índole que resulten necesarias a los fines de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención.

En virtud de estos deberes de respeto y garantía, los Estados deben abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos de las mujeres, por un lado y, por otra parte, tienen que organizar sus aparatos a fin de que, en aquellos casos en los que el aborto esté permitido, puedan acceder a la intervención y, de esa forma, asegurar la vigencia de sus derechos.

En este sentido se ha pronunciado la CIDH en el caso *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto*, que guarda similitud con el caso de autos. Ramírez Jacinto fue víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada cuando tenía 14 años de edad y, a pesar de que la ley mexicana permitía la interrupción del embarazo en un supuesto como el suyo, no pudo acceder a la práctica médica debido a los obstáculos interpuestos. Por tal motivo, denunció al Estado de México por violación de sus derechos humanos.

Sin perjuicio de que el Estado mexicano y las peticionarias suscribieron un acuerdo de solución amistosa en el caso, la CIDH remarcó que, la Convención de Belém do Pará establece que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de protección a los derechos humanos. La Comisión subraya asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. Asimismo, señaló: la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil o administrativa, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad. La CIDH ha manifestado reiteradamente que un acceso de jure y de facto a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la protección de todos los derechos de las mujeres, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a violaciones de sus derechos humanos (CIDH. Informe N° 21/07. Petición 161-02. Solución amistosa. *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto c. México*. 9 de marzo de 2007, párr. 26).

En definitiva, la CIDH resaltó que los derechos de las víctimas de violencia sexual exigen un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, y consideró que los obstáculos interpuestos para impedir la interrupción del embarazo en el caso de una niña que resultó embarazada como consecuencia de una violación, exigía al Estado la sanción de los responsables, en virtud del deber de debida diligencia.

Como corolario de lo expuesto y siguiendo la opinión de Medina Quiroga, sostener que la Convención Americana obliga al Estado a penalizar todo aborto es un error profundo. En opinión de la ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apoyada por las argumentaciones tanto de interpretación del texto como de su historia, la Convención no establece esta obligación en absoluto (Cf. Medina Quiroga, Cecilia, *“La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia”*, p. 327/328, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, 1-66/78).

VI.2.- Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

VI.2.a).- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Al igual que lo que sucede en el ámbito interamericano, el sistema universal de protección de derechos humanos recepta el derecho de las mujeres a la libertad y seguridad personales (art. 3, DUDH, y art. 9 del PIDCyP), a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 12, DUDH; y art. 17, PIDCyP), a la igualdad y no discriminación (arts. 1, 2 y 7, DUDH; art. 2.1, 3 y 26, PIDCyP; y art. 2.2 y 3 PIDESC), a la dignidad (art. 1, DUDH; art. 16 PIDCyP), a la vida (art. 6.1, PIDCyP; y art. 3, DUDH), a una vida libre de tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5, DUDH; art. 7, PIDCyP), y a la protección especial de la niñez (art. 25.2, DUDH; art. 24.1, PIDCyP). También el PIDESC, en su artículo 12, inciso 1º, establece que los Estados Parte reconocen *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*, y el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11.1).

En relación a lo que se discute en el caso bajo análisis, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha pronunciado en varias oportunidades en el sentido que aquí se propicia.

Así, en la Recomendación General n° 28, el Comité de Derechos Humanos manifestó, que a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto (PIDCyP), así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, necesita información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, con inclusión de la violación. También necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad (Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, 2000, párr. 11).

El Comité de Derechos Humanos ha recomendado expresamente al Estado Argentino que para los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se supriman todos los obstáculos a su obtención (Comité de Derechos Humanos, 70° período de sesiones. 16 de octubre al 3 de noviembre de 2000).

El mismo Comité intervino en un caso presentado contra Perú por una joven de 17 años, Karen Noelia Llantoy Huamán, a quien se le impidió acceder al aborto terapéutico. En dicha oportunidad, el Comité consideró probado que Karen Noelia Llantoy Huamán transitaba un embarazo de un feto anencefálico y que no pudo realizar la interrupción de la gestación. También consideró acreditado que la negativa a realizar la práctica la expuso a un riesgo vital y que quedó con severas secuelas psicológicas. El Comité de Derechos Humanos concluyó que el Estado del Perú vulneró el art. 17 del PIDCyP, pues al impedir la práctica legal interfirió de manera arbitraria en la vida privada de la joven, y el artículo 24 del mismo Pacto, al incumplir con el deber de atención especial que requería su condición de menor de edad.

También sostuvo que el dolor y la angustia que tuvo que atravesar al verse obligada a sostener un embarazo obligado y al ver nacer a su hija, sabiendo que moriría en muy poco tiempo, constituyó una vulneración al artículo 7 del PIDCyP, que proscribía las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (Comité de Derechos Humanos, Karen Noelia Llantoy Huamán, Dictamen N° 1153/2003, 24/10/2005).

Resulta especialmente relevante reseñar que el Estado argentino ya fue denunciado en 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos por obstaculizar el acceso al aborto no punible a una joven, L.M.R., de 20 años con discapacidad mental permanente (edad mental entre 8 y 10 años), que resultó embarazada como resultado de la violación por parte de su tío.

L.M.R. asistió a un hospital y, ante la constatación del embarazo, requirió el aborto legal.

A partir de esta presentación, L.M.R. tuvo que sortear innumerables obstáculos, que incluyeron la intervención de la justicia para impedir el aborto. Dos instancias judiciales se pronunciaron en contra de la interrupción del embarazo, hasta que el caso llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y allí se resolvió a favor de la procedencia de la práctica legal. A pesar de este pronunciamiento, la joven no pudo acceder al aborto en las instituciones públicas de salud y tuvo que acudir al ámbito privado. En la denuncia se invoca la violación del derecho a la igualdad y no discriminación; a la vida; a no ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles inhumanos y degradantes; a la privacidad y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, todos ellos reconocidos en el PIDCyP. En el 13° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, el Estado argentino tuvo que rendir cuentas sobre el caso L.M.R. En la reunión, el Estado argentino recibió un fuerte cuestionamiento por las frecuentes trabas en el acceso a los abortos legales.

Por último, en marzo de este año, el Comité de Derechos Humanos presentó sus Observaciones Finales a la Argentina, y expresó su preocupación “por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en [el artículo 86, CP]” y encomendó al Estado “adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal” (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13).

VI.2.b).- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) consagra el derecho de las mujeres a la igualdad y no discriminación (art. 1), y a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos” (art. 17.1.d. énfasis agregado). En especial, en el artículo 12, inciso 1°, establece “el derecho de la mujer a acceder, sin discriminación alguna, a los servicios de la atención médica”. Asimismo, prevé que “los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”. Además, el artículo 14 de la CEDAW dispone que los Estados deberán asegurar el acceso a servicios adecuados de atención médica, lo que incluye información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. A fin de asegurar el pleno desarrollo de las mujeres y garantizarles el ejercicio y

goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, los Estados Partes se obligaron a adoptar todas las medidas apropiadas (art. 3, CEDAW).

Sobre estos aspectos, la CEDAW, consideró que, la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24, La mujer y la salud, 20° período de sesiones, 1999).

Y agregó que el deber de velar por el ejercicio de [los derechos relativos a la salud] impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,

Recomendación General N° 24, La mujer y la salud, 20° período de sesiones, 1999).

En sus últimas Recomendaciones, el Comité CEDAW celebró la publicación de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles (elaborada por el Programa de Salud Sexual y Reproductiva, Ministerio de Salud de la Nación, 2006, cit), por cuanto clarifica el alcance del artículo 86, CP, y exhortó al Estado argentino a *“garantizar que la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles se implemente en todo el país de manera uniforme para que haya un acceso igualitario y efectivo a los servicios de salud para interrumpir embarazos”* (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina, 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38. La traducción nos pertenece). Dicha Guía interpretó que: para el Código Penal de la Nación el profesional de la salud y la mujer no incurrir en delito de aborto en las siguientes situaciones:

- a. en casos de peligro para la vida de la mujer (artículo 86, inciso 1°, Código Penal de la Nación),
- b. en los casos de peligro para la salud de la mujer (artículo 86, inciso 1°, Código Penal de la Nación),
- c. cuando el embarazo sea producto de una violación (artículo 86, inciso 2°, Código Penal de la Nación),
- d. cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre mujer idiota o demente (artículo 86, inciso 2°, Código Penal de la Nación). En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto” (Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, Ministerio de Salud, 2007).

VI.2.c).- Convención sobre los Derechos del Niño

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño define, que: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

El recurrente, para reforzar su argumento de que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2° CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto viola el derecho a la vida, hace hincapié en la “reserva” que formuló el Estado argentino al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece, con relación al art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

En rigor, el Estado argentino no hizo una reserva a la CDN, sino que formuló una declaración interpretativa. Esta diferencia es de relevancia, pues significa que el país suscribió a todo el texto de la CDN, y debe aplicarla, como ya se señaló, *“en las condiciones de su vigencia”*. Este sentido se ha señalado en la Convención Constituyente de 1994: *“las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los tratados. Las declaraciones son manifestaciones unilaterales de los Estados, que no deben ser confundidas con las reservas y que sólo tienen por objeto dar una interpretación del tratado”* (...). *Por lo tanto, ellas no pueden gozar del estatus jurídico especial que tienen las manifestaciones de la voluntad concordante de los miembros de la comunidad internacional, expresadas en los tratados. Esta situación especial de las normas que han recibido el consenso de un cierto número de Estados, en un lapso prudencial, es lo que determina que otorguemos primacía a todos los tratados sobre el derecho interno.”* (...). *Las declaraciones interpretativas, a su vez, no forman parte de los tratados ni constituyen condiciones de su vigencia internacional, lo que abona la tesis de que no adquieren rango constitucional.”* (Cf. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Tercera Sesión Ordinaria del 3 de agosto de 1994, ps. 3096 y 3097).

Entonces, como se trata de una ley que fija una declaración interpretativa, significa que no forma parte del tratado y, en consecuencia, carece de jerarquía constitucional.

Es así que el Congreso puede modificar o derogar la ley sin seguir ningún procedimiento especial. Por último, tampoco se podría considerar que el reconocimiento de rango constitucional de la CDN acaecido en la reforma de 1994, con la mentada declaración interpretativa, haya resuelto la cuestión de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en ciertos casos, desde que la Convención Constituyente no estaba habilitada para incluir cambios en el Capítulo Primero de la CN, sobre las Declaraciones, derechos y garantías (Cf. Ley n° 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional).

De lo dicho surge que del texto de la CDN no se sigue una protección absoluta al embrión desde el momento de la concepción. Por el contrario, el Comité de los Derechos del Niño se dirigió al Estado Argentino en fecha reciente en sentido opuesto al sostenido, y expresó la necesidad de que niñas y mujeres que resulten embarazadas como consecuencia de un agravio sexual puedan interrumpir la gestación.

En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado argentino que adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas” y “enmend[ar] el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir disparidades en la legislación provincial vigente (Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59).

VI.2.d).- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General N° 20, sostuvo que la prohibición contenida en el art. 7 del PIDCP, que proscribe las torturas y tratos o penas inhumanos o crueles, se refiere no sólo a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral, y agregó que la prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44° período de sesiones, 1992).-

En el caso *Karen Noelia Llantoy Huamán*, ya citado, el mismo Comité concluyó que la negativa del Estado de Perú a realizar el aborto terapéutico a una adolescente que cursaba un embarazo de un feto anencefálico, fue la causa del sufrimiento que la niña tuvo que atravesar y, en consecuencia, concluyó que el Estado había violado el artículo 7 del PIDCP (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Karen Noelia Llantoy Huamán*, Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005).

En fecha más reciente, el Comité contra la Tortura se pronunció en sentido similar al analizar la legislación de Nicaragua, que penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación. El Comité expresa su profunda preocupación por la prohibición general del aborto en los artículos 143 a 145 del Código Penal, incluso en casos de violación sexual, incesto o presuntamente de embarazos que amenazan la vida de la mujer, que en muchos casos resultan directamente de crímenes relacionados con violencia de género. Esta situación implicaría para los grupos de mujeres arriba señaladas una constante exposición a las violaciones cometidas contra ellas, lo que supone un grave estrés traumático con el riesgo de padecer prolongados problemas psicológicos, tales como ansiedad y depresión. El Comité nota también con preocupación que las mujeres que solicitan el aborto por las circunstancias mencionadas más arriba, corren por ello el riesgo de penalización (Cf. Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

De estos antecedentes se desprende que obligar a una niña a terminar un embarazo que es producto de una violación contraviene el principio internacional que proscribe las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

VI.2.e).- Los principios internacionales analizados permiten concluir que la protección del derecho a la vida de modo alguno conlleva la necesidad de penalizar el aborto en todos los casos. Muy por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos es categórico en advertir que la penalización de la interrupción del embarazo en supuestos determinados, como cuando se encuentra en riesgo la vida o la salud de la mujer encinta, o cuando el embarazo proviene de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos humanos de las mujeres.

En especial, cabe resaltar que sólo en lo que va del año **tres organismos de monitoreo de instrumentos de derechos humanos que gozan de rango constitucional manifestaron su preocupación por las dificultades que existen en el país para el acceso al aborto no punible contenido en el artículo 86, CP** (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina. 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38).

Estos pronunciamientos son una señal de advertencia hacia el Estado argentino y, por ello, a fin de garantizar los derechos humanos comprometidos en casos como el presente y salvaguardar la responsabilidad

internacional del Estado, se sostiene que la interpretación amplia del artículo 86, CP, es la que mejor se compatibiliza con los instrumentos internacionales asumidos por el Estado.

VII. El embarazo forzado como atentado contra la dignidad de la niña

Ya fue mencionado que, está probado que el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por su padrastro, y que los abusos sexuales padecidos fueron reiterados desde que la niña tenía 11 años de edad (v. fs. 125/126).

Numerosa bibliografía señala el carácter gravemente lesivo que los ataques sexuales causan en general y, en especial, los tintes especialmente dramáticos que adquieren cuando son cometidos contra niñas o niños en virtud de la falta de madurez de la víctima para poder entender y procesar lo que está sucediendo (Cf. Batarrita Asúa, Adela, "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales", en Género, Violencia y Derecho, coordinadoras Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 102).

Los abusos sexuales sufridos por la joven significaron, sin dudas, una seria vulneración de sus derechos a la dignidad e integridad. Estos actos poseen un carácter gravemente ultrajante y degradante, por cuanto significan la cosificación de la persona, que es reducida a un objeto carente de todo valor y dignidad humana.

Ante la confirmación del embarazo, sostener que la víctima del agravio sexual debe llevar a cabo la gestación hubiera implicado obligarla a atravesar por un embarazo forzado y reducirla, así, a un mero receptáculo, a un objeto de procreación. De esta forma, la niña hubiera sido nuevamente instrumentalizada, esta vez no por un particular, sino por el propio Estado.

En una reconocida sentencia, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre estos aspectos y sostuvo que: *"La dignidad humana se constituye en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aún cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. Al adoptar normas de carácter penal, no puede el legislador desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear"* (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 8.1., rta.10/05/2006).

En especial, reparó en aquellos casos en los que el embarazo sea resultado de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida (art. 124, CP Colombia). A juicio de la Corte Constitucional, en tales supuestos *"...debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, porque la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos"* (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C- 355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

Ello así, obligar a la niña a continuar con el embarazo en esas condiciones hubiera implicado privarla por completo del contenido a su derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Y una intromisión estatal de tal magnitud resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

VII.1.- El Estado no puede imponer conductas heroicas

Se ha señalado que el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general, pues: el derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. **Un Derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de 'no exigibilidad': las conductas heroicas 'no son exigibles'** (v. al respecto, Mir Puig, Santiago, "Límites al Normativismo en el Derecho Penal en Dogmática y Criminología- Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo" Ed.Legis, Madrid, 2005, p. 370/375).

Las tesis que promueven el alcance más limitado de los permisos legales contenidos en el artículo 86, CP tienen como consecuencia exigir a las mujeres que sacrifiquen sus derechos, como pueden ser su salud, su vida o su dignidad, en aras de favorecer la vigencia de otros derechos o intereses. No obstante, como veremos más adelante, el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general.

Sobre este punto se han pronunciado algunos tribunales extranjeros, al analizar los límites que tienen los Estados para penalizar el aborto en todos o en algunos supuestos en particular (como es, cuando el embarazo sea producto de una violación).

Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a que: *"El Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud*

es inexigible, aún cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido" (Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, consid. 10.1., rta.10/05/2006).

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español entendió que: *"El legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado"* (Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 53/85, consid. 9, rta. 11/4/1985).

Esta prohibición general adquiere una dimensión mayor cuando de quien se espera una conducta heroica es una niña. Es precisamente frente a los niños que el Estado asumió un deber de especial protección, y no puede luego esperar válidamente el sacrificio de sus derechos, aún cuando sea en pos de algún interés legítimo.

VII.2.- El embarazo forzado constituye un trato cruel, inhumano y degradante

Recapitulando, según los profesionales que entrevistaron a la niña, el embarazo era vivido por la niña abusada por su padrastro como un evento extraño, invasivo, no era significado como hijo. La idea de hijo era incompatible con su universo de posibilidades.

Dicho de otro modo, en su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quién sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Si bien el ofensor no es el padre biológico de A., en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado por el abuso a raíz del tinte incestuoso.

En tales condiciones, obligar a la niña a llevar adelante el embarazo, bajo amenaza de sanción penal, implicaba desconocer por completo el derecho a la dignidad humana y someterla a un trato cruel, inhumano y degradante, pues tal como lo establecen los estándares internacionales en la materia, la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, comprende no sólo el sufrimiento físico, sino también el sufrimiento moral (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44° período de sesiones, 1992. En sentido similar, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 100). Además, esta prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, cit.).

Estos principios llevaron a sostener la responsabilidad del Estado de Perú por violación al artículo 7 del PCDCyP por impedir la realización de un aborto justificado a una menor de edad (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Karen Noelia Llantoy Huamán*, Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005), y generaron una manifestación de preocupación por parte del Comité contra la Tortura, por cuanto la legislación de Nicaragua penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación (Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

Por ello, se considera que de darse cabida a la interpretación restrictiva que propone el recurrente, de acuerdo a la cual el aborto realizado en casos como el de autos estaría penalizado, se violaría también el derecho de la niña a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se comprometería también por este motivo la responsabilidad internacional del Estado argentino.

No puede perderse de vista, como se señaló desde el inicio que cuando se encuentra en juego el interés superior de una menor toda decisión debe evaluarse no sólo a la luz de las necesidades actuales de esta niña, sino también con la mirada puesta hacia adelante, es decir a su futuro, y lo cierto es que los costos de la prohibición del aborto en supuestos como el de autos, hubieran comportado un perjuicio enorme para la causante en tanto la conducían a llevar adelante una maternidad "impuesta".

Al respecto resulta esclarecedor lo sostenido por el Profesor Ferrajoli, en cuanto señaló que, hay un equívoco que es preciso aclarar: en el debate público, el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad suele ser presentado como "derecho de aborto", es decir, como una libertad positiva (o "libertad para") que consiste, precisamente en la libertad de abortar.

Se olvida, que antes es una libertad negativa ("libertad de"), es decir, el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad; y que la prohibición penal de abortar no se limita a prohibir un hacer, sino que obliga además a una opción de vida que es la maternidad. En suma, lo que está en cuestión, antes que una *facultas agendi*, es una inmunidad, un *habeas corpus*, es decir la "libertad personal" sancionada como "inviolable" se transforma en una libertad con posibles restricciones, implica, como son precisamente la constricción o coerción jurídica a convertirse en madre (cf. Ferrajoli, Luigi, La cuestión del embrión entre el derecho y moral, Rev. Jueces para la democracia: Información y debate, Madrid, N° 44, julio 2002).

Desde otra óptica, como lo sostiene Tamar Pitch, el punto crucial es la consideración de la relación existente entre la menor embarazada y el embrión/feto, la que no se puede construir en términos de propiedad (del embrión/feto por parte de la madre) ni en términos de relación entre dos sujetos "autónomos"; sino que debe entenderse como una relación simbiótica en la que la posibilidad misma de desarrollo físico y psíquico de uno está inextricablemente entrelazada con el cuidado, el deseo, el imaginario del otro. La situación del embarazo es una situación en la cual es una y dos al mismo tiempo, no existe, no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra, pues se llega a ser "persona" a través de la mediación femenina: mediación necesaria e indispensable. El desconocimiento de esa realidad no sólo niega la unicidad de esa experiencia, sino que niega desde la raíz la plenitud moral del sujeto femenino, el poder de dar vida, de generar, es un poder que implica responsabilidad (Pitch, Tamar, *"Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad"*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 97/98).

Así, la incriminación de la interrupción del embarazo y la consiguiente constricción penal a convertirse en madre hubiera impuesto a A. y a menores en situaciones análogas, no sólo no abortar, sino una impronta de vida de incalculable alcance, puesto que –como se señaló– no sólo se encuentra en juego la gestación, el parto, sino la renuncia a su vida de niña y adolescente, debiendo asumir extemporáneamente y contra su voluntad las obligaciones de educar a ese niño y mantenerlo, (responsabilidad parental), en una situación que además se presenta muy próxima al incesto. Bajo esas condiciones la penalización del aborto, hubiera sustraído a la menor encinta de la autonomía de su propio cuerpo y, con ello, de su misma identidad personal, reduciéndola a un mero instrumento por tercera vez. Primero, en manos del abusador que la sometió durante cuatro años. Segundo, por el mismo adulto, que en lugar de cuidarla y criarla en su rol de padre, la violó nuevamente y la dejó encinta como consecuencia de ese acto criminal. Y tercero, como consecuencia de la actividad estatal, que bajo amenaza de enviarla a la cárcel, la hubiera obligado no solamente a llevar a término el embarazo, sino a asumir una responsabilidad parental para la cual no estaba preparada y conspiraba severamente contra su propia salud, colocándolo en una situación de riesgo su vida.

VIII.- Conclusiones

En base a lo hasta aquí delineado, resulta ilustrativo lo afirmado por la Corte Constitucional colombiana en cuanto a que: *"Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. (...). La mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación"* Corte Constitucional de Colombia, C-355, 10/05/2006, considerando 10.1).

Una intromisión estatal contraria a estos principios privaría totalmente de contenido a los derechos de la niña involucrados, al punto de instrumentalizarla y vaciar de contenido su derecho a la dignidad humana. Por ello, en tales casos, el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos (Cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció en sentido coincidente, por primera vez, en el año 1975: El derecho a la vida del no nacido puede conllevar una carga para la mujer, que sobrepase por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo. De aquí surge la cuestión de la insostenibilidad, es decir, la pregunta de determinar si también en tales casos el Estado, haciendo uso del derecho penal, puede forzar a una mujer a llevar a término su embarazo. El respeto que se debe a la vida del no nacido y el derecho de la mujer a no sacrificar –en aras del respeto a este bien jurídico– valores vitales en un grado que resulte insostenible, se enfrentan uno a otro. En tales casos de conflicto, que por lo general no admiten una valoración moral unívoca, y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo puede llegar a tener el rango de una decisión de conciencia, digna de ser respetada, debe el legislador observar especial reserva (Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia BVerfGE 39, 1, de la Primera Sala, 25 de febrero de 1975, publicado en *"Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe"*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 120).

El Tribunal Constitucional alemán explicitó que esta situación se presentaba en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer encinta y en otras circunstancias que constituyen cargas excesivas para la mujer, como en caso de indicación ética y social o de necesidad, razón por la cual no se le puede exigir la terminación del embarazo: El criterio decisivo es que en todos estos casos aparece en forma contundente otro interés merecedor de la protección constitucional, de tal manera que el orden jurídico no puede exigir de la mujer que, en todo caso, le asigne prioridad al derecho del que está por nacer (Cf. Tribunal Constitucional de

Alemania, cit., texto citado en Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, rta.10/05/2006, aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa).

De forma consistente con estos principios, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la mujer el derecho a decidir la continuación o la interrupción de un embarazo que haya sido resultado de una violación. Así, se entiende que el art. 86 consagra una causa de justificación, pues la mujer que quisiera acceder a un aborto en alguno de los supuestos contenidos en dicha norma, actuaría en el “*legítimo ejercicio de su derecho*”, en los términos del artículo 34, inc. 4, CP. En sentido coincidente se pronuncia Zaffaroni (Manual de Derecho Penal, Parte General, cit., pp. 501 y 502). En un caso en el que se analizaba la procedencia de un pedido de inducción del parto en el caso de un feto con anencefalia, el Dr. Petracchi también tuvo oportunidad de señalar que: “*...el recurrente se limita a declamar en forma abstracta la prioridad del derecho a la vida del nasciturus frente al derecho a la salud de la madre.*”

Esta contraposición, a la que no dudo en considerar efectista, persigue el indudable propósito de otorgar prioridad absoluta al primero, desconociendo la entidad del segundo. De este modo, omite algo fundamental: que el resultado de la ponderación entre ambos bienes ya fue consagrada por el legislador en el art. 86, segundo párrafo inc. 1º, del Código Penal, que conviene reiterar una vez más, no fue cuestionado en su constitucionalidad. Dicha norma-que es regla en el derecho comparado- establece la impunidad del aborto causado por un médico, con el consentimiento de la mujer, con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. La permisón del llamado ‘aborto terapéutico’ (...), establece una causa de justificación y no de mera disculpa, que da una solución al conflicto de intereses en pugna...” (CSJN, voto en disidencia Dr. Petracchi, considerando 11, Fallos:324:5).

En definitiva, el legislador ya realizó la ponderación entre los bienes jurídicos que entran en conflicto en casos como el presente. Asimismo, en virtud de la vigencia de los derechos a la salud, a la vida, a la autonomía y a la dignidad de la mujer encinta, entre otros, la decisión de continuar o no un embarazo que es producto de una violación, de evidente impacto en el plan de desarrollo de su vida, debe tomarla necesariamente la menor encinta, de acuerdo a la facultad conferida a ella por el art. 86, CP. Se considera que esta solución es la que mejor se compatibiliza con los principios constitucionales y del derecho internacional de derechos humanos a los que se hizo referencia con anterioridad.

En el sub lite A. ha sido escuchada, informada, (arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 19, 24 y 27 de la ley 26.061), **tuvo espacio para la reflexión (v. fs. 38) y su decisión fue clara.** Creemos que en este momento nuestro compromiso es apuntalarla, acompañarla en su decisión que sin duda era la que mejor contemplaba su interés, conforme a las circunstancias que rodeaban al caso, y preservaba los delicados intereses en juego que rodeaban al caso.

Así las cosas, al momento de resolver no debe perderse de vista que el interés superior no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales del niño.

En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior es la que mejor satisfaga a todos ellos. **Se trata de “bañar los derechos fundamentales de que debe gozar este último con las contingencias propias de cada vida en particular”** (v. Rubén Santos Belandro “El interés superior del menor en el derecho Internacional Privado”, www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos_juridicos).

IX.- Por todo lo expuesto, en estos casos: “*...resulta vital que la mesura y la serenidad de espíritu gobiernen tanto el obrar de la magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación (cf. Doctrina de Fallos: 305:385; 308: 2217 y 312:148 disidencia del Juez Fayt, entre muchos otros), de modo que, se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa o indirectamente, más en forma ineludible, sobre la integridad del menor que se intenta proteger. Ello con el fin de hacer real y efectiva la preservación de sus tantas veces citado “interés superior...”*” (cf. Voto de los Señores Ministros Doctores Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda, en la causa M.14, XLIII, Martínez, Marcela María de Luján y otro s/guarda judicial con fines de adopción del menor I, F. -cuad. de apelación de medida cautelar”, sentencia del 4/9/07).

En ese marco, le compete a V.E. en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios que aquí se invocan, alcanzar una solución justa, de modo que a A. y a jóvenes como ella se les conceda (con el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), el derecho a la salud, a la vida, a la integridad psicofísica, sus derechos reproductivos, su autodeterminación, la maternidad responsable, su derecho a participar en las decisiones que la afectan, declarando que la interrupción del embarazo, en el contexto en que fue practicado, no resulta punible por aplicación del art. 86 C.P.

A modo de colaboración, con miras a tutelar en forma efectiva la salud psicofísica de nuestra defendida, estimamos prudente que se le haga saber a la magistrada de primera instancia que –con la premura que el caso amerita- deberá adoptar todas las medidas a su alcance para efectuar un seguimiento periódico del

tratamiento psicológico ya iniciado por A. orientado a todo el grupo familiar (cf. lo dispuesto en el pto. dispositivo 6° de la sentencia recurrida).

X.- Dada la naturaleza de la representación que hemos asumido en estos actuados y a fin de resguardar todos los intereses comprometidos, se dio intervención a la Señora Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia en lo Civil; Comercial y del Trabajo, quien emitió el dictamen que elevamos también a consideración de V.E.

Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de octubre de 2010.

Deber del Estado de garantizar el acceso a la vivienda de las personas en situación de calle - Protección del niño en situación de desamparo - Derechos del niño mental o físicamente impedido- Alcance restrictivo al principio de progresividad - (CSJN Argentina 2012.04.24 rol Q. 64. XLVI)

SÍNTESIS JURÍDICA: La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto en el presente caso hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia.

La temática desarrollada versa en torno al deber del Estado de garantizar el acceso a la vivienda de las personas en situación de calle.

Por su intermedio se ordena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que intervenga con equipos de asistencia social, atención y cuidado del niño y su discapacidad, asesoramiento, orientación, solución de causas de problemática habitacional -Resol. 1154/08-. Asimismo, resuelve garantizar el alojamiento adecuado a las circunstancias; mantener la medida cautelar (Marco normativo constitucional - Marco normativo internacional - Marco normativo local).

En su voto el juez Petracchi: Resuelve la implementación razonable del derecho a una vivienda digna. Hace lugar al amparo. Condena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a otorgar solución habitacional adecuada hasta cese de estado de necesidad (art. 16, 2° párr., ley 48).

Por su parte, en su voto, la jueza Argibay dispone: Revocar la sentencia. La aplicación de reglas de distribución diferenciadas; el efectivo goce del derecho a la vivienda.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS: La madre de un menor de edad -quien sufre una discapacidad producida crónica no evolutiva-, inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Solicitó que la demandada cesara en su conducta ilegítima que, al denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la "situación de calle" en la que se encontraba junto a su hijo.

La Jueza de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo.

La Sala II de la cámara del mismo fuero confirmó lo decidido y resolvió que "frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la amparista y su grupo familiar y a que el monto establecido... podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado... la demandada deberá proveer... un subsidio que les permita, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado".

Esa sentencia fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local.

Contra dicho fallo, la actora dedujo recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja.

Q. 64. XLVI.

RECURSO DE HECHO

Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.

Buenos Aires, 24 de abril de 2012

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que S. Y. Q. C., por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J. H. Q. C. - quien sufre una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva -, inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Solicitó que la demandada cesara en su conducta ilegítima que, al denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo, violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos no sólo en la Constitución local, sino también en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales incorporados a su art. 75, inc. 22.

A partir de lo expuesto, la peticionaria solicitó “una solución que nos permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose nuestra integridad familiar”. Aclaró que, en el caso de que decidiera brindarle un subsidio, su monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues los subsidios previstos por el decreto local 690/06 no garantizaban adecuadamente sus derechos.

Así lo estimó porque, por un lado, estaban sujetos “a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario que corresponda” y, por otra parte, eran parciales y limitados a seis cuotas de 450 pesos, a cuyo término sólo podía solicitarse el pago de cuatro cuotas adicionales, a criterio de la autoridad de aplicación, aún cuando los peticionarios demostraran que subsistía su situación de desamparo.

Ante tales circunstancias, la actora solicitó una medida cautelar, que fue concedida y a la fecha se encuentra vigente (ver fs. 65/67, 261/262, y fs. 2 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública llevada a cabo ante este Tribunal el día 15 de septiembre de 2011).

2°) Que la Jueza de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción de amparo. La Sala II de la cámara del mismo fuero confirmó lo decidido y resolvió que “frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la amparista y su grupo familiar y a que el monto establecido [por el decreto 960/08, modificatorio del decreto 690/06]... podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado... la demandada deberá proveer...un subsidio que les permita, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”.

Esa sentencia fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local, que interpretó las normas constitucionales y locales en juego y decidió reenviar la causa a la cámara para que dictara un nuevo fallo, de conformidad con los criterios fijados en su decisión.

3°) Que, como fundamento, el a quo sostuvo que las cuestiones discutidas en este expediente guardaban sustancial analogía con las debatidas y resueltas por ese Tribunal en la causa “Alba Quintana”, del 12 de mayo de 2010, a cuyos argumentos y conclusiones remitió. Según el citado precedente: Para determinar las obligaciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de vivienda resulta imprescindible interpretar –además de la Constitución local– la Constitución Nacional y, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Ello es así pues, “la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior”.

Según el PIDESC, los Estados parte no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad. Su deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. A su vez, el Pacto impone una obligación de progresividad. Ello significa que los países signatarios deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos. Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual.

Por último, el PIDESC impone a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos.

A partir de los criterios señalados, los Estados parte del PIDESC sólo tienen el deber de garantizar el contenido mínimo del derecho a la vivienda, que consiste en brindar “abrigo” a quienes carecen de un techo. Esta es la garantía que nace del Pacto y a ello se limita la obligación de los países signatarios. En tales condiciones, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha cumplido con su deber en tanto proporciona a quienes se encuentran en “situación de calle” una red de albergues y paradores estatales.

Por ese motivo, no resulta inconstitucional que los subsidios previstos por el decreto 690/06 (modificado por decreto 960/08) sean parciales y temporarios, ni que los montos otorgados a sus beneficiarios resulten insuficientes para solventar el costo de una vivienda digna.

Sin perjuicio de lo expuesto, el otorgamiento de subsidios no es absolutamente discrecional.

Por el contrario, los jueces tienen el deber de controlar y asegurar que la asignación de estos beneficios respete las prioridades previstas por el bloque constitucional que rige la materia. Concretamente, tanto el art. 31 de la Constitución local, como las pautas emergentes del PIDESC, impiden subsidiar a un grupo, sin subsidiar a otro sector que esté más necesitado. A tal fin, quien pretenda obtener el subsidio debe cumplir con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen.

Desde esa perspectiva, los decretos 690/06 y 960/08 resultan cuestionables e ilegítimos, pues no contemplan previsiones claras que resguarden el sistema de prioridades referido, ni la igualdad entre iguales en el reparto de fondos; otorgan una considerable discrecionalidad a la autoridad administrativa encargada de aplicarlos para elegir a quiénes y cuánto dar; y en consecuencia no se garantiza que el subsidio se otorgue a los más necesitados frente a los que lo están en menor medida, conforme los parámetros constitucionales en juego.

4°) Que, contra dicho fallo, la actora dedujo recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la presente queja.

En su apelación sostiene que la interpretación realizada por el Superior Tribunal de Justicia local vació de contenido a las normas constitucionales e internacionales que reconocen y garantizan el derecho a una vivienda digna, lo que las transforma en meras expresiones de deseos.

Alega que la existencia de paradores estatales no es suficiente para garantizar el umbral mínimo del derecho a la vivienda exigido por el PIDESC. Sostiene que, en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, los refugios y albergues sólo ofrecen alojamiento nocturno, no reúnen condiciones dignas de salubridad, seguridad e higiene, y no permiten gozar de privacidad o aislamiento. Asimismo, manifiesta que el programa de subsidios vigente no es adecuado para atender situaciones de desamparo como la de la actora. Detalla que se trata de medidas de emergencia, que sólo se otorgan por un plazo máximo de diez meses y por montos que no alcanzan para costear un lugar para vivir.

Por otra parte, se agravia por el alcance restrictivo que la sentencia apelada otorgó al principio de progresividad.

Sostiene que si la progresividad se mide con relación al conjunto general de la población —y no respecto de la situación de cada individuo— resulta prácticamente imposible evaluarla.

Explica que ello obligaría a los afectados por una medida regresiva a cotejar todas las partidas presupuestarias destinadas a todos los derechos económicos, sociales y culturales —de forma tal de determinar si la regresión denunciada puede entenderse subsanada o compensada.

Por último, considera que la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr, progresivamente y con los recursos económicos disponibles, la plena efectividad del derecho reclamado y que las invocadas carencias presupuestarias no han sido debidamente acreditadas.

5°) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo, la que tuvo lugar el 15 de septiembre de 2011 y en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente.

6°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues se encuentra en juego la interpretación de normas de naturaleza federal (arts. 14 bis y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) y la decisión adoptada es contraria a la pretensión de la recurrente que se fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). Cabe recordar, en este punto, que en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del a quo ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

Asimismo, la sentencia apelada resulta equiparable a definitiva, ya que la cuestión federal que da sustento al planteo de la actora fue resuelta por el Superior Tribunal local y, en este punto, la decisión quedará firme (Fallos: 301:1029; 311:1397). En efecto, el alcance que el a quo otorgó al derecho constitucional a la vivienda digna y la validez del programa de subsidios de la Ciudad ya no podrán ser discutidos ante la Cámara, cuya intervención se limitará a aplicar los criterios fijados por el Superior Tribunal a las circunstancias fácticas de la causa.

7°) Que no se encuentra debatido que la actora y su hijo menor de edad son habitantes y residentes de la Ciudad de Buenos Aires, y que su situación personal, económica y social no les permite, pese a sus razonables esfuerzos, procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral.

También se ha acreditado que, si no se encontrara vigente la medida cautelar otorgada en esta causa judicial, la actora y su hijo tendrían que estar viviendo en las calles de la Ciudad.

8°) Que, ello establecido, es dable recordar el marco normativo en el que se inserta la problemática bajo estudio, tanto en el orden federal como en el local.

I. Que, por una parte, en nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social “que tendrá carácter de integral e irrenunciable” y en especial se previó que la ley establecerá “el acceso a una vivienda digna” (art. 14 bis, tercer párrafo, tributario en este punto del art. 37 de la Constitución de 1949). A su vez, la reforma operada en 1994 reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) y las personas con discapacidad (...)” (primer párrafo del art. 75, inc. 23).

Esta norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que deberá además contemplar –por expreso mandato constitucional– el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a la “protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental...” (segundo párrafo del art. citado).

II. Que en el plano internacional, se destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos –de rango constitucional, art. 75, inc. 22– que en su art. 25 reconoce el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”...“a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (apartado 1º) y estipula que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales” (apartado 2º).

Resulta asimismo elocuente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en tanto en él los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” y asumen el compromiso de tomar “medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (art. 11.1).

Por su parte, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se encuentra plasmado el derecho de toda persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (art. XI).

Finalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce que “el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” así como su derecho a recibir cuidados especiales, comprometiéndose los estados a alentar y asegurar, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él (art. 23). Asimismo, se hace expreso reconocimiento del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24) y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1). Sobre este último se estipula que los Estados partes “adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda” (art. 27.3). Por último, en su art. 3º la Convención marca como principio rector que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

III. Que en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –aprobada por la Argentina mediante ley 26.378, publicada en el B.O. del 9 de junio de 2008– se establece que los Estados Partes tomarán “todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño (art. 7º, aps. 1 y 2).

Asimismo, se establece que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un adecuado nivel de vida para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y que deberán adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. En ese mismo marco, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ella sin discriminación por discapacidad, debiendo los estados adoptar las medidas para proteger y promover el

ejercicio de este derecho entre ellas “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública” (art. 28, ap. 2 especialmente punto d).

En la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad –aprobada en nuestro país por ley 25.280, publicada en el B.O. del 4 de agosto de 2000– se estipula que los Estados Parte, a fin de lograr los objetivos de la convención, se comprometen a adoptar medidas “...para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como (...), la vivienda” (art. 3°).

IV. Que, en el ámbito específico del Estado demandado, en el art. 31 de la Constitución local se establece que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, y para ello se obliga a “... [resolver] progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos...”. En línea con lo señalado, en el art. 17 del referido texto se dispone que “... [corresponde a las autoridades desarrollar] políticas coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”.

La Ciudad de Buenos Aires dictó distintas leyes y decretos orientados a hacer efectivo el derecho a una vivienda digna reconocido en los preceptos constitucionales. Así, por ejemplo, en la ley 341 se estableció que el Poder Ejecutivo instrumentará políticas de acceso a vivienda para uso exclusivo y permanente de hogares de escasos recursos en situación crítica habitacional, asumidos como destinatarios individuales o incorporadas en procesos de organización colectiva verificables, a través de cooperativas, mutuales o asociaciones civiles sin fines de lucro, mediante subsidios o créditos con garantía hipotecaria (confr. art. 1°).

En igual sentido, en la ley 1251 se creó el “Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, con el objeto de ejecutar políticas de vivienda de acuerdo a lo establecido en el art. 31 de la Constitución local (confr. art. 3°). Entre los principios rectores del accionar del órgano se encuentra el de “...contribuir al acceso a la vivienda digna a todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, imposibilitados por razones económicas y sociales de acceder a la misma por cualquiera de los medios regidos por el sector privado y que requieran de la participación del sector público para lograrlo, priorizando lo enmarcado en el inc. 1 del Art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” y el de “...Promover el efectivo ejercicio del derecho al hábitat y a la vivienda de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” (confr. art. 4°, inc. a y c).

Asimismo, mediante la ley 3706 se buscó proteger integralmente y hacer operativos los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo de situación de calle (art. 1°), para lo cual estableció que “...Es deber del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantizar: art. 4°...c) La formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del estado...”.

Por otra parte, en el decreto 1234/04 se creó el Programa de Apoyo Habitacional destinado a efectivizar la asistencia de personas en situación de calle que se encontraran alojadas en hoteles en que se hubiera dispuesto la clausura administrativa, a quienes se les otorgó la posibilidad de optar, por única vez, entre percibir un monto en concepto de subsidio o de mutuo con garantía hipotecaria, con el objeto de contribuir al logro de soluciones habitacionales o a la adquisición de inmuebles destinados a vivienda, respectivamente (confr. arts. 1° y 4°).

También, y a los efectos de paliar la problemática habitacional de las familias en “situación de calle”, se dictó el decreto 690/06 (y sus modificatorios 960/08 y 167/11) en el que se creó el programa “Atención para Familias en Situación de Calle” (art. 2°), consistente en un subsidio destinado a mitigar la emergencia habitacional de los residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 3°). Además, el mencionado decreto 690/06, vigente para el momento en que la actora recibió el subsidio habitacional en trato, establecía expresamente el deber de la autoridad estatal de asesorar a la beneficiaria del subsidio para superar la crítica situación habitacional en la que se encontraba inmersa (art. 3°). Si bien la previsión que contenía este decreto fue denegada en este aspecto por su modificatorio 960/08, lo cierto es que la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que los reglamenta, obliga actualmente a la administración a brindar asesoramiento, y a “realizar derivaciones a otros programas, elaborar los informes técnicos que le sean solicitados y colaborar con el correcto funcionamiento del Programa, asentando y comunicando cualquier observación que considere menester” (art. 3, incs. b y e).

9°) Que, conforme a lo expuesto en el considerando anterior, el sistema de fuentes aplicable al caso está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales mencionados, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia. De dicho sistema se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de

sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo, de modo que corresponde a esta Corte establecer el alcance de dichos preceptos en relación al caso.

10°) Que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Fallos: 327:3677; 332:2043) y “garantizar”, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General N° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos: 332:709).

11°) Que el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado.

Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno.

Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial.

12°) Que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, “A Theory of Justice”, 1971, Harvard College)”. Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas.

En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle.

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces.

13) Que, frente al contexto descripto, se impone dilucidar si, en el caso concreto de la actora, la respuesta brindada por la demandada resulta adecuada para garantizar, siquiera mínimamente, los derechos que las partes se encuentran contestes que asisten a la señora S. Y. Q. C. y a su hijo.

Así, cabe señalar que el compromiso normativo asumido por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la materia fue expresamente reconocido por la Ministra de Desarrollo Social de esa jurisdicción, licenciada María Eugenia Vidal, en su exposición ante esta Corte en la audiencia pública celebrada el 15 de septiembre de 2011. En esa oportunidad expresamente precisó que “...El art. 31 de la Constitución de la Ciudad reconoce el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado y habla de una resolución progresiva de este déficit. Ahora, lo que

está en discusión, creo yo, no es el reconocimiento del derecho a la vivienda y al hábitat, y dentro de él al acceso a los programas de emergencia habitacional, sino cómo este derecho se operativiza..." (confr. pág. 15). Que a la hora de examinar la respuesta que en materia habitacional prevé la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para atender a una situación extrema como la de la actora, resultan ilustrativas las palabras de la citada Ministra que, en la ya aludida audiencia, afirmó que "...dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para personas en calle..." (pág. 18). De manera que la asistencia para este sector se limita al alojamiento en hogares o paradores o, en su defecto, en el ofrecimiento de un programa como el previsto en el decreto 690/06 –y sus modificatorios–, que tiene un plazo de duración máximo de diez meses y que, según las propias afirmaciones de la funcionaria, en ningún caso es renovable sin sentencia judicial, aun cuando la situación que originó el otorgamiento del beneficio no se hubiera modificado (confr. pág. 21).

Este menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución local aparece como insuficiente para atender la particular situación de la actora. En efecto, ante la ausencia de un plan de vivienda definitiva y la imposibilidad de acceder a las líneas de crédito previstas en la ley 341 por carecer de un ingreso mínimo que supere los \$ 2.000, las alternativas propuestas se reducen al alojamiento en el sistema de paradores, hogares y refugios o a la entrega del beneficio previsto en el decreto 690/06.

Respecto de la primera de estas opciones, se impone señalar que las condiciones edilicias de estos lugares que carecen de habitaciones o baños privados y alojan a más de una familia (confr. exposición de la Ministra, pág. 17), no resultan adecuadas para la patología del niño que, tal como lo informó el Defensor Oficial ante esta Corte, doctor Langevin, ha sufrido graves afectaciones en su salud y su desarrollo evolutivo como consecuencia de haberse alojado en hoteles con baños y cocinas comunes (pág. 12). La especial atención que demanda el niño y las graves consecuencias que su desatención trajo aparejada fueron señaladas por el citado funcionario ante este Tribunal al señalar que "...hasta hace muy poco J. no podía masticar, y esto no se debía a su enfermedad.

Se debía a que la madre no cuenta con una cocina donde pueda elaborar los alimentos. Entonces, le tenía que dar papilla. La cocina es común y J. molestaba con sus chillidos, que son su forma de comunicarse, y entonces le tenía que dar papilla, y a los seis años no sabía masticar, pese a tener toda la dentadura completa...En anteriores alojamientos no tenía un baño propio, y por compartirlo contrajo hepatitis A.

Entonces ha tenido que hacer sus necesidades en un tacho en la habitación..." (pág. 12). Tampoco el programa "Atención para Familias en Situación de Calle" creado en el decreto 690/06 brinda una respuesta que atienda suficientemente a la situación examinada en autos. En efecto, dicha asistencia no sólo no constituye una solución definitiva al problema habitacional de este grupo familiar en situación de extrema vulnerabilidad sino que se limita a brindar un paliativo temporal, cuyo monto, en este supuesto, fue considerado insuficiente por los magistrados intervinientes para atender a las necesidades del caso.

Que resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente.

14°) Que por otro lado, la Ciudad de Buenos Aires ha sostenido en la audiencia ante esta Corte que su tarea en casos como el presente está ceñida por un presupuesto "inelástico", y que por esa razón "cada uno de estos casos va chocando contra la limitación presupuestaria" que establece la ley local (intervención del Procurador Monner Sans).

Si bien es cierto que esta defensa ha sido extemporáneamente introducida por la demandada en el curso de una audiencia con finalidad informativa, será igualmente examinada por el Tribunal a fin de garantizar al máximo el derecho de defensa y brindar un tratamiento exhaustivo a una controversia de trascendencia institucional.

Frente a este argumento, resulta pertinente observar que en el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la República Argentina por ley 26.663 publicada en el B.O. del 12 de abril de 2011), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha fijado una serie de pautas para establecer cómo puede entenderse el compromiso de los estados "...de adoptar medidas...hasta el máximo de los recursos de que disponga..." con el objeto de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, tal como lo dispone –en cuanto al caso interesa– el art. 4.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En ese sentido, el Comité afirmó en primer término que "la 'disponibilidad de recursos' aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar

medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes...los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo” (punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto: Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1).

A continuación, advirtió que la garantía de los derechos reconocidos “no exige forzosamente importantes asignaciones de recursos” (punto 7); más precisamente, estableció que en el caso de que un Estado aduzca limitaciones de recursos, el comité consideraría una serie de criterios objetivos para examinar el argumento entre los que vale mencionar tres de ellos: a.) “el nivel de desarrollo del país”; b.) “la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un período de recesión económica”; y c.) “si el estado intentó encontrar opciones de bajo costo” (punto 10 de la Declaración citada).

En este contexto, el argumento de la utilización de los máximos recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos.

15º) Que, como ya ha quedado expresamente de manifiesto, el caso en examen no sólo es un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucra a un niño discapacitado que no sólo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle. Entran aquí también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada.

En este sentido, la intervención estatal hasta el presente, no obstante reconocer que es costosa para el Estado, no parece ser adecuada para resolver la grave problemática que en el sub examine se plantea. Esta no sólo obedece a las condiciones del pequeño, sino a la imposibilidad de que su madre trabaje sin que deba separarse de la criatura o dejarla en manos de terceros sin preparación para su adecuada atención, lo que requiere una intervención estatal en forma de atención global y especializada para el caso, o sea, de asistencia al niño y a su madre, en forma que esta última pueda ejercer alguna actividad rentable sin perjudicar ni poner en peligro la integridad física y la salud del niño como tampoco su aspecto emocional – elemental para su calidad de vida, considerando su padecimiento—, y que, además, le permita en algún momento acceder a condiciones de convivencia adecuadas a las particularidades del caso.

Con relación a esta cuestión, es importante destacar que la propia normativa local que rige esta materia pone en cabeza de la administración el deber de articular la intervención de los distintos programas públicos que correspondan actuar para que la actora y su hijo puedan superar su especial grado de vulnerabilidad así como también el deber de asesorar a la primera en búsqueda de estrategias integrales que le permitan encontrar una solución al problema habitacional que motivó esta demanda, obligaciones que, en el caso, no fueron cumplidas en forma acabada y total.

No se trata en esta situación de evaluar el precio del servicio que paga el Estado y dado su costo dar por cumplido el deber que le incumbe, conforme a un estándar de realización de los derechos, sino de valorar su calidad en cuanto a la adecuación a las necesidades del caso. Es decir, la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible.

Es evidente que ni la asistencia económica originalmente brindada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ni la medida cautelar posteriormente dispuesta en autos, que garantiza a la actora la suma de \$ 1.700 para el pago de una habitación en un hotel, resuelven la problemática planteada en el sub examine pues no han garantizado adecuadamente a la señora S.Y.Q.C. la posibilidad de acceder a un trabajo ni a una vivienda apta para un niño con el grado de discapacidad de J.H.Q.C.

Esta última circunstancia fue puesta de manifiesto por el Defensor Oficial en la audiencia pública al detallar las condiciones edilicias del hotel Casona Solé, del barrio de Floresta, donde la actora y su hijo se encuentran alojados.

Señaló el funcionario que se trata de “...una habitación en un hotel familiar, de alrededor de tres metros por tres metros; no tiene ventanas –es decir que carece de luz solar—; no tiene un lugar de juegos porque no se permite a los niños jugar en los pasillos; se accede a través de un primer piso por escalera, lo cual es una situación no recomendable para un chico en esta condición, y la habitación misma tiene un altillo al cual no puede acceder. Tiene una sola cama matrimonial, en la cual pernoctan ambos...” (pág. 11). Cabe agregar que,

según el mismo funcionario la calefacción de las habitaciones es opcional y se debe abonar por separado (pág. 12).

De manera que aún cuando el esfuerzo económico estatal es considerable, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de "bajo costo", en los términos que recomienda el Comité citado de Naciones Unidas; tampoco parece ser el adecuado para garantizar la protección y la asistencia integral al niño discapacitado que, conforme los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia, constituye una política pública del país. En este punto cabe recordar que ha sostenido esta Corte que los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; más aún si se tiene en cuenta la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño, a la que ya se ha hecho mención, impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos (Fallos: 327:2127).

En consecuencia, en la presente circunstancia se impone que el Estado intervenga con asistencia social en forma integral, lo que incluso podría requerir un esfuerzo patrimonial menor que el realizado en función de la medida cautelar dispuesta. Debe advertirse que la ausencia de una planificación coordinada y adecuada por parte de la demandada hace que en la actualidad deba erogarse, por una básica habitación en un hotel en el barrio de Floresta, valores que exceden a los requeridos en el mercado inmobiliario por el alquiler de un departamento de dos ambientes en el mismo barrio.

16º) Que, de todos modos, el cese de la medida cautelar en las actuales circunstancias empeoraría la situación de la demandante, por lo que se impone su mantenimiento hasta que la demandada actúe en forma integral sobre la situación planteada.

Para ello, las circunstancias requieren la intervención urgente de equipos de asistencia social de los que dispone el Estado local, que aseguren al niño la atención y el cuidado que su condición precisa, preservando su salud y su integridad física, sin que importe una internación u otra medida que interrumpa la relación y el contacto materno-filial. La actora, como toda madre que carga con la responsabilidad de un niño severamente discapacitado y que hasta el momento, pese a toda la adversidad, ha sostenido y puesto de manifiesto el vínculo afectivo y asumido la pesada tarea, tiene el elemental derecho de trabajar libre de preocupaciones respecto del niño durante su desempeño laboral, lo que no importaría para el Estado ninguna inversión extraordinaria, sino el uso adecuado de sus propios servicios asistenciales especializados.

Lo anterior debe complementarse con un trabajo que le permita su subsistencia y la del niño, fuera del marco asistencial, puesto que éste es siempre una situación precaria que en algún momento debe cesar. La intervención estatal, pues, debe tener por objeto alcanzar esta solución y facilitar la superación de la emergencia. Para ello, en el caso concreto, el Estado debe proveer a la actora, tal como la normativa se lo impone, el asesoramiento y orientación necesarios. Tampoco esto requiere una inversión estatal desproporcionada, pues el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dispone de equipos de asistencia social que tienen capacidad para proveer este servicio, indicando a quienes recurrir e incluso ofreciendo los servicios de la actora a los privados que puedan demandarlos.

17º) Que a modo de conclusión corresponde señalar que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, en uso de la facultad conferida en el art. 16 de la ley 48, se resuelve ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que:

1) Intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y provea a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional en los términos de la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2) Garantice a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

Asimismo, y hasta tanto la demandada cumpla con lo ordenado, se dispone mantener la medida cautelar.

Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).
ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 7° del voto de la mayoría.

8°) Que el derecho a una vivienda digna se encuentra reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, tanto en su art. 14 bis, como en varios de los tratados incorporados a la Carta Magna en el art. 75, inc. 22 (art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11, inc. 1).

Asimismo, corresponde señalar que el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho, un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes (Fallos: 329:1638; 329:4918 y 331:453, entre otros).

Finalmente, cabe recordar que el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional; la Convención de los Derechos del Niño, incorporada al art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada –junto con su protocolo facultativo– por la ley 26.378; imponen al Estado deberes adicionales de protección respecto de quienes, como el menor en este caso, se encuentran en especiales situaciones de vulnerabilidad.

9°) Que esta Corte tiene dicho que la Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano fundamental (Fallos: 327:3677; 330:1989).

Por su parte, el PIDESC también impone obligaciones a los Estados, de modo de evitar que sus previsiones se transformen en meras expresiones de deseos. A tal fin, su art. 2°, inc. 1°, establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

En tales condiciones, el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente, el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad.

10°) Que, además, esa reglamentación debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, en este caso, la Constitución Nacional y el PIDESC. Por ello:

a) Las medidas adoptadas deben ser proporcionadas, esto es, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental (art. 28 de la Constitución Nacional y Fallos: 243:449 y 467; 248:800; 313:1638; 330:855; 334:516, entre otros). Ello implica que el Estado debe tener en cuenta las distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes y, sobre esa base, implementar políticas apropiadas y conducentes para lograr que todos tengan la oportunidad de acceder a una vivienda digna.

b) El diseño de las políticas públicas debe tener en cuenta las normas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico en su conjunto. En particular, tiene que respetar las prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población, tal como se señaló en el considerando 8°.

c) El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes.

11°) Que, sentado lo expuesto, cabe recordar que el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad con respecto a qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes para implementar el derecho de acceso a una vivienda digna.

Por ese motivo, siempre y cuando se respeten los límites señalados en el considerando precedente, las políticas de acceso a la vivienda pueden variar o fijar prioridades según las distintas necesidades y capacidades de los habitantes, e incluso exigir algún tipo de contraprestación a quienes puedan proporcionarla. En particular, cabe resaltar cuando se trata de personas que están en condiciones de trabajar, la exigencia de un aporte —ya sea en dinero o en trabajo— no sólo resulta constitucionalmente válida sino que, además, contribuye a garantizar otros derechos fundamentales, tales como la dignidad humana y el derecho a procurarse la satisfacción de las necesidades básicas y vitales mediante el propio trabajo (art. 6º, PIDESC).

12º) Que, a partir de los criterios enunciados, corresponde determinar si la Ciudad de Buenos Aires ha cumplido con sus deberes constitucionales respecto de la actora y su hijo menor.

De las constancias de la causa resulta que si bien la demandada ha implementado varias políticas públicas en materia habitacional, dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para las personas en situación de calle; y los créditos ofrecidos en el marco de la ley local 341 para adquirir inmuebles exigen, entre sus requisitos, acreditar un ingreso mínimo de 2.000 pesos mensuales (ver fs. 5, 18 y 19 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública del 15 de septiembre de 2011).

En tales condiciones, las alternativas que la Ciudad ofrece a quienes no cuenten con el ingreso mínimo mencionado, se limitan a la entrega de un subsidio en dinero —en los términos del decreto 690/06 y sus modificatorios—, o a la posibilidad de dormir en alguno de los paradores y albergues que provee la Ciudad, en caso de que haya plazas disponibles.

13º) Que el subsidio mencionado se concede por un plazo máximo de seis meses, y sólo puede ser prorrogado excepcionalmente por cuatro meses más, al cabo de los cuales no puede ser renovado bajo ningún concepto (según decreto 690/2006, modificado por el decreto 167/2011). Esto implica que, al cabo de un máximo de diez meses, quienes obtuvieron el beneficio quedan nuevamente en la calle y ya sin ninguna alternativa para salir de esta situación. Eso es, precisamente, lo que hubiera ocurrido con la actora y su hijo menor de edad si no se hubiera dictado la medida cautelar a su favor en esta causa.

Sumado a ello, el monto del beneficio (que va desde los 700 a los 1.200 pesos mensuales) tampoco resulta suficiente para costear —en las reales condiciones que exige el mercado a quienes carecen de garantías e ingresos comprobables— un lugar para vivir con condiciones mínimas de habitabilidad y dignidad.

En efecto, tal como se acreditó en esta causa, la habitación en un hotel familiar, que acepta menores de edad, y que reúne condiciones mínimas de habitabilidad (dimensiones de 3 metros x 3 metros, sin ventanas, baño y cocina compartidos, primer piso por escalera), ha tenido para la actora un costo mensual de 1.700 pesos (ver fs. 3, 4, y 12 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública del 15 de septiembre de 2011).

14º) Que, por otra parte, la red de paradores estatales que provee la Ciudad de Buenos Aires es una mínima contención que no puede ser razonablemente equiparada a una vivienda digna; tanto es así que la propia ley local 3706 considera “en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno” (art. 2º).

En efecto, se trata de lugares transitorios donde las personas deben, generalmente, solicitar una plaza en forma diaria y en horarios determinados. Tampoco permiten mantener la unidad familiar ya que, en su mayoría, no admiten hombres, mujeres y niños en el mismo establecimiento (fs. 5, 6, 17, y 18 de la versión taquigráfica de la Audiencia).

Estas características resultan especialmente inadecuadas para albergar dignamente a un niño que, como se ha demostrado en esta causa, requiere especial atención y cuidados.

Por lo demás, los paradores tampoco resultan suficientes en número para albergar, siquiera transitoriamente, al total de las personas sin techo de la Ciudad de Buenos Aires.

Según los dichos de la propia demandada, existen 7 paradores estatales, más otros tantos privados con los que el Estado local tiene convenio. Estos cuentan, aproximadamente, con un total de 1600 plazas. Sin embargo, son 7000 personas por año las que solicitan el subsidio, de las que actualmente 4500 están cobrando el beneficio por haber acreditado carecer de ingresos suficientes para costear una vivienda (ver Audiencia Pública, fs. 17 a 19 de la versión taquigráfica).

Por último, cabe señalar que aunque la actora también alegó que las condiciones de infraestructura, higiene, seguridad y salubridad de los paradores estatales son precarias y deficientes, esta circunstancia no pudo ser tenida en cuenta por el Tribunal en tanto no fue acreditada ni en el expediente ni en la Audiencia Pública.

A partir de lo expuesto, resulta evidente que aún cuando el gobierno provea esta exigua contención, ello no modifica la realidad de desamparo de la actora y su hijo.

15°) Que, en tales condiciones, la Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido con su obligación de implementar razonablemente el derecho a una vivienda digna en su jurisdicción, en los términos de lo señalado en el considerando 10.

En efecto, la demandada no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social —como la actora y su hijo— tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral. En otras palabras, quienes carecen de un ingreso mínimo comprobable de 2.000 pesos no tienen la oportunidad de acceder a ningún programa que les permita, ni inmediata ni progresivamente, acceder a una vivienda digna.

Esta omisión inconstitucional resulta aún más grave si se advierte que los derechos en juego y el sector de la población postergado son, precisamente, aquellos a los que la Constitución Nacional asigna especial prioridad, tal como se señaló en el considerando 8°.

16°) Que, finalmente, cabe evaluar si la señalada falta de políticas públicas adecuadas en materia de vivienda puede ser justificada por la carencia de recursos económicos suficientes, alegada por el Gobierno de la Ciudad.

Esta Corte tiene dicho que las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional ni de los tratados internacionales a ella incorporados, especialmente cuando lo que se encuentra en juego son derechos fundamentales (Fallos: 318:2002 y 328:1146). Es que, al distribuir sus recursos, el Estado no puede dejar de considerar los principios de justicia social y protección de los derechos humanos que surgen de la Ley Fundamental (arts. 75, incs. 19, 22 y 23; y Fallos: 327:3753 y 330:1989, considerandos 12 y 5, respectivamente).

Por ese motivo, cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad como se advierte en el presente caso, que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que prima facie no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el art. 2° del PIDESC.

Ello es lo que ocurre, precisamente, en este caso, donde se ha probado holgadamente que el segmento más vulnerable de la población de la Ciudad no tiene garantizadas soluciones mínimas y esenciales en materia habitacional. Se suma a ello el hecho de que tampoco existen políticas públicas, ni a largo ni a mediano plazo, destinadas a que estas personas logren acceder a un lugar digno para vivir.

17°) Que esta presunción, sin embargo, **no implica que el Estado tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes.**

Por el contrario, el PIDESC ha sido redactado de modo tal de reflejar un balance adecuado entre el objetivo de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y los reales problemas de los Estados para implementarlos.

La presunción señalada simplemente implica que, para atribuir la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, **es el Estado quien debedemostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos.**

Esta carga probatoria en cabeza del Estado está doblemente justificada. Por un lado, deriva de la ya señalada presunción de inconstitucionalidad. Por el otro, responde a la incontrastable realidad de que es el Estado quien tiene y produce la información presupuestaria, y no el habitante, para quien el acceso a esos datos resulta notoriamente más dificultoso.

A la luz de lo expuesto, la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales.

La Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido siquiera mínimamente con esa carga probatoria. No aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas, y se limitó a realizar afirmaciones teóricas y abstractas en el sentido de que los recursos económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población.

18°) Que, por el contrario, las medidas adoptadas por la demandada revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico.

En efecto, la modalidad elegida por el Estado para enfrentar la emergencia habitacional resulta una de las alternativas más onerosas del mercado y, sin embargo, sólo otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados.

Tal como ha quedado acreditado en esta causa, y se señaló en el considerando 12, quienes como la actora no tienen ingresos comprobables y carecen de garantías no reúnen los requisitos exigidos por el mercado para alquilar una vivienda.

Por ese motivo, no tienen otra opción que acudir a la renta de habitaciones en hoteles familiares que, frente a la necesidad de estas personas, exigen el pago de sumas excesivas por habitaciones pequeñas y precarias.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible la queja, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Asimismo, se hace lugar al amparo interpuesto y se condena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a otorgar a la actora y a su hijo menor de edad una solución habitacional adecuada en los términos de los considerandos del presente fallo, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado (art. 16, segunda parte, de la ley 48).

Notifíquese y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.
ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) La señora S. Y. Q. C. nacida en Bolivia en el año 1976, viajó a la ciudad de Buenos Aires en el año 2000 en busca de trabajo y mejores condiciones de vida, donde reside hasta la fecha. Tuvo diversas ocupaciones que le permitieron subsistir y en el año 2005, nació su hijo J. H. Q. C. quien padece una enfermedad que le provoca una incapacidad motriz, visual, auditiva y social.

Por un corto tiempo, convivió con el padre del niño y su familia en Laferrere, provincia de Buenos Aires, desvinculándose luego de ese grupo por lo que regresó a la ciudad en compañía de su hijo.

De ahí en más, se alojaron en diversos paradores, hogares y hoteles hasta que finalmente quedaron en situación de calle, motivo por el cual recurrió al Gobierno de la Ciudad y obtuvo su inclusión en el Programa de Subsidios regulado por el decreto 690/06, modificado por los decretos 960/08 y 167/11.

Finalizadas las diez cuotas previstas, pidió continuar con el beneficio, pero el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se negó con sustento en que no podía excederse el tope normativo allí fijado, lo que la condujo nuevamente a deambular por la ciudad de Buenos Aires.

En estas condiciones y por medio del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires, la señora S. Y. Q. C. interpuso la presente acción de amparo por sí, y en representación de su hijo menor de edad J. H. Q. C. contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que ambos pudieran acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas.

Adujo que la demandada no reconocía su derecho a un techo pues les había negado la inclusión en alguno de los programas habitacionales vigentes, a pesar de persistir en situación de emergencia habitacional. Asimismo, petitionó que, en forma provisional y como medida cautelar, se le ordenara que los incorporase en alguno de ellos, solución que de consistir en un subsidio permitiese abonar en forma íntegra el valor del alojamiento.

Seguidamente, impugnó la constitucionalidad de los arts. 5º y 6º del decreto 690/06, en tanto fijan como subsidio un monto incompatible con el goce de un derecho a una solución habitacional adecuada (fs. 1/63).

La jueza de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario nº 12 de la Ciudad de Buenos Aires, hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó a la demandada que incluyera a la familia de la actora "en un programa de emergencia habitacional que asegure la unidad del grupo familiar" y que permita costear una vivienda (fojas 65/67).

2º) La Sala II de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y confirmó el pronunciamiento anterior que hizo lugar a la acción de amparo deducida por la señora S. Y. Q. C. (fs. 337/340).

Para así decidir, refirió que el Estado local se encuentra alcanzado por numerosas normas que consagran el derecho a la vivienda y le imponen el deber de hacer. Que resulta fundamental el art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto prevé que cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas...hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Asimismo dijo, que no corresponde al Poder Judicial expedirse respecto de cuáles son las medidas a adoptar, sino sobre su razonabilidad en el caso concreto y concluyó que constatada como se encontraba en autos la situación de emergencia habitacional de la actora y su hijo, correspondía confirmar la condena dispuesta en

primera instancia, con el fin de otorgar certeza a la cobertura que brinda auxilio económico al grupo familiar de la demandante.

3º) El Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, por mayoría, hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contra esa decisión, revocó el fallo y reenvió la causa a la cámara de apelaciones que intervino previamente para que los jueces se expidan respecto de la situación de la señora S. Y. Q. C. teniendo en cuenta lo señalado en el punto 16 del voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano en el precedente “Alba Quintana” a cuyos términos remitió (fs. 397/437).

En esa sentencia, básicamente se sostuvo que el bloque normativo que regula el derecho a la vivienda “no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen”.

Asimismo, se señaló en el fallo “Alba Quintana”, que quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asistir, “quedan alcanzados por la obligación de brindar ‘abrigo’, como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA; CN y PIDESC)”.

Tales asertos fueron fundados en que “no existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir cobertura habitacional indispensable –sea a través de hogares o paradores–”.

Al abordar puntualmente el tema de los subsidios habitacionales, se expresó que las restricciones que surgen de las normas reglamentarias, resultaban constitucionales, aún cuando fueran limitadas en el tiempo y en su monto máximo.

Empero, expresó, que lo que transformaría en inconstitucionales a tales instrumentos, sería que la distribución de esos subsidios, por naturaleza limitados, no respetara las prioridades establecidas en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; situación que, puede ser presumida por los jueces cuando el beneficio le era denegado a una persona que se hallaba dentro del universo de personas con prioridad.

Por los motivos anteriores, los doctores Ana María Conde y Luis Francisco Lozano, en el punto 16 de su voto en la causa “Alba Quintana” revocaron la sentencia de cámara dictada en ese expediente y ordenaron el reenvío para que esos mismos jueces establecieran si se daban las condiciones previstas en el decreto 960/08, y si el actor había logrado demostrar estar comprendido en alguna de las prioridades establecidas en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para acceder o mantener el beneficio del subsidio, es decir si logró acreditar que el beneficio se había concedido a personas con menores necesidades que las suyas. De no comprobarse esos presupuestos, los magistrados debían expedirse entonces, en torno a la obligación de brindar al accionante un “abrigo” como expresión mínima del derecho a la vivienda, lo que también requería de la apreciación de cuestiones fácticas.

4º) Dicho pronunciamiento, originó el recurso extraordinario de la parte actora (fs. 448/473 vta.), que fue rechazado por el Tribunal Superior de Justicia local con base en que la decisión impugnada no era definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48. Ello dio origen a la presente queja.

5º) Los agravios centrales de la amparista pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Existencia de una sentencia definitiva. La apelante esgrime que si bien el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad ordenó a la Cámara de Apelaciones que emita un nuevo fallo, las condiciones y pautas que determina la remisión al precedente “Alba Quintana”, no permiten a los jueces a quienes ordenado el reenvío la posibilidad de que le reconozcan de manera plena y adecuada su derecho constitucional a la vivienda, dado que tales líneas de pensamiento parten de una interpretación sesgada, irrazonable e insuficiente de esa garantía y fijan un estándar de asistencia minimalista que lo desnaturaliza como derecho humano y contradice su carácter operativo.

Sostiene tal afirmación, en que la cámara no podría apartarse de lineamientos tales como:

I- Cumplir con los criterios de prioridad en la asignación de la ayuda estatal, conforme la reglamentación que reputa constitucional plasmada en el decreto 960/08 y la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

II- Ponderar los efectos que su decisión tiene en la utilización de los recursos presupuestarios.

III- Que en su caso, ya no podrá “continuar recibiendo el importe del decreto 960/08”, puesto que la reglamentación dictada por la Ciudad solamente ha previsto su prórroga por un plazo de seis a diez meses

que ya se han agotado, por lo que habría quedado comprendida dentro del grupo respecto del cual la obligación de la demandada según el fallo, se limita a la protección de un techo o albergue básico.

IV- Que deberá cumplir con la carga de probar su situación prioritaria, sin que los jueces puedan “asignar” los subsidios ni “afectar” recursos, dado que la sentencia impugnada que remite al precedente “Alba Quintana” afirma que dicha función sólo le compete al órgano ejecutivo.

b) La interpretación que hace el antecedente en el que se sustenta el reenvío de la causa para ser nuevamente fallada, desconoce el verdadero alcance, contenido y naturaleza operativa del derecho constitucional a la vivienda reconocido en el orden nacional e internacional, pues asigna al principio de progresividad un alcance restrictivo que ignora el umbral mínimo para el efectivo goce del derecho, además de impedir la evaluación de que en el sub lite, la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr con los recursos disponibles la plena efectividad del derecho que ha reclamado.

c) La remisión lisa y llana al precedente “Alba Quintana” efectuada por la Corte local en la sentencia apelada resulta incompatible con la exigencia de evaluación individual que requiere el sub lite.

Ello es así, porque el presente caso no es uno más de aquéllos en los que se pide el acceso a una vivienda digna, dado que la peticionaria además de encontrarse en una situación de extrema pobreza, es madre de un niño afectado por una severa discapacidad, aspectos que en conjunto, exigían una especial consideración.

6º) Cabe aclarar, que en el presente expediente las partes están de acuerdo en que el niño J. H. Q. C padece una patología congénita de tipo neurológico que se denomina encefalopatía no evolutiva, que afecta gravemente su desarrollo intelectual. Que en consecuencia, sufre un severo retraso en el aspecto cognitivo, y que tiene defectos auditivos y visuales: que requiere atención constante para deambular, para alimentarse, para vestirse y para comunicarse con los demás (conf. audiencia, fs. 11/12...). Asimismo, que hasta la concesión de la medida cautelar que se concedió, que aún tiene vigencia, ambos se encontraban en situación de calle (fs. 65/67, 261/262 y 2 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública llevada a cabo ante este Tribunal el día 15 de septiembre de 2011).

7º) Asiste razón a la recurrente en su afirmación de que la sentencia apelada resulta equiparable a definitiva. Así lo creo, puesto que la Corte local ha ordenado a los jueces de cámara la resolución del presente caso de conformidad con los argumentos vertidos en el precedente “Alba Quintana”, cuyos presupuestos fácticos difieren substancialmente de los que motivan este amparo, por lo que no sirven de base para abordar un aspecto central del caso, cual es la discapacidad del hijo de la solicitante que aquí se plantea y exige ser ponderada para resolver la causa.

8º) El recurso extraordinario es procedente, en cuanto la señora S. Y. Q. C. ha fundado su derecho –entre otras consideraciones– en la particular situación que se encuentra por tener un hijo con una severa discapacidad, de lo que se deriva que a efectos de hacer efectivo su derecho a una vivienda digna debía brindársele un trato preferente en la asignación de recursos (art. 14 bis de la Constitución Nacional, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, art. 75 inciso 22) y la resolución de la corte local ha otorgado fundamentos que no incluían ese especial tratamiento (art. 14.3 de la ley 48).

En función de lo expuesto, la competencia de esta Corte ha quedado habilitada para revisar si ante la seria patología del niño y la delicada situación económica de la madre, el gobierno local demandado podía negarse a darle una respuesta frente al reclamo habitacional que formuló en este expediente, sin vulnerar a la vez sus derechos constitucionales.

9º) Adelanto mi postura en el sentido de que los extremos antes mencionados, son relevantes para privar de validez a la negativa de la demandada al pedido efectuado por la señora S. Y. Q. C., con apoyo en que la peticionaria no cumple con los requisitos establecidos en los programas para los que ha afectado su presupuesto público en materia de vivienda, sin que ello implique propiciar el mismo temperamento respecto de otros pobladores de la ciudad que se encuentran en otras condiciones.10º) A continuación, efectuaré una reseña que demuestra la voluntad de nuestro Estado por dar al tema de la discapacidad una atención

primordial, que se traduce en brindarle a las personas con esta característica una protección especial en términos constitucionales que implica una tutela más acentuada que los coloque en una posibilidad efectiva de ejercer su derechos en condiciones de igualdad con quienes no padecen discapacidad.

Los instrumentos internacionales incorporados a la Carta Magna reconocen “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso la alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11 inc. 1º); el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25); El derecho de toda

persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI).

Por su parte, en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad –aprobada en nuestro país por la ley 25.280, publicada en el B.O. del 4 de agosto de 2000– se estipula que los Estados Parte, a fin de lograr los objetivos de la convención, se comprometen a adoptar medidas “...para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como (...) la vivienda” (art. 3°).

En la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad –aprobada por la Argentina mediante la ley 26.378, publicada en el B.O. del 9 de junio de 2008–, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ella sin discriminación por discapacidad, debiendo los Estados adoptar las medidas para proteger y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública” (art. 28, ap. 2, especialmente punto d).

Asimismo, se establece que los Estados Partes tomarán “todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño (art. 7° apartados 1 y 2).

En el orden interno, se han dictado numerosas normas sobre la materia tales como la ley 24.901 y 22.431 entre otras, que especialmente se refieren a la atención y asistencia integral de la discapacidad.

11°) Las pautas antes señaladas son las que gobiernan la causa sub examine, por lo que frente al pedido aquí formulado de una vivienda digna, la ciudad debió haber tratado a la actora y a su hijo de un modo distinto al establecido en el régimen general, en atención a las graves patologías que este último padece. Es que involucrando el tema habitacional a las prestaciones financiadas con dinero público, la demandada no podía prescindir al delinear sus políticas de la condición especial que revisten las personas con discapacidad.

De modo tal, que resultaba irrazonable incluir a la señora S. Y. Q. C. y al niño dentro del mismo grupo en el que se encuentran otras personas sin discapacidad a los efectos de aplicar a todas idénticas restricciones presupuestarias.

Dicha hermenéutica, se apoya en que el gobierno local en su carácter de administrador de fondos públicos, tiene competencia para redistribuir, es decir transferir o asignar dinero para ciertos y especiales grupos de personas.

12°) En la medida que la decisión adoptada por la accionada en relación con la peticionante y su hijo no ha seguido las anteriores directrices, ya que se limitó a ofrecer las mismas prestaciones que al resto de las residentes de la ciudad, corresponde obligarla a que atienda la problemática de vivienda planteada en autos a partir de la aplicación de la regla de distribución señalada en el considerando anterior.

Ello así, dado que sólo le corresponde a este Tribunal en función de su competencia apelada, establecer en el caso el enfoque con el que la demandada debió haber abordado el reclamo de la actora para hacer efectivo su derecho constitucional a una vivienda digna en función de su carencia absoluta de recursos económicos y la severa discapacidad del niño, lo que no incluye la determinación de la prestación que debe otorgársele ni su cuantificación en términos económicos. En consecuencia, es el gobierno local quien deberá establecer la modalidad que adoptará para cumplir el compromiso a su cargo en el marco de las líneas interpretativas fijadas en el presente voto.

Por todo lo expuesto, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario interpuesto y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado en los términos del presente fallo. Notifíquese y devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

B R A S I L

Arquivo: STF Brasil, Brasília, 2009.24.09 Pet. 3388/RR- RORAIMA.

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou parcialmente procedente a Ação Popular Pet. 3388 / RR - RORAIMA, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, para o fim de declarar constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Síntese jurídica- Ação Popular julgada parcialmente procedente pelo Supremo Tribunal Federal para declarar constitucional a demarcação contínua da terra Indígena Raposa Serra do Sol. A discussão enfrentou o fundamento que o não-reconhecimento da demarcação **contínua** das terras originárias implica em violação do art. 231 da Constituição da República de 1988 que reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Síntese fática - Os 51 volumes do processo tem como fato inicial a impugnação do modelo adotado pelo Estado de Roraima de demarcação contínua das terras indígenas Raposa Serra do Sol. Foi arguido que a reserva em área contínua traria consequências desastrosas para o Estado de Roraima sob os aspectos social econômico e comercial. Quanto aos interesses do País, haveria comprometimento da segurança e soberania nacionais. Tudo a prejudicar os interesses dos “não índios”, pessoas que habitam a região há muitos anos, tornando-a produtiva ao longo das gerações. Argumentou-se que a demarcação importaria em desequilíbrio federativo pois a área demarcada, ao passar para o domínio da União, mutilaria parte do território do Estado de Roraima. Ademais, haveria ofensa ao princípio da razoabilidade em privilegiar-se a tutela do índio em prejuízo, por exemplo, da livre iniciativa.

Parte(s)

REQTE.(S) : AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV.(A/S) : ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS
ASSIST.(S) : FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
ADV.(A/S) : ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS
ASSIST.(S) : ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
ASSIST.(S) : LAWRENCE MANLY HARTE
ASSIST.(S) : OLGA SILVA FORTES
ASSIST.(S) : RAIMUNDO DE JESUS CARDOSO SOBRINHO
ASSIST.(S) : IVALCIR CENTENARO
ASSIST.(S) : NELSON MASSAMI ITIKAWA
ASSIST.(S) : GENOR LUIZ FACCIO
ASSIST.(S) : LUIZ AFONSO FACCIO
ASSIST.(S) : PAULO CEZAR JUSTO QUARTIERO
ASSIST.(S) : ITIKAWA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
ASSIST.(S) : ADOLFO ESBELL
ASSIST.(S) : DOMÍCIO DE SOUZA CRUZ
ASSIST.(S) : ERNESTO FRANCISCO HART
ASSIST.(S) : JAQUELINE MAGALHÃES LIMA
ASSIST.(S) : ESPÓLIO DE JOAQUIM RIBEIRO PERES
ADV.(A/S) : LUIZ VALDEMAR ALBRECHT
REQDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ASSIST.(S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
ASSIST.(S) : COMUNIDADE INDÍGENA SOCÓ
ASSIST.(S) : COMUNIDADE INDÍGENA BARRO
ASSIST.(S) : COMUNIDADE INDÍGENA MATURUCA
ASSIST.(S) : COMUNIDADE INDÍGENA JAWARI
ASSIST.(S) : COMUNIDADE INDÍGENA TAMANDUÁ
ASSIST.(S) : COMUNIDADE INDÍGENA JACAREZINHO
ASSIST.(S) : COMUNIDADE INDÍGENA MANALAI
ADV.(A/S) : PAULO MACHADO GUIMARÃES

Ementa

Ação Popular. Demarcação Da Terra Indígena Raposa Serra Do Sol. Inexistência De Vícios No Processo Administrativo- Demarcatório. Observância Dos Arts. 231 E 232 Da Constituição Federal, Bem Como Da Lei Nº 6.001/73 E Seus Decretos Regulamentares. Constitucionalidade E Legalidade Da Portaria Nº 534/2005, Do Ministro Da Justiça, Assim Como Do Decreto Presidencial Homologatório. Reconhecimento Da Condição Indígena Da Área Demarcada, Em Sua Totalidade. Modelo Contínuo De Demarcação. Constitucionalidade. Revelação Do Regime Constitucional De Demarcação Das Terras Indígenas. A Constituição Federal Como Estatuto Jurídico Da Causa Indígena. A Demarcação Das Terras Indígenas Como Capítulo Avançado Do Constitucionalismo Fraternal. Inclusão Comunitária Pela Via Da Identidade Étnica. Voto Do Relator Que Faz Agregar Aos Respectivos Fundamentos Salvaguardas Institucionais Ditadas Pela Superlativa Importância Histórico-Cultural Da Causa. Salvaguardas Ampliadas A Partir De Voto-Vista Do Ministro Menezes Direito E Deslocadas Para A Parte Dispositiva Da Decisão. 1. Ação Não Conhecida Em Parte. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido. 2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público. 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nos 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente. 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em

unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. 6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF). 7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS "POVO", "PAÍS", "TERRITÓRIO", "PÁTRIA" OU "NAÇÃO" INDÍGENA. Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. 8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal. 9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. 10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecutorio de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas

não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). 14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. 15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental. 16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma divisão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. 17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há

compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente má de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.

Julgamento: A decisão determinou que fossem observadas as seguintes condições: (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e

estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto ao item (xvii), a Senhora Ministra Carmen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau e Carlos Britto, Relator. Cassada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação, confiando sua supervisão ao eminente Relator, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com seu Presidente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie, que proferiram voto em assentada anterior.

Arquivo: STF Brasil, Brasília, ADI 4274 / DF - DISTRITO FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade 4274/DF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 23/11/2011, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, para dar ao § 2º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psico-físicas.

Síntese fática - A Procuradoria Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade para que o Supremo Tribunal Federal realizasse interpretação conforme a Constituição do § 2º do art. 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 (“Art. 33 - [...]§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga. Pena - detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa”), de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar acriminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos.

O que ensejou a propositura da ação foi a descabida interpretação do dispositivo em questão, que vinha gerando indevidas restrições aos direitos fundamentais à liberdade de imprensa (art. 5º, incisos IV e IX, e 220 CF) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF), já que diversas decisões judiciais, invocando tal preceito [o § 2º do art. 33], vinham proibindo atos públicos em favor da legalização das drogas (popularizados ultimamente como “marcha da maconha”), empregando o equivocado argumento de que a defesa dessa idéia induziria ou instigaria o uso de substância entorpecentes, o que atentaria contra o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão.

A Advocacia-Geral da União se manifestou, preliminarmente, pelo não-conhecimento da ação, de natureza abstrata, sob o fundamento de que não há o crime descrito no art. 33, § 2º, da Lei de Drogas quando o que se pretende é discutir uma política pública, razão pela qual a defesa pública da legalização das drogas, inclusive através de manifestações e eventos públicos, não pode ser tipificada neste dispositivo; e, no mérito, posicionou-se pela improcedência da ação. Ponto de vista perfilhado pelo Senado Federal. Em razão da complexidade do tema e de sua relevância, foi deferido o pedido de ingresso na causa feito pela Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP, para atuar no processo como *amicus curiae*.

Síntese jurídica - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente por unanimidade, nos termos do voto do relator. Foi afastado o pedido preliminar de não-conhecimento da ação por se reconhecer que, mesmo prevalecente a doutrina de que o tipo penal em causa exige, para sua caracterização, o direcionamento da conduta de “induzir, instigar ou auxiliar” para um sujeito determinado, ou para um determinado grupo de pessoas, o fato é que o dispositivo estava servindo de fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes. Assim, considerando que o preceito é portador de mais de um sentido, sendo ao menos um deles contrário à Constituição Federal, caberia a aplicação da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. A discussão então se deu em torno dessa técnica de fiscalização de constitucionalidade, caracterizada por um reduzido teor de interferência judicial no dispositivo-objeto, pois não se destina a suspendê-lo, nem a cassar a sua eficácia; ela serve tão somente para descartar a incidência de uma dada compreensão – ou mais de uma – colidente com a Constituição, que se possa extrair do dispositivo infraconstitucional questionado.

O STF enfrentou a questão relativa ao conteúdo do **direito de reunião**, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal, que se constituiria um direito-meio ou instrumental, **insusceptível de censura prévia**. Considerou-se que admitir tal censura prévia implicaria matar não só esse direito-meio (de reunião), mas todos os direitos-fim com ele relacionados, especialmente o **direito à informação e de manifestação de pensamento (inciso IV do art 5º da CF)**, e o **direito à liberdade de expressão e as diversas formas de seu exercício, inclusive a comunicacional (inciso IX do art. 5º da CF)**.

Em seu voto, o relator destacou que “a **coletivização do senso crítico ou do direito à crítica de instituições, pessoas e institutos é de ser estimulada como expressão de cidadania e forma de procura da essência ou da verdade das coisas**. Quero dizer: só o pensamento crítico é libertador ou emancipatório, por ser eminentemente analítico, e o certo é que, sem análise crítica da realidade, deixa-se de ter compromisso com a verdade objetiva de tudo que acontece dentro do indivíduo e ao seu redor”. Também asseverou que “nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode se blindar contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla e livre discussão dos seus defeitos e das suas virtudes”.

Por fim, asseverou-se que o direito de reunião constitui direito fundamental e cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso IV, CF), tendo em vista que “a **dignidade da pessoa humana alcança também a dimensão da conjunção humana de esforços**, de inteligências, de energias, de idéias e de ideais, exatamente porque tal interação é de molde a concretizar com mais eficácia ainda o princípio daquela inata dignidade”.

Parte(s)

REQTE.(S) : PROCURADORA GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(A/S)

Ementa

ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUTAS DE “INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA”. 1. Cabível o pedido de “interpretação conforme à Constituição” de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal. 2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente). 3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes. 4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV). 5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas.

Decisão: O Tribunal, **por unanimidade e nos termos do voto do Relator**, julgou procedente a ação direta para dar ao § 2º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psico-físicas. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falou, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Plenário, 23.11.2011

CHILE

Hechos: “El día 14 de abril del año en curso, dos sujetos presumiblemente pertenecientes a alguna de la secciones de inteligencia de las policías, interrogaron en tono burlesco y amedrentador a los dos niños señalados, quienes tienen diez años de edad, consultándole directamente por nombres y paraderos de ciertas personas.”

Corte de Apelaciones de Temuco, acoge recurso de protección, puesto que se denuncia Infracción al art. 19 n° 1 de la Carta Fundamental y Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño y la Niña.

El fallo señala que la policía, como órgano del Estado debe siempre respetar los derechos y garantías de las personas, tanto de imputados como de terceros ajenos a la investigación. Más aún cuando se trata de interrogar a menores de edad (en este caso de 10 años), quienes eran ajenos a los hechos y procedimiento. El interrogatorio de los niños infringe lo dispuesto en el art. 3 y 19 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Niña, ya que no se atiende al interés superior del mismo y no se le protege contra toda forma de perjuicio.

Temuco, trece de mayo de dos mil diez.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°.- Que a fojas 1 comparece doña Karina Riquelme Viveros, abogada, domiciliada en Las Quilas 1418, quien deduce recurso de protección en favor de los niños K. J. R. C. y V. M. C. Ñ. ambos domiciliados en la comunidad Indígena Muko Bajo y alumnos de la Escuela Blanco Lepín, en contra de la Prefectura de Carabineros de Cautín y de la Policía de Investigaciones de Chile.

El acto que motiva su acción constitucional, el cual califica de ilegal y arbitrario, consiste en que **el día 14 de abril del año en curso, dos sujetos presumiblemente pertenecientes a alguna de la secciones de inteligencia de las policías, interrogaron en tono burlesco y amedrentador a los dos niños señalados, quienes tienen diez años de edad, consultándole directamente por nombres y paraderos de ciertas personas.** Agrega que esta situación no constituye un hecho aislado en la comunidad de Muko Bajo.

En cuanto a los derechos conculcados, señala que los niños han sido afectados en su integridad psíquica y han sido discriminados en su protección, por pertenecer a la etnia Mapuche, con lo que se estaría vulnerando sus derechos consagrados como garantías constitucionales en los números 1 y 3 del artículo 19 de la Constitución.

Además de lo anterior manifiesta que las actuaciones descritas vulneran la Convención sobre los Derechos del Niño, así como otros instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales.

Finaliza solicitando que se de lugar al presente recurso de protección y se ordene a Carabineros de Chile y al personal de la Policía de Investigaciones a abstenerse de interrogar y amedrentar a los niños en las escuelas en que estudian dentro de la comunidad referida, adecuando la totalidad de sus procedimientos a los estándares de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como ordenar cualquier otra medida con la finalidad de restablecer el imperio del derecho, suspendiéndose en forma inmediata todo acto u omisión que perturbe o amenace las garantías señaladas;

2°.- Que a fojas 10, don Carlos Mol Vargas, subprefecto de la Policía de Investigaciones y jefe de la Prefectura Provincial Cautín de la P.D.I., informa el recurso de protección interpuesto, solicitando el rechazo del mismo, con costas, por no existir vulneración de garantía constitucional alguna en lo tocante a la actuación de la PDI, en base a los siguientes antecedentes que expone:

Señala que personal de la PDI se encuentra a cargo de la investigación por el delito de robo con violencia, amenazas e incendio, incoado en el RUC N° 0900033605, de la Fiscalía Local de Temuco, hecho ocurrido en el sector Muko Bajo de la comuna de Lautaro el 12 de enero de 2009. Continúa manifestando que en relación a la antedicha investigación es frecuente que personal de la PDI, en el ejercicio de sus funciones y en vehículos institucionales, efectúen consultas a sus residentes, tanto para ubicar a personas determinadas o establecer la posición exacta de ciertos lugares o sectores, y precisamente en razón de esto es que el día 13 de abril del año en curso hicieron este tipo de consultas a los niños señalados por la recurrente, lo cual fue llevado a cabo sin inconveniente ni vulneración de derecho de los menores ni dando un trato vejatorio o burlesco, de manera informal y acorde con su condición de menores.

Por último indica que el equipo a cargo de investigar los ilícitos descritos no cuenta con instrucciones emanadas de ninguna autoridad competente que contemple el interrogatorio de miembros de la comunidad indígena Muko Bajo.

3°.- Que a fojas 13, el Coronel de Carabineros, Prefecto Hernando Igor Hevia Hinojosa, a cargo de la 22° Prefectura de Carabineros de Cautín, informa el presente recurso de protección, manifestando que no existe documentación institucional relacionada con los hechos materia del mismo, puesto que analizada la acción de protección que corresponde en la especie, en la cual narra hechos que “presuntamente” involucrarían a personal de Carabineros, se efectuaron las indagaciones pertinentes, directamente con las unidades del sector, de lo que resultó que no se registran diligencias ni procedimientos policiales en el sector de Muko Bajo, como tampoco existen registros en los libros de guardia respectivos relacionados con procedimientos en los cuales se encuentren involucrados los menores recurrentes de protección;

4°.- Que es un hecho del recurso, por cuanto fue reconocido en su informe por la Policía de Investigaciones, Prefectura Provincial de Cautín, que el día 13 de abril último funcionarios de esa dependencia efectuaron consultas en la vía pública a los menores ya individualizados, ambos de 10 años de edad, en el marco de una investigación dispuesta por el Ministerio Público;

5°.- Que aún cuando la Policía recurrida expresa que tales consultas a los menores se llevaron a cabo sin vulneración de sus derechos ni dando un trato vejatorio, y que aquellas se realizan con frecuencia a los residentes del sector tanto para situar a personas como para establecer la posición exacta de lugares, no puede sino concluirse que dicha actuación careció de racionalidad y es, por tanto, arbitraria, como se dirá;

6°.- Que, en efecto, **en toda investigación las Policías deben actuar con estricta sujeción a los respetos y garantías de las persona; tanto de aquellos que son objeto de la misma en calidad de inculcados o imputados, cuanto –y con mayor razón– respecto de terceros ajenos a los hechos investigados; obligación que resulta tanto más perentoria si se trata de niños, como acontece en la especie**, toda vez que aún cuando se trate de preguntas o requerimientos de antecedentes sobre personas o lugares, las mismas son susceptibles de causar trastornos y afectar a la integridad psíquica de los niños interrogados, atendida la calidad de policías de los requirentes y al actuar en su condición de tales en el marco de una investigación penal;

7°.- Que las obligaciones anteriores de los funcionarios de la Policía de Investigaciones adquieren mayor fuerza por cuanto, tratándose de un órgano estatal, deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución Política de la República así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes (inc.2° del Art. 5° de la Carta Fundamental). Por consiguiente, deben brindar protección a todos los menores sin discriminación alguna (Art. 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 10 del Pacto de Derechos Civiles, Sociales y Culturales). Del mismo modo, **al proceder como lo hicieron, los recurridos no tuvieron presente lo dispuesto en el Artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño, que obliga a las instituciones públicas o privadas a tener como consideración primordial atender el interés superior del niño, asegurando la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar; y el Artículo 19° del mismo instrumento internacional, que impone el deber de proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente o malos tratos;**

8°.- Que por lo anteriormente expuesto, la actuación ya referida constituye una perturbación o amenaza a la integridad psíquica de los niños en cuyo favor se ha recurrido, garantizada en el numeral 1° del Art. 19 de la Carta Política, por lo que la acción constitucional deducida será estimada, como se dirá en lo resolutivo;

9°.- Que el recurso será desestimado, en cambio, en cuanto se deduce en contra de Carabineros de Chile, por no haberse establecido su intervención en los hechos que se denuncian como arbitrarios o ilegales, según se desprende del informe de fojas 13.

Y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, se declara que **HA LUGAR** al recurso interpuesto por doña Karina Riquelme Viveros, en favor de los niños ya individualizados en contra de la Policía de Investigaciones de Chile, sólo en cuanto ésta deberá abstenerse en lo sucesivo de efectuar requerimientos o interrogaciones a los niños en cuyo favor se recurre, bajo cualquier modalidad, sin respetar los preceptos que a favor de éstos garantiza la Convención de Derechos del Niño antes citada.-

Notifíquese, Comuníquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción del Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá.-

N° 545-2010-PR

SR. GRANDÓN

SR. LLANOS

SR. CARREÑO

Pronunciada por la Primera Sala

Presidente Ministro Sr. Julio César Grandón Castro, Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá y Ministro Sr. Fernando Carreño Ortega

En Temuco, trece de mayo de dos mil diez, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

Hechos: “Con fecha 08 de diciembre de 2011, en horas de la tarde, unos 300 efectivos de Carabineros ingresaron a la Comunidad Temucuicui, a bordo de dos buses, cinco vehículos, un helicóptero y carro lanza gases, efectuando disparos. En dicho operativo fue privado de libertad sin motivo aparente el menor F. M. M. quien se encontraba jugando fútbol con otros miembros de la comunidad. El menor fue conducido a la Comisaría de Collipulli, permaneciendo en calidad de detenido por varias horas, siendo dejado en libertad en horas de la madrugada del 09 de diciembre de 2011”.

Corte de Apelaciones de Temuco acoge acción constitucional de Amparo presentado por la Defensa Penal Pública.

Se denuncian actuaciones ilegales y arbitrarias de la Policía de Carabineros en Comunidad Mapuche. Las principales normas que se reclaman sean cumplidas están asociadas al Convenio 169 OIT, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Niña. En segunda instancia, la sala penal de la Corte Suprema confirma fallo que acoge acción constitucional de amparo.

Los fundamentos del fallo, dice relación con que la privación de libertad de un niño de 12 años en la Comunidad Mapuche de Temucuicui, afecta lo dispuesto en los arts. 6.2. y 16.1 de la CADH que impone a los Estados Partes la obligación de garantizar la “supervivencia y desarrollo de los niños” y evitar “injerencias arbitrarias o ilegales en su familia y domicilio.

Asimismo, las incursiones de Carabineros en forma reiterada y permanente constituyen actos públicos y notorios que tienden a amenazar la libertad personal y seguridad individual de personas que no tienen relación con los actos de violencia, y tratándose de pueblos indígenas, vulnera lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, particularmente su artículo 3.2, que dispone: “No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”. En definitiva, se instruye a Carabineros que al momento de actuar a futuro, lo hagan sin afectar los derechos fundamentales de las personas y específicamente, de los menores de edad.

Temuco, veintiuno de diciembre de dos mil once.

VISTOS:

Que a fojas 4 comparece Jaime López Allendes, abogado Defensor Penal Público, domiciliado en calle Prat 087 de Temuco, quien interpone acción constitucional de amparo a favor del menor de edad F. M. M. domiciliado en Comunidad Mapuche Temucuicui, comuna de Ercilla, así como de los restantes integrantes mapuches de dicha comunidad, y en contra de Carabineros de Chile, Prefectura de Malleco, por los hechos ocurridos en la Comunidad antes señalada y que constituyen amenaza a la libertad personal y seguridad individual de sus integrantes.

Expresa el recurrente que, con fecha 08 de diciembre de 2011, en horas de la tarde, unos 300 efectivos de Carabineros ingresaron a la Comunidad Temucuicui, a bordo de dos buses, cinco vehículos, un helicóptero y carro lanza gases, efectuando disparos. En dicho operativo fue privado de libertad sin motivo aparente el menor F. M. M. quien se encontraba jugando fútbol con otros miembros de la comunidad. El menor fue conducido a la Comisaría de Collipulli, permaneciendo en calidad de detenido por varias horas, siendo dejado en libertad en horas de la madrugada del 09 de diciembre de 2011.

Agrega el recurrente que estos hechos se enmarcan dentro de un estado de hostigamiento policial permanente en contra de los miembros de esta comunidad indígena, mediante el cual los efectivos de Carabineros ingresan a sus casas, utilizan disuasivos químicos y detienen personas. Manifiesta que, las facultades que la ley otorga a los organismos policiales no pueden confundirse con un estado de permanente hostigamiento, mediante la presencia de efectivos armados en la Comunidad, comportamiento que se aparta del utilizado por carabineros en el resto del país, tanto por los medios empleados, la frecuencia, como la detención indiscriminada de personas.

Por estas razones, el recurrente expresa que los miembros de esta Comunidad Indígena tiene el temor fundado que, en cualquier momento, Carabineros ingresará a su espacio geográfico y privará a sus miembros de la libertad de desplazamiento, vulnerando con ello la garantía constitucional del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, máxime cuando el artículo 18 del Convenio 169 de la OIT impone la

obligación de los Estados partes de aplicar sanciones legales en contra de toda intrusión no autorizada en tierra indígena.

Concluye solicitando que se acoja el recurso de amparo y se adopten las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho, a fin de garantizar la libertad personal y seguridad individual de los recurridos.

Que a fojas 23 emite informe la Prefectura de Carabineros Malleco, señalando que el 08 de diciembre de 2011 se informó a la Segunda Comisaría de Collipulli que unos 15 mapuches encapuchados ingresaron al Fundo Montenegro, premunidos de boleadoras, hondas y armas de fuego, lanzando pedradas y efectuando disparos en contra del personal policial que desarrolla servicios de protección permanente, según la medida dispuesta por la Fiscalía Local de Collipulli. Debido a lo anterior, los funcionarios policiales se desplegaron por distintos sectores del lugar a fin de repeler el ataque de los encapuchados, utilizando para ello escopetas antidisturbios, que lanzan balines de goma y carabinas lanza gases. Fue en esos instantes, que personal de Fuerzas Especiales detuvo al menor F. M. M. quien fue sorprendido tratando de cortar los cables de electricidad que alimentan el fundo Montenegro. El menor fue conducido a la Comisaría de Collipulli y entregado posteriormente a su hermana, alrededor de las 22:00 horas.

Agrega el informe que el número de efectivos que participó en este acto de defensa no superó los 11 carabineros. En cuanto a la afirmación de que habría sobrevolado el área un helicóptero y otros vehículos policiales, ello es efectivo, pero se encontraban investigando otro delito, que corresponde a una denuncia por robo de animales efectuada el mismo 08 de diciembre a nivel 133 y que afectó el Fundo María Ester, ubicado en la comuna e Victoria.

Concluye señalando que, de los dos procedimientos policiales anteriores, se dio cuenta a las Fiscalías Locales de Collipulli y Victoria, adjuntando la documentación respectiva.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1°.- Que la acción constitucional de amparo puede ser interpuesta por cualquier individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución y en las leyes, a fin de que la Corte de Apelaciones respectiva ordene que se guarden las formalidades legales y adopte las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho, asegurando la debida protección del afectado.

2°.- Que, de la sola lectura del recurso de amparo, del informe de Carabineros y de los antecedentes agregados a la causa, es posible concluir que efectivamente el día 08 de diciembre de 2011 funcionarios de carabineros ingresaron a la Comunidad Temucucui, ello con la finalidad de repeler un ataque efectuado por aproximadamente 15 encapuchados, en contra del personal policial que se encuentra de manera permanente en el Fundo Montenegro, en cumplimiento de una medida de protección decretada por la Fiscalía Local de Collipulli. Asimismo, resultó establecido que en dicho operativo fue detenido el menor F. M. M., de 12 años de edad.

3°.- Que, del mérito de los antecedentes, aparece que los funcionarios de Carabineros actuaron en aquella oportunidad –al menos formalmente y respecto de los adultos involucrados- con sujeción al procedimiento legal y reglamentario vigente, toda vez que el despliegue policial fue motivado por el ataque de un número no determinado de encapuchados, provistos de boleadoras y armas de fuego, quienes, al ser repelidos, huyeron hacia los fundos colindantes, lugar donde precisamente se ubica la Comunidad Indígena Temucucui. En tal escenario, no se advierte la existencia de ilegalidad en el actuar de la recurrida, máxime cuando se encontraban en situación de flagrancia y, en consecuencia, amparados por lo dispuesto en el artículo 134 del Código Procesal Penal.

4°.- Que, no obstante lo anterior, la detención del menor F. M. M. en el contexto antes señalado, vulnera las normas de la Convención Internacional de Derechos del Niños, especialmente lo dispuesto en sus artículos 6.2 y 16.1, disposiciones que imponen a los Estados partes la obligación de garantizar la “supervivencia y desarrollo de los niños” y evitar “injerencias arbitrarias o ilegales en su familia y domicilio”, situación que precisamente ha ocurrido en este caso, resultando evidente que ello vulnera la libertad personal y seguridad individual de este menor de edad y que motiva acoger el recurso de amparo, en la forma que se dirá.

5°.- Que, por último, aun cuando no se advierte otra arbitrariedad que la señalada en el motivo anterior, lo cierto es que **las incursiones y operativos policiales en el interior de la Comunidad Temucucui constituyen hechos públicos y notorios** que, si bien se encuentran legitimados formalmente, mediante el cumplimiento de los requisitos impuestos por el Código Procesal Penal, motivan el legítimo cuestionamiento de este Tribunal respecto de la necesidad de tales incursiones y de la racionalidad de los medios empleados para llevarlas a cabo, y sitúan a Carabineros frente al riesgo permanente de vulnerar no sólo lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 de nuestra Carta Fundamental, sino que también las disposiciones que sobre la materia contiene el Convenio 169 de la OIT, particularmente su artículo 3.2, que dispone: “ No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”.

Teniendo presente que esa acción constitucional ha sido interpuesta en carácter de preventiva y con la sola finalidad de cautelar la posibilidad real y cierta de que funcionarios de la recurrida lleguen a cometer excesos en los operativos desplegados al interior de esta Comunidad Indígena—o de cualquier otra—, también se acogerá el recurso de amparo, en la forma que se dirá.

Y visto lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se declara:

Que **SE HACE LUGAR** al recurso de amparo interpuesto a fojas 4 por Jaime López Allendes a favor de los miembros de la Comunidad Temucucui, sólo en cuanto se ordena a la Prefectura de Carabineros Malleco efectuar los procedimientos policiales en dicho sector con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, absteniéndose, en lo sucesivo, de afectar los derechos fundamentales de las personas amparadas, teniendo una especial consideración respecto de los menores de edad.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

N° 1136-2011(brz)

Pronunciada por la Primera Sala

Presidente Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá, Fiscal Judicial Sra. Tatiana Román Beltramin y Abogado Integrante Sr. Ricardo Fonseca Gottschalk.

Temuco, veintiuno de diciembre de dos mil once, notifiqué por el estado diario, la resolución precedente a las partes.

Certifico: Que se anunciaron, escucharon relación y alegaron los abogados Sr. Carlos Flores, contra el recurso ocho minutos y don Jaime López, por el recurso veinte minutos. Temuco, veintiuno de diciembre de 2011.

Reforma Procesal Penal 1136- 2011 (brz.)

Patricia Abollado Vivanco

Relatora

FALLO DE CORTE SUPREMA. CONFIRMA FALLO.

Santiago, a cinco de enero de dos mil doce.

Vistos:

Se **confirma** la sentencia apelada de veintiuno de diciembre del año dos mil once, escrita entre fojas 37 a 40, ambas inclusive.

Acordada con el **voto** en contra de los abogados integrantes **Srs. Bates y Hernández**, quienes fueron del parecer de revocar la decisión apelada, y en su lugar proceder a declarar el rechazo del recurso de amparo interpuesto a fojas 4 y siguientes, en atención a los siguientes fundamentos:

1°.- Que la acción constitucional de amparo o habeas corpus, en su faz preventiva, representa un remedio procesal de urgencia dirigido a resguardar a “toda” persona que ilegalmente sufra cualquiera privación, perturbación o amenaaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, como expresamente prescribe el inciso final del artículo 20 del la Carta Fundamental.

2°.- Que, en consecuencia, es legitimado activo para interponer tal acción, la víctima de un acto antijurídico que afecte directamente su derecho a la libertad personal y seguridad individual , lo que requiere la concurrencia de un interés personal y directo comprometido. En perspectiva constitucional, por tanto, la acción que interesa no está concebida para la defensa de intereses colectivos o difusos de un universo amplio e indeterminado, como grupos intermedios o aún la sociedad civil en su conjunto.

3°.- Que, el Derecho Internacional Convencional de los Derechos Humanos y, en particular, la Convención Americana de Derechos Humanos, garantizan a su vez el derecho de toda persona “detenida o retenida” o “privada de libertad”, para pronunciarse sobre “la legalidad de su arresto o detención “ (artículo 7° N°s. 5 y 6.). Algo similar consigna el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículo 9°.4. De lo anterior se infiere que el llamado en nuestro ordenamiento “recurso de amparo” tiene una clara fisonomía como derecho individual, diverso por estructura y régimen protectivo de los derechos sociales, regulados en otros instrumentos internacionales.

4°.- Que, por otro lado, del examen de la sentencia apelada que acoge el presente recurso de amparo, se aprecia que contiene un considerando a modo de marco, el que da cuenta de una actuación legítima de Carabineros de Chile, es decir, sujeta estrictamente al ordenamiento jurídico vigente en los hechos que registra.

5°.- Que, en el contexto del marco precitado, los hechos específicos que se atribuyen a la policía uniformada en relación con el menor F. M. M., carecen de la claridad suficiente en cuanto a su origen y desarrollo para dar

por establecida alguna infracción concreta a normas de derecho interno como internacional que se conformen con los requisitos exigibles y propios de un recurso de amparo.

6°.- Que, en efecto, de las reiteradas invocaciones a los derechos fundamentales de la persona humana, incluidos los derechos del niño, que formula el presente recurso de amparo, ponen en evidencia que otra es la acción constitucional destinada a ampararlos, sin que exista en el caso sublite perturbación, privación o amenaza a la libertad personal y seguridad individual del menor F.M.M..

7°.- Que, la decisión recurrida, en la medida que acoge el arbitrio interpuesto y se formula una declaración general sobre la necesidad de que la fuerza pública proceda, en ejercicio de sus funciones, con rigurosa sujeción a la legalidad vigente, implica una apreciación implícita de mérito sobre la forma en que la institución llamada constitucionalmente a cautelar el orden público debería enmarcar su acción en el futuro, lo que, a más de inocuo –porque no se explicita que el accionar policial haya sido ilegal o arbitrario– trasciende de los objetivos del recurso.

8°.- Sin perjuicio de lo anterior, fueron del parecer de remitir copia de los antecedentes al Ministerio Público, para investigar el origen de las lesiones que presentó el menor el día de los hechos, las que parecen constatadas en el registro de atención de urgencia que rola a fojas 34, emanado del Hospital de Collilpulli.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Dolmestch y del voto en contra, sus autores.

Rol N° 35-12

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y los abogados integrantes Sres. Luis Bates H., y Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a cinco de enero de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

P A R A G U A Y

Título:

Se hizo lugar al recurso extraordinario de casación planteado por el defensor público a favor de su representado condenado por el hecho punible de homicidio considerando principalmente que no se le dio la oportunidad suficiente para prestar declaración indagatoria en la forma establecida en el Código Procesal Penal.

Síntesis jurídica:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió hacer lugar al recurso extraordinario de casación que fuera planteado por el defensor público de una persona condenada por un hecho punible de homicidio doloso. Básicamente los ministros votantes refieren, en primer lugar, que nunca se ha justificado la razón por la cual no se ha llevado a cabo la audiencia indagatoria prevista en el Código Procesal Penal, considerando inclusive que el procesado se encontraba privado de su libertad y no se han realizado todas las diligencias necesarias para disponer su comparecencia a la sede fiscal. En segundo lugar, señalaron que la comprobación de que el imputado no prestó declaración indagatoria, ni se le dio la oportunidad mediante la fijación de audiencia notificada para el efecto, constituye violación a la garantía del debido proceso, por tratarse del medio que tiene el imputado para ejercer su protección material. En tercer lugar, se constata la violación de lo dispuesto en el Art. 350 del Código Procesal Penal por aplicación del Art. 165 del mismo cuerpo legal lo que trae aparejada irremediablemente la nulidad de la acusación con la consiguiente absolución del condenado. (Considerando 20, 21, 22, 24, 25)

Síntesis de los hechos:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia determinó que en los casos en que no se dio la oportunidad suficiente al procesado para prestar declaración indagatoria, la acusación no puede ser válida conforme lo dispone el Art. 350 del C.P.P. ya que el derecho a ejercer la defensa material no basta con que esté previsto en la legislación sino que es necesario que éste se concrete materialmente ya que la disposición constitucional prohíbe el juzgamiento de las personas en estado de indefensión. Se destaca que tanto para recibir la declaración del imputado como para que se abstenga de hacerlos válidamente debe estar presente un abogado defensor a los efectos de velar por el efectivo cumplimiento de todas las formalidades requeridas para dicho acto. En el presente caso al no existir acusación válida por falta de indagatoria previa, no cabe otra alternativa que la nulidad y la consecuente absolución de reproche y pena.

EXPEDIENTE: "RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PUBLICO DE SALTO DEL GUAIRÁ ABOG. RUBEN ANTONIO RODRIGUEZ, BAJO PATROCINIO DE LA DEFENSORA GENERAL NOYME YORE ISMAEL EN LA CAUSA: D. G. S/ HECHO PUNIBLE CONTRA LA VIDA -HOMICIDIO DOLOSO".-

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: Quinientos cinco

En la Ciudad de Asunción, capital de la República del Paraguay, a los once días, del mes de Julio del año dos mil once, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los Excelentísimos Señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Doctores **SINDULFO BLANCO, ALICIA PUCHETA DE CORREA y LUIS MARIA BENITEZ RIERA**, por ante mí la Secretaria autorizante, se trajo para acuerdo el expediente caratulado: "**RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PUBLICO DE SALTO DEL GUAIRÁ ABOG. RUBEN ANTONIO RODRIGUEZ, BAJO PATROCINIO DE LA DEFENSORA GENERAL NOYME YORE ISMAEL EN LA CAUSA: D. G. S/ HECHO PUNIBLE CONTRA LA VIDA -HOMICIDIO DOLOSO**", a fin de resolver el recurso de Casación interpuesto contra del Acuerdo y Sentencia N° 43 de fecha 10 de mayo de 2007, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú.-----

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es admisible el recurso de casación planteado?-----

En su caso ¿resulta procedente?-----

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: **Doctores BLANCO, PUCHETA DE CORREA y LUIS MARIA BENITEZ RIERA.**-----

A la primera cuestión planteada el Señor Ministro SINDULFO BLANCO, dijo: Nuestra legislación nacional en su artículo 480 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 468 del mismo cuerpo penal, dispone que el recurso extraordinario de casación debe interponerse "en el término de diez días de notificada" la resolución que se cuestiona y ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.-----

Por su parte, el artículo 477 del Código citado determina el "objeto" del recurso al señalar que: "*Solo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena*"; individualizando de esta manera, con absoluta claridad, las resoluciones o decisiones de los Tribunales de Apelaciones que pueden ser objetos de casación.-----

En consecuencia, los requisitos exigidos por ley para la admisibilidad de la casación son: a) que se interponga dentro de los diez días de la notificada la resolución impugnada; b) que se deduzca ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; c) que la resolución en recurso sea una sentencia definitiva de un Tribunal de Apelaciones o una decisión de este Tribunal que ponga fin al procedimiento, extinga la acción o la pena o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena, y lógicamente, que por lo menos se mencione, como sustento del recurso, uno o más de los tres motivos que, según el artículo 478 del Código Procesal Penal, que hacen a la procedencia de la casación.-----

Seguidamente, se estudiará si el planteo del recurrente cumple con los requisitos exigidos en forma obligatoria para el estudio del fondo de la cuestión.-----

Y así las cosas, lo primero que se desprende de la lectura de la presentación, es que el recurso extraordinario de casación fue interpuesto contra la decisión de segunda instancia, fue interpuesta dentro del término de ley, que fue presentada ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que la decisión cuestionada es una decisión de un Tribunal de Apelación y el recurso se apoya en lo que dispone el artículo 478 incisos 1, 2 y 3 del Código Procesal Penal, con lo que el recurrente dio cumplimiento a las exigencias previstas en la ley de admisibilidad del estudio del fondo de la casación planteada contra la sentencia del Tribunal de Apelación. Es mi **VOTO.**-

A su turno, los Ministros **PUCHETA DE CORREA y BENITEZ RIERA** manifestaron su conformidad respecto a la admisibilidad del recurso interpuesto.-

A la segunda cuestión planteada, el Ministro **SINDULFO BLANCO,** prosiguió diciendo: A los efectos de plasmar de manera ordenada el análisis acerca del objeto debatido, se exponen primeramente los antecedentes fácticos constatados y valorados por el Tribunal de Sentencia, con la correspondiente decisión emanada del Tribunal de Apelación. Posteriormente, se explican de manera concreta los argumentos y las pretensiones de las partes, con el fin de facilitar la comprensión de la materia recurrida. Luego, se realiza el análisis acerca de la procedencia de los recursos.-----

ANTECEDENTES:

Resumen de los hechos: El Ministerio Público Fiscal imputó al señor **D. G.**, por la comisión del hecho punible de homicidio doloso del cual resultara víctima la señora **E. T. F.** y solicitó que la conducta del mismo sea subsumida de conformidad a lo dispuesto en el artículo 105 inciso 2) numeral 1 del Código Penal, en carácter de supuesto autor del mismo.-----

El hecho de referencia ocurrió en fecha 02 de mayo de 2004, en horas de la mañana en el interior de la vivienda ubicada en el barrio Jamaica, propiedad del señor **B. Z. V.**, resultando víctima **E. T. F.**, y sindicándose como supuesto autor del hecho al señor **D. G.** El señor **Z.** manifestó que en el día mencionado siendo las nueve horas aproximadamente se apersonó en la vivienda para coordinar trabajos con su empleado y al ingresar en el lugar se percató que había rastros de sangre en el piso y en la pared, de inmediato personal policial se constituyó en el sitio a verificar la veracidad del hecho y se procedió a la verificación de la vivienda encontrando en la bañera el cuerpo sin vida de la víctima.-----

Razonamiento jurídico del Tribunal de Sentencia: El Tribunal A-quo tuvo por acreditada la comisión del hecho punible de homicidio doloso, tipificado y penado en el artículo 105 inciso 2º numeral 1 y 3 del Código Penal en concordancia con el artículo 29 del mismo cuerpo legal, tomando en consideración las diligencias practicadas durante el juicio oral y público, como los testimonios, las instrumentales y las documentales que fueron incorporados por su lectura en el juicio. Considero suficientemente probada la existencia del hecho punible acusado y condenado (en pleno) al mismo a cumplir la pena privativa de libertad de 20 años.-----

Razonamiento jurídico del Tribunal de Alzada: El Tribunal A-quem consideró que los cuestionamientos expuestos por la defensa estaban orientados a controversias ya oportunamente resueltas en primera instancia. Determinó que la sentencia recurrida cumplía con los recaudos dispuestos por el artículo 398 del Código Procesal Penal, por tal motivo confirmó la sentencia definitiva en todos sus puntos. Finalmente, en definitiva no asistimos a ningún error de procedimiento, ni se advierte ningún *vicio in iudicando* que pueda motivar la viabilidad del planteamiento recursivo, pues en absoluto se ha cercenado ni violentado el derecho a la defensa del justiciable **D. G.**, pues inequívocamente se ha constatado haberse dado observancia plena a los preceptos establecidos en los artículos 84, 85 y específicamente el artículo 350 del plexo normativo vigente, o resuelto en consecuencia por el Tribunal de Sentencia a nuestro juicio no se halla afectado de ningún error procedimental ni de juicio. Si en verdad hubiese existido una absoluta y manifiesta omisión en dar cumplimiento a las normas y de ese modo se haya ignorado darle la oportunidad al incoado para asistir a prestar declaración indagatoria, este Tribunal hubiere obrado en consecuencia.-----

ARGUMENTOS DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

Casacionista: El impugnante a través de su abogado defensor sostiene que el fallo atacado se halla incurso en la causal de casación prevista en el artículo 478 incisos 1, 2 y 3 del Código Procesal Penal, que estatuye: *“El recurso extraordinario de casación procederá, exclusivamente: 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor a diez años, y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional; 2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia; o, 3) cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados”*.-----

En tal sentido, señala que la sentencia recaída supera los diez años, se ha inobservado e incumplido lo dispuesto en el artículo 12 (numeral 1, 2, 4) y 17 numeral 5, 7 y 10 de la Constitución Nacional y errónea aplicación de los artículos 84 y 85 del Código Procesal Penal debido a la abstención -en sede fiscal- de la facultad de declarar, sin contar con abogado defensor. Al respecto, el recurrente señala: el hecho de declarar el imputado sin abogado defensor acarrea la configuración de un acto nulo, porque se viola el derecho a la defensa establecido en los artículos 17 numerales 1 y 5; y 18 de la Carta Magna sustento del artículo 84 del Código Procesal Penal (ver fs. 157/161 y vlto.), por lo que solicita el reconocimiento de la nulidad pretendida.-

Fiscalía General del Estado: Sostiene que al evaluar cada uno de los motivos consignados en el escrito presentado por el impugnante, surge que ninguno de ellos se ajusta a los requerimientos formales exigidos al interponerse al recurso extraordinario de casación. Prueba de lo mencionado es que luego del análisis de los argumentos utilizados para fundar los motivos, se desprende que la intención del casacionista es buscar una tercera instancia. El representante del Ministerio Público finaliza su exposición peticionando no se haga lugar al recurso extraordinario de casación, interpuesto por el Abogado representante de la defensa pública, por inadmisibile.-----

PROCEDENCIA DEL RECURSO:

Examinada la resolución recurrida, se advierte que el motivo de casación estudiado se basara en el contenido del artículo 478 numeral 1 que conduciría a una sentencia manifiestamente infundada conforme a la ley, y numeral 3 del mismo artículo. En cuanto a la contradicción (artículo 478 numeral 2) no está probado en autos con las copias autenticadas de los instrumentos mencionados, en consecuencia no corresponde el estudio de la casación por la causal alegada.-----

Por Acuerdo y Sentencia N° 43 de fecha 10 de mayo de 2007, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú obrante a fs. 126 de autos, **D. G.** fue condenado a 20 años de pena privativa de libertad por la comisión del hecho punible de homicidio doloso.--

Ahora bien, y luego de un minucioso análisis de las constancias de autos tenemos que: 1) a fojas 15 de la carpeta fiscal el procesado ha manifestado al Fiscal que no está en condiciones de declarar por no contar con un abogado defensor. Seguidamente a fojas 16 vlto. Así consta también en el acta de imputación. A fs. 26 de la misma carpeta fiscal mediante oficio N° 765/04 se solicitó al Jefe de la Comisaría de Salto del Guairá disponer la comparecencia del aprehendido a fin de prestar declaración indagatoria. A fs. 27 obra igualmente la notificación a un representante de la Defensoría Pública. A fs. 44 obra el A.I. N° 535/04 que concede la prórroga solicitada por el Fiscal, se aclara que aun falta la indagatoria al imputado. A fs. 47 la Fiscalía notificó al Director de la Penitenciaría Regional de Ciudad del Este que el imputado debe comparecer a prestar declaración indagatoria. Por fin, a fojas 48 y 49 vlto. obra el escrito de acusación y con relación al punto el Fiscal expresó: *“en ocasión de brindar el descargo correspondiente ante esta Representación Fiscal D. G. se abstuvo de hacerlo por no contar con un abogado defensor en el momento del acto”*. A fs. 20 del principal en el original del requerimiento fiscal (pedido de prórroga) dirigido al Juez de Garantías se reitera la necesidad de la indagatoria del imputado, a ser agregado a la carpeta fiscal para que la presente causa sea elevada a juicio oral

y público. Es decir, sin abogado no podía declarar. Para declarar con un abogado defensor de su preferencia no se le notificó en su lugar de reclusión ni se le facilitó el traslado. Primera irregularidad.-----

2) A fs. 26/7 del expediente principal tenemos que fue formulada la acusación donde referente a la indagatoria solamente se repite la primera versión *“en ocasión de brindar el descargo correspondiente ante esta representación fiscal D. G. se abstuvo de hacerlo por no contar con un abogado defensor en el momento del acto”*. A partir de la acusación desde las fs. 26 hasta la fs. 47 se lee las numerosas audiencias fijadas y posteriormente suspendidas, todas porque según la comunicación del Director Regional de la Penitenciaría de Ciudad del Este, *“para trasladar al recluso D. G. a Salto del Guairá existía la imposibilidad del traslado del interno ante dicho juzgado en razón de que no contamos con vehículo”*. Segunda irregularidad.-----

En apretada síntesis y a los efectos de una mejor ilustración se realizó el presente relatorio del trajinar procedimental de la causa.-----

En consecuencia, y en armonía con las documentales obrantes en autos, podemos afirmar que si con anterioridad para la realización de la declaración indagatoria tampoco pudo comparecer, no constituye culpa atribuible al recluso, sino a las instituciones obligadas a facilitar la administración de justicia. El itinerario seguido aclara el deseo de aplicación correcta de la ley y prueba por lo tanto que el Fiscal tenía conciencia de la omisión porque el artículo 350 del Código Procesal Penal dispone que en ningún caso el Ministerio Público podrá formular acusación, si antes no se dio oportunidad suficiente para la declaración indagatoria del imputado, en la forma prevista por este código.-----

La nulidad fue planteada en la audiencia preliminar realizada en la Penitenciaría de Ciudad del Este. Entonces fue dicho que **D. G.** tuvo reiteradas oportunidades de prestar declaración indagatoria y no lo hizo, pero no constan las notificaciones diligenciadas y mucho menos la incomparecencia sin causa. No se mencionaron nunca la causa o razón de la no realización de la indagatoria, ni se realizó en esa ocasión. A fs. 60 de autos se hizo la reserva de derecho. Se viola la defensa en juicio, así como las normas de la Constitución que fueron señaladas oportunamente. La presente causa contiene informaciones falsas, como que el imputado fue convocado en varias oportunidades para brindar su descargo, pero el mismo no ha comparecido para el efecto (estaba recluso). La calificada doctrina incorporada en fallos judiciales, sostiene que la comprobación de que el imputado no prestó declaración indagatoria, ni se le dio oportunidad mediante la fijación de audiencia notificada para ese efecto, constituye violación a la garantía del debido proceso, por tratarse del medio que tiene el imputado para ejercer su protección material. Así mismo se menciona que *“durante la declaración deberá ser asistido por un defensor técnico y ser tratado dignamente en todo momento (artículos 91 y 92 del Código de formas). De la declaración se labrará acta que contenga todas estas formalidades y la firma del imputado, el Fiscal, el Juez en su caso y de las partes intervinientes”* (Pág. 145. Lineamientos del Código Procesal Penal. María Carolina Llanes. 2ª Edición. INECIP).-----

Por todo lo dicho, concluimos que no se obró así en la presente causa. En consecuencia la nulidad pretendida tiene acogida favorable ya que la misma puede consistir en la omisión de un acto que la ley prevé (artículo 165 del Código ritual). Y además es absoluta porque se refiere a la asistencia o representación del imputado no precautelada. Como resultado corresponde hacer lugar a la casación impetrada y en consecuencia la sentencia con todos sus antecedentes será anulada debiendo procederse a la absolución de culpa y pena del señor **D. G.**, por no haberse respetado las mínimas garantías procesales debidas al mismo. Es mi **VOTO**.-----

A su turno, la Ministra PUCHETA DE CORREA manifestó: Me adhiero igualmente al voto que me antecede por ser ajustado y acorde a estricto derecho, pero expreso algunas consideraciones: -----

Para puntualizar y abonar lo ya expuesto y resaltado por el Ministro preopinante, es correcto que no se otorgue valor alguno a la audiencia indagatoria realizada por el encausado, que no contaba en el acto de un abogado defensor. Esta audiencia se ampara en la Constitución Nacional y por carecer de abogado en la oportunidad, la misma no produce efecto alguno, y esto ya se dijo en varios fallos anteriores. La misma no puede ser considerada como la oportunidad suficiente que requiere el artículo 350 del C.P.P.-----

Se observa luego que la Agente Fiscal de la causa era consciente del posible y eventual quebrantamiento formal del artículo 350 del C.P.P.; la misma obró acorde a dicho conocimiento y envió varias notificaciones al encausado a efectos de que preste su indagatoria, o se abstenga de hacerlo, en su caso; esta situación ya hubiera salvado el impasse procesal en el que se hallaba porque ya se expresó también en este alto tribunal que una sola notificación, bien realizada de acuerdo a la ley procesal, ya cumple la *“oportunidad suficiente”* requerida por la norma. Sin embargo, en esta ocasión, todas esas notificaciones no se saben con certeza si llegaron a manos del encausado, y si llegaron, las mismas no se pudieron cumplir por cuestiones administrativas de la penitenciaría donde el mismo se hallaba recluso.-----

Por esto, esas notificaciones no produjeron resultado alguno y así no tienen tampoco efecto sobre la norma procesal que nos ocupa; el encausado hasta ese momento no tuvo oportunidad suficiente de poder defenderse materialmente.-----

Por esta situación, al cabo concretada, con quebrantamiento formal y además con violación de principios elementales del condenado, se verifica que los actos son nulos y así todo el proceso lo es, debiéndose dar lugar a la casación y anular el juicio; etapa en la que solo cabe la absolución del condenado.---

Conviene igualmente realizar algunas precisiones sobre las actuaciones del personal penitenciario que llaman la atención en la presente causa. El personal penitenciario tenía órdenes fiscales y judiciales que cumplir, y el acato a las mismas es innegable e impostergable, cayendo en una gravísima falta del deber los responsables del local penitenciario al desconocer dichas órdenes; no se sabe con certeza el motivo por el cual no cumplieron con su obligación, aparentemente por no contar con móvil para hacerlo, pero esta situación, de ser cierta, no era óbice para que el personal cumpla de cualquier otro modo, debiendo vencer sin protesta toda dificultad que se les presente por el cometido de su deber. Corresponde enviar copias al Director de dicha penitenciaría para los efectos correspondientes.-----

Corresponde así hacer lugar a la casación, anular el proceso desde la fallida audiencia indagatoria y absolver al condenado en autos, enviando las copias pertinentes al Director de la Penitenciaría de Ciudad del Este. Es mi VOTO.-----

A su turno, el Ministro BENITEZ RIERA manifestó: Me adhiero al voto de la distinguida colega Dra. ALICIA PUCHETA DE CORREA en el sentido que corresponde hacer lugar a la casación planteada, anulando el proceso por haberse presentado acusación sin indagatoria previa y absolviendo al procesado D. G., agregando cuanto sigue:

Entre los derechos y garantías establecidos por la Constitución para amparar al individuo frente al poder punitivo del Estado, el principio de inviolabilidad de la defensa en juicio, constituye un derecho fundamental que tiene toda persona a defenderse contra una acusación formulada en su contra; y por otro lado, en palabras de Binder "*...es la garantía que torna operativa todas las demás...*", al permitir que éstas tengan una vigencia real y efectiva dentro del proceso penal.-----

Así, el Art. 16 de la Constitución Nacional declara: "*De la defensa en juicio: La defensa en juicio de las personas y sus derechos es inviolable*". En concordancia con el artículo 6 del Código Procesal Penal que dispone: "*Inviolabilidad de la defensa. Será inviolable la defensa del imputado y el ejercicio de sus derechos. A los efectos de sus derechos procesales, se entenderá por primer acto del procedimiento, toda actuación del fiscal, o cualquier actuación o diligencia realizada después del plazo establecido de seis horas. El imputado podrá defenderse por sí mismo o elegir un abogado de su confianza, a su costa, para que lo defienda. Si no designa defensor, el Juez Penal, independientemente de la voluntad del imputado, designará de oficio un defensor público. El derecho a la defensa es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de todas las actuaciones a partir del momento en que se realice. Los derechos y facultades del imputado podrán ser ejercidos directamente por el defensor, salvo aquellos de carácter personal o cuando exista una reserva expresa en la ley o en el mandato*".-----

En nuestro sistema judicial de tinte acusatorio, no basta con que tales derechos y garantías se encuentren previstos y otorgados como facultades del accionado, sino que necesariamente para la validez del procedimiento, éstos deben concretarse materialmente; y uno de los derechos erigidos como fundamentales dentro del proceso penal, lo constituye el derecho a declarar o ser oído por el órgano estatal competente, este derecho viene parejo con la prohibición constitucional de que alguien pueda ser juzgado en estado de indefensión, y resulta condición necesaria para que se produzca la tutela judicial efectiva.-----

Al respecto el Art. 84 del C.P.P. expresa: "*El imputado tendrá derecho a declarar y a abstenerse de declarar, como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio en el procedimiento. Durante la investigación, el imputado declarará ante el fiscal encargado de ella. Durante la etapa intermedia, el imputado declarará si lo solicita; en ese caso, la declaración será recibida en la audiencia preliminar por el juez penal. Durante el juicio, el imputado declarará, en la oportunidad y formas previstas por este código. En todos los casos, la declaración del imputado sólo tendrá validez si la hace en presencia de un abogado defensor, salvo en los casos en que el imputado sea abogado*".-----

De la atenta lectura del artículo transcrito se infiere claramente que la declaración o abstención del imputado frente al Juez de Garantías es facultativa, mientras que oportunidad de hacerlo frente al representante del Ministerio Público durante la etapa de investigación es un imperativo de ley; esto es así debido a que es el Fiscal quien lleva adelante la investigación y quien debe sopesar los elementos de cargo así como los de descargo al momento de presentar su requerimiento conclusivo; y en ese sentido la declaración del imputado es fundamental a los efectos del efectivo ejercicio de la defensa material.-----

Por otro lado cabe aclarar que tanto para recibir la declaración del imputado como para que éste se abstenga de hacerlos válidamente, nuestra legislación exige la presencia de un abogado defensor a los efectos de velar por el efectivo cumplimiento de todas las formalidades que requiere tan trascendental acto.-----

Resulta de tamaña magnitud el cumplimiento de este derecho fundamental de todo procesado, que el Código Procesal Penal en su artículo 350 prohíbe tajantemente que el Fiscal formule acusación sin haber dado oportunidad de declarar al imputado en los siguientes términos: *"En ningún caso el Ministerio Público podrá formular acusación, si antes no se dio oportunidad suficiente para la declaración indagatoria del imputado en la forma prevista por éste código"*.-----

De las constancias de autos surge que el acta obrante a fs. 15 de la carpeta fiscal, de ninguna manera puede ser tenida en cuenta como abstención válida del proceso, ya que éste no contaba con abogado defensor al momento de comparecer ante el Ministerio Público; además se debe señalar que las citaciones realizadas por la representante de la Fiscalía para el cumplimiento de lo previsto en el Art. 84 del C.P.P., no fueron efectuadas en debida y legal forma ya que en ningún momento se notificó de la audiencia al procesado, así como tampoco se libró correctamente el oficio para su comparecencia; de lo que se concluye que no se dio oportunidad suficiente al imputado para ser oído, motivo por el cual la acusación presentada sin las formalidades exigidas por la ley, no puede tener valor alguno y debe ser declarada su nulidad y la de todo el juicio, ya que no existe posibilidad alguna de juicio sin acusación y en ese sentido no se puede retrotraer el proceso para cumplir con la declaración indagatoria en perjuicio del imputado, tal cual lo dispone el artículo 12 del C.P.P. al señalar: *"La inobservancia de un principio o garantía no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara. Tampoco se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, sobre la base de la violación de un principio o garantía previsto a favor del imputado, salvo cuando él lo consienta expresamente"*.-----

Sobre esta base y ante la inexistencia de acusación fiscal válida, no cabe otra alternativa que la extinción de la acción penal por aplicación del Art. 139 del C.P.P. última parte (perentoriedad en la etapa preparatoria), en concordancia con el Art. 25 num. 4 del C.P.P., y como lógica consecuencia el sobreseimiento definitivo del procesado **D. G.** de conformidad a lo previsto en el Art. 359 num. 3 del C.P.P. Es mi **VOTO**.----

Con lo que se dio por terminado el acto firmado S.S.E.E., todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue: -----

Ante mí:

SENTENCIA NÚMERO: 505

Asunción, 11 de Julio de 2011.-

VISTOS: Los méritos del acuerdo que antecede, la -----

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA PENAL

RESUELVE:

DECLARAR ADMISIBLE el estudio el recurso extraordinario de casación planteado.-----

HACER LUGAR al recurso extraordinario de casación interpuesto en la presenta causa, y en consecuencia **ANULAR** el Acuerdo y Sentencia N° 43 de fecha 10 de mayo de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, por así corresponder en derecho.-----

ABSOLVER DE CULPA Y PENA al acusado **D. G.**, apodado **Nei**, de nacionalidad brasilera, nacido en **Cuñá Porá, Santa Catarina**, el **25 de julio de 1968**, de **43 años de edad**, de estado civil **soltero**, **jornalero**, domiciliado en el **Barrio Jamaica de La Paloma del Espíritu Santo**, hijo de **M. A. de L. (+)** y **M. A. G. (+)**, con **cédula de identidad brasilera N° 001300301**; en virtud a los fundamentos esgrimidos en el considerando de la presente resolución.-----

REMITIR estos autos al órgano jurisdiccional competente a sus efectos.-----

ANOTAR, notificar y registrar.-----

MINISTROS: SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y LUIS MARIA BENITEZ RIERA

Ante mí: Karina Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial

Título:

Se hizo lugar – por mayoría- al habeas corpus en su modalidad de reparador planteado por la defensa técnica de un procesado por el hecho punible de hurto agravado considerando el cumplimiento en prisión preventiva con exceso al plazo previsto para la pena mínima del referido hecho. El voto minoritario desestimó el habeas corpus por considerar que ha sido mal planteado.

Síntesis jurídica:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió acoger favorablemente la pretensión de la abogada de un procesado por un hecho punible de hurto agravado, de conceder la libertad mediante la modalidad del habeas corpus, considerando que el prevenido se encontraba privado de su libertad desde hace nueve meses siendo que la pena mínima prevista para el hecho punible por el cual se encuentra acusado es de seis meses de privación de libertad. Señaló el ministro preopinante que la institución del habeas corpus se encuentra prevista en el Art. 133 de la Constitución Nacional y 32 de la Ley No. 1500/00 que regula la garantía constitucional de Habeas Corpus. Asimismo que este mecanismo se prevé como correctivo de arbitrariedades que afectan directamente a la persona y que no admiten dilaciones y que a tal efecto el Art. 236 del Código Procesal Penal dispone que en ningún caso la privación de libertad podrá extenderse más allá de la pena mínima en concordancia con la disposición constitucional prevista en el Art. 19. El voto minoritario resuelve el rechazo de la garantía constitucional porque la misma fue planteada en su modalidad genérica siendo que no se dan los requisitos previstos para el habeas corpus genérico. (Considerando 8, 10, 12, 13, 15, 24, 25)

Síntesis de los hechos:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por voto en mayoría determinó que independientemente de los hechos en virtud de los cuales una persona se encuentre procesada, si la misma cumple en prisión preventiva la pena mínima prevista para el hecho punible atribuido corresponde de conformidad a lo dispuesto en el Art. 19 y 133 de la Constitución Nacional y 236 del Código Procesal Penal disponer la libertad de la misma por la modalidad de habeas corpus reparador. También determinó que independientemente de la forma en que se plantea el habeas corpus –preventivo, reparador o genérico- el Art. 5 de la Ley No. 1500/00 que regula la garantía constitucional de habeas corpus habilita a imprimir el trámite que corresponda. Minoritariamente se vota por el rechazo del habeas corpus por considerarse mal planteada la garantía constitucional, es decir, por no cumplir los presupuestos del habeas corpus genérico.

CAUSA: HÁBEAS CORPUS GENÉRICO INTERPUESTO POR LA ABOGADA CELIA S. MARTINEZ GIMENEZ A FAVOR DEL SR. L. L. D. S.

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: Seiscientos

En Asunción del Paraguay, a los Diez días del mes de agosto del año dos mil once, estando en la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, los Excmos. Señores Ministros, Doctores **SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y LUIS MARIA BENITEZ RIERA**, por ante mí, la Secretaria autorizante, se trajo al acuerdo el expediente caratulado: **HÁBEAS CORPUS GENÉRICO INTERPUESTO POR LA ABOGADA CELIA S. MARTINEZ GIMENEZ A FAVOR DEL SR. L. L. D. S.** en la causa: **“L. L. D. S. S/ HURTO AGRAVADO”**, a fin de resolver la Garantía Constitucional planteada, de conformidad al Art. 133 de la Constitución Nacional, y a las disposiciones de la Ley 1.500/99.-----

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, resolvió plantear la siguiente:

CUESTIÓN:

ES PROCEDENTE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL SOLICITADA?-----

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: **BLANCO, BENITEZ RIERA y PUCHETA DE CORREA.**-----

A la Cuestión planteada el Doctor BLANCO dijo: La Abogada Celia S. Martínez Giménez, en el ejercicio de la defensa técnica de L. L. D. S., solicita la garantía constitucional de Habeas Corpus Genérico a favor de su representado. En el contexto de los argumentos que lo motivan a implementar el Habeas Corpus

Genérico - luego de recapitular sobre los antecedentes del hecho en que se encuentra involucrado su defendido - explica, según síntesis, que su representado se encuentra privado de su libertad en un tiempo que ha sobrepasado con exceso el cumplimiento de la pena mínima que establece nuestro ordenamiento jurídico, solicitando que su representado sea beneficiado con la libertad por corresponder a derecho.-----

Dando inicio al procedimiento, por providencia de fecha 26 de julio de 2011 la Sala Penal ha ordenado la remisión de oficio al Tribunal de Sentencia de Ciudad del Este a fin de que informe las fechas de inicio del procedimiento, el tiempo de reclusión en concepto de medida privativa de libertad, las condiciones y lugar de reclusión, así como si se presentaron incidentes o recursos procesales contra los fallos de ese juzgado. Asimismo se ordenó elevar oficio al Director de la Penitenciaría Regional de Ciudad del Este a fin de que se sirva elevar un informe en relación al tiempo exacto de reclusión del Sr. L. L. D. S. y por orden de que órgano jurisdiccional, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el Artículo 21 de la Ley N° 1500/99.-----

En cumplimiento del Informe requerido por **Oficio Judicial S.J. III N° 112** de fecha 26 de julio del corriente año y recibido en fecha 27 de julio de 2011, el Juez Penal de Liquidación y Sentencia N° 6 de la VI Circunscripción Judicial de Alto Paraná, Abog. Neyder Alarcón de Duarte evacuó el correspondiente informe por **Oficio N° 847/11** en fecha **27 de julio de 2011**, lo que acredita la **temporaneidad** de la presentación del Informe correspondiente, conforme lo exige el Artículo 20 de la Ley N° 1500/99 .-

El Informe de referencia en relación a **L. L. D. S.** reporta que el procedimiento se inició en fecha 12 de setiembre de 2010, y que el tiempo de reclusión del mismo se inició en esa misma fecha resuelta por A.I. N° 446, de fecha 12 de setiembre de 2010, dictada por el Juzgado Penal de Garantías de la Ciudad de Salto del Guairá.-----

En cumplimiento del Informe requerido por **Oficio Judicial S.J. III N° 113** de fecha 26 de julio del corriente año y recibido en fecha 27 de julio de 2011, el Director Interino de la Penitenciaría Regional de Ciudad del Este, Isidoro Fernández evacuó el correspondiente informe por **P.R.C.D.E. N° 702** en fecha **27 de julio de 2011**, lo que acredita la **temporaneidad** de la presentación del Informe correspondiente, conforme lo exige el Artículo 20 de la Ley N° 1500/99 .-----

El Informe de referencia en relación a **L. L. D. S.** refiere que el mismo se encuentra recluso en la Penitenciaría Regional de Ciudad del Este desde el 06 de octubre de 2010, siendo remitido a dicha institución penal por disposición del Juzgado Penal de Garantías N° 2 de Salto del Guairá.-----

Por providencia de fecha 28 de julio de 2011, la Sala Penal ordenó la agregación de los informes remitidos.-----

Entrando en materia de análisis tenemos que la Constitución Nacional, en su artículo 133 establece la garantía del Habeas Corpus, disponiendo cuanto sigue: *"(...) El Habeas Corpus podrá ser: (...) 3) Genérico: en virtud del cual toda persona podrá demandar rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en los dos casos anteriores, restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal. Asimismo, esta garantía podrá interponerse en caso de violencia física, síquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad. La ley reglamentará las diversas modalidades del Habeas Corpus, las cuales procederán incluso durante el Estado de Excepción. El procedimiento será breve, sumario y gratuito, pudiendo ser iniciado de oficio..."*. En concordancia con el artículo 32 de la Ley 1500/99.-----

Los fundamentos de la recurrente puede resumirse en el siguiente punto: 1) El cumplimiento de la pena mínima por parte del Sr. L. L. D. S.-----

En primer término, y dada la especialidad de la acción presentada, puesto que refiere a la protección de un derecho fundamental como lo es la libertad de las personas, es que esta Sala Penal, en todos los casos de similares características imprime la celeridad que la propia Carta Magna y la Ley especial lo requieren. Por otro lado, conforme a las definiciones plasmadas por dicha norma fundamental, los presupuestos legales del Habeas Corpus Genérico requieren la existencia de circunstancias que restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal, que, en caso de verificarse fehacientemente, requiere inmediata corrección, dado que se afectan derechos como los de la libertad personal, la integridad física y la intimidad de la persona.-----

En otras palabras, se prevé el mecanismo del hábeas corpus, no como un medio impugnatorio de resoluciones judiciales, sino más bien como correctivo de arbitrariedades que afectan directamente a la persona y que no admiten dilaciones, requiriendo una especial atención del órgano jurisdiccional. Y es que, tanto la Constitución Política, como la ley especial determinan reglas especiales, a saber: **1) excepción a las reglas de la competencia** (puede plantearse ante cualquier Juez de primera instancia e incluso la propia Corte Suprema de Justicia); **2) legitimación procesal** (puede presentarse tanto por la persona afectada, como por interpósita persona sin necesidad de poder); **3) mínimas formalidades** (reducción de los plazos procesales, aplicación del iura novit curiae, gratuidad y amplitud de facultades ordenatorias para los órganos jurisdiccionales actuantes).-----

En el caso de autos, la discusión se centra en determinar si el tiempo de privación de libertad del Sr. L. L. D. S. ya ha excedido la pena mínima.-----

Observado el caso en estudio a la luz de las normas transcritas, se advierte que el prevenido L. L. D. S. se encuentra privado de su libertad desde el 12 de setiembre de 2010, según el informe remitido por la Juez Penal de Liquidación y Sentencia N° 6 de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná, Abog. Neyder Alarcón de Duarte, siendo subsumida la conducta del mismo en las disposiciones contenidas en el Art. 162 del Código Penal, **Hurto Agravado**, el cual tiene una **sanción que va de seis meses a diez años de pena privativa de libertad**, sin perjuicio de las modificaciones a la tipificación que puedan realizarse durante el transcurso de la investigación en la causa.-----

El Código Procesal Penal, en su *artículo 236*, estatuye en relación a la proporcionalidad de la privación de libertad cuanto sigue: *"La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcional a la pena que se espera. En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada hecho punible en la ley, ni exceder del plazo que fija este código para la terminación del procedimiento o durar más de dos años"*. En concordancia con la aludida norma el artículo 19 de la Constitución Nacional estatuye: *"La prisión preventiva solo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio. En ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho efectuada en el auto respectivo"*. Asimismo, el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 7, establece: *"(...) 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios. (...) 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales"*.-----

Observada la situación procesal del prevenido L. L. D. S., a la luz de las disposiciones legales precedentemente transcritas, se advierte que la garantía constitucional planteada deviene procedente, conforme a las razones y en la forma que se expone a continuación.-----

El marco penal del hecho punible contra la propiedad (Hurto Agravado) por el cual se encuentra imputado L. L. D. S. en la presente causa es de seis meses hasta diez años. Realizado el cómputo pertinente, a partir de la fecha de privación de libertad del aludido prevenido (12/09/10), se concluye claramente que a la fecha de la presentación de la presente garantía constitucional **ha cumplido con exceso el plazo de SEIS MESES de pena privativa de libertad que corresponde como pena mínima**, al hecho punible por el cual se encuentra enjuiciado.-----

En resumen: **L. L. D. S.** se encuentra recluso en la Penitenciaría Regional de Ciudad del Este más de nueve meses, en el contexto de una causa en la que se encuentra imputado por la comisión del hecho punible de Hurto Agravado, cuyo marco penal tiene una duración mínima de seis meses y máxima de diez años, por consiguiente, la privación de libertad que se halla cumpliendo el aludido prevenido, ha alcanzado el límite previsto para la pena mínima establecida al hecho punible por el cual se encuentra enjuiciado, por tal motivo, habiendo superado la duración de la prisión preventiva al mínimo de la pena prevista (seis meses), el hábeas corpus genérico debe ser admitido, y en consecuencia, debe ser dispuesta la inmediata libertad del prevenido - en esta causa - sin perjuicio que el mismo tenga otra orden restrictiva de libertad emanada de autoridad competente.-----

Sobre el tema en estudio, cabe traer a colación lo que señala la Dra. Cecilia Sánchez Romero, en la obra "Proceso Penal y Derechos Fundamentales" (Mario Houed Vega, Cecilia Sánchez Romero y David A. Fallas Redondo, página 134, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.), acerca de la prisión preventiva en un estado de derecho: *"Las necesidades estatales de aplicación del derecho penal jamás deben sacrificar las libertades y derechos fundamentales de las personas. Según el profesor Daniel Pastor, la manifestación más importante de esa tensión entre las necesidades del Estado y las libertades fundamentales "se refleja en los opuestos prisión o libertad durante el proceso penal: el encarcelamiento preventivo asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de la manera más cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado. Es entonces al derecho procesal penal al que le corresponde establecer el punto de equilibrio, pero para ello debe tener muy claros los lineamientos básicos que le establecen la Constitución y los pactos de Derechos Humanos, para saber hasta dónde, como señala Daniel Pastor: "el péndulo de los riesgos procesales se orientará hacia la vulneración de los derechos fundamentales del imputado y en qué casos será el Estado quien deberá soportar los riesgos de respetarlos a ultranza"*.-----

Bajo las consideraciones expuestas precedentemente, debe hacerse lugar al habeas corpus planteado, a favor de **L. L. D. S.**, por haber cumplido éste, en prisión preventiva, la pena mínima que corresponde al hecho punible por el que fuera imputado, con sustento en los Artículos 19 y 133 inc. 3) de la Constitución Nacional, en el Artículo 19 y concordantes de la Ley 1500/99, en el Artículo 7, numeral 3 del Pacto de San José

de Costa Rica, en el Artículo 236 del Código Procesal Penal y demás disposiciones concordantes. **ES MI VOTO.**-----

A su turno, el **DOCTOR BENITEZ RIERA** manifiesta que **vota enDisidencia** por las siguientes consideraciones:

Que, se presenta ante la Corte Suprema de Justicia la Abog. Celia S. Martinez Giménez, en representación del Sr. L. L. D. S., a plantear la Garantía Constitucional de Habeas Corpus Genérico, señalando entre otras cuestiones: "...El Sr. L. L. D. S. se encuentra procesado en la causa penal N° 1065/10, caratulada: "MINISTERIO PUBLICO C/ L. L. D. S. Y OTRO S/ SUPUESTO HECHO PUNIBLE CONTRA LOS BIENES DE LAS PERSONAS: HURTO AGRAVADO", que se tramita ante el Tribunal de Sentencia de Ciudad del Este. En dicha causa se ha dispuesto la prisión preventiva del procesado L. L. D. S. en fecha 12 de setiembre de 2010, habiendo transcurrido hasta la fecha más de Diez Meses. *El encarcelamiento preventivo cumplido por su defendido ha sobrepasado el plazo máximo de duración establecido por nuestro ordenamiento jurídico.* Habiendo planteado la revocatoria de la prisión preventiva o en su defecto la aplicación de medidas sustitutivas de la prisión preventiva, el cual ha sido rechazado por el Juzgado de Garantías N° 01 de la Ciudad de Santos del Guaira, conforme al A.I.N° 311 de fecha 24 de mayo de 2011, fallo que a su vez ha sido confirmada por el Tribunal de Apelación de la Circunscripción Judicial de Canendiyu, conforme al A.I.N° 46 de fecha 02 de junio de 2011".-----

La Constitución Nacional, en su artículo 133 establece la garantía del Habeas Corpus, disponiendo cuanto sigue: (...) *El Hábeas Corpus podrá ser: (...) c) Genérico: en virtud del cual se podrá demandar rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en los dos casos anteriores, restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal. Asimismo, esta garantía podrá interponerse en casos de violencia física, síquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad*". En igual sentido, el artículo 32 de la ley 1500/99, dispone cuanto sigue: "*Procederá el habeas corpus genérico para demandar: a) la rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en el habeas corpus reparador o en el preventivo. Restrinjan ilegalmente la libertad o amenacen la seguridad personal; b) el cese de la violencia física, psíquica o moral que agrave las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad*".-----

Los presupuestos legales del *Habeas corpus genérico* reconocen afectaciones a la libertad de las personas en un marco distinto a la libertad ambulatoria, para el cual se establecen las otras modalidades de la garantía (preventivo y reparador respectivamente). El instituto en estudio, protege otras formas de libertad y seguridad personal. Su naturaleza de garantía constitucional lo hace aplicable a casos excepcionales de afectación de derechos fundamentales y siempre que la norma que rige la cuestión de fondo (ley penal o procesal penal) no establezca otro remedio jurídico eficaz para restablecer la vigencia de los derechos conculcados. Consecuentemente, es ello lo que debe alegarse y comprobarse a los fines de dar respuesta positiva a la petición.-----

Analizando las constancias de autos, se advierte lo siguiente:

- 1.- El Agente Fiscal de Salto del Guaira, Abog. Ramón Trinidad Zelaya, *formulo imputación* en fecha 11 de setiembre de 2010, contra de L. D. S. por los hechos punibles contra los bienes de las personas y hechos punibles contra la seguridad de la convivencia de las personas (hurto agravado y asociación criminal). **fs. 1/**
- 2.- El Agente Fiscal de Salto del Guaira, Abog. Federico Torres Tavarelli *presento acusación* en fecha 10 de marzo del 2011, contra el imputado L. D. S. por el hecho punible contra los bienes de las personas (hurto agravado), solicitando la elevación de la presente causa a juicio oral y público. **(fs. 8/12)**.-----
- 3.- Por **A.I.N° 311, de fecha 24 de mayo de 2011**, el Juzgado Penal de Garantías N° 1 de Salto del Guaira, resolvió: **NO HACER LUGAR** a la revisión de la medida cautelar de prisión preventiva del acusado L. D. S. y consecuentemente a la revocatoria de la misma y a la petición subsidiaria de medidas sustitutivas a la prisión, planteados por su abogado defensor. **(fs. 13/16)**.-----
- 4.- Por **A.I.N° 312 de fecha 24 de mayo de 2011**, el Juzgado Penal de Garantías N° 1 de Salto del Guaira, resolvió: **ADMITIO** la acusación del Ministerio Público en contra de L. D. S. por el hecho punible contra los bienes de las personas (hurto agravado)..; **DECRETAR la apertura a Juicio Oral y Público** en la presente causa...; **(fs. 17/21)**.-----
- 5.- Por **A.I.N° 46 de fecha 2 de junio de 2011**, el Tribunal de Apelaciones de XV la Circunscripción Judicial de Canendiyú, resolvió: **DECLARAR admisible** el recurso de apelación general interpuesto contra el A.I.N° 311 de fecha 24 de mayo de 2011..; **CONFIRMAR** la resolución recurrida.. **(fs. 22/24)**.-----

La recurrente ha fundamentado su pedido de Habeas Corpus Generico alegando el cumplimiento de la pena mínima de su defendido L. L. D. S., acusado por el hecho punible contra los bienes de las personas (hurto agravado).-----

Resulta evidente que ninguno de los fundamentos expuestos y constatados en la presente petición a favor de L. D. S., reúnen los requisitos anteriormente reseñados. En efecto, no se encuentra con peligro para su integridad física, lo que habilitaría una de las fases del habeas corpus genérico. Por otro lado, tampoco se vislumbran afectaciones arbitrarias a otras formas de libertad protegidas constitucionalmente, sino más bien a la marcha de procesos penales que a la fecha, conforme al informe remitido por el Juez de Liquidación y Sentencia competente es en el entendimiento de una causa penal que lo involucran y a la fecha se encuentran a disposición del Tribunal Colegiado de Sentencia, para juicio oral y público.-----

Cabe señalar, que la defensora recurrió a una figura jurídica de carácter excepcional y con requisitos delimitados que determinan su procedencia. Aclarando que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no puede funcionar como un órgano supletorio ante quien recurrir en los casos desfavorables a los intereses de las partes, como una tercera instancia y provocar de esta manera pronunciamientos que puedan catalogarse intromisión a la labor de los órganos jurisdiccionales de instancia.-----

En definitiva, no procede la garantía constitucional de Habeas Corpus Genérico planteado a favor del ciudadano L. L. D. S., al no encontrarse reunidos los presupuestos del *art. 133 inc. 3 de la Constitución Nacional ni del art. 32 de la ley 1500/99*, sino más bien materia de estudio de otros institutos procesales, que no hacen a la esencia de la garantía constitucional intentada. **ES MI VOTO.**-----

A su turno, la **DOCTORA PUCHETA DE CORREA** manifiesta que se adhiere al voto del Ministro Preopinante Dr. Sindulfo Blanco, y agrega las siguientes consideraciones:

Me adhiero al voto del distinguido colega preopinante, Dr. Sindulfo Blanco, por compartir sus mismos fundamentos en cuanto a la conclusión arribada y agrego las siguientes consideraciones en lo que guarda relación a la calificación de la modalidad del Hábeas Corpus promovido: -----

Si bien se ha planteado el Hábeas Corpus en la modalidad de "genérico", la Sala Penal se encuentra autorizada a imprimir el trámite que corresponda, como ya lo hemos sostenido en distintos antecedentes jurisprudenciales, entre los cuales cito el Acuerdo y Sentencia N° 514 de fecha 4 de noviembre de 2010, de conformidad al art. 5° de la Ley N° 1500/99 que dispone en su última parte: "*...La errónea calificación del hábeas corpus no provocará su rechazo sino que el órgano jurisdiccional le imprima el trámite que corresponda...*".-----

De las constancias de autos se colige que las circunstancias fácticas encuadran el planteamiento de la garantía constitucional en su modalidad de "reparador", ya que conforme a las manifestaciones de la Abog. Celia S. Martínez Jiménez (fs. 37/44) y el informe del Director de la Penitenciaría Regional de Ciudad del Este (fs. 48) el Sr. L. L. D. S. ha sido privado de su libertad en fecha 12 de setiembre de 2010, siendo el fundamento central de la presentación del Hábeas Corpus que la privación de libertad del procesado ha excedido el plazo máximo de duración determinado por ley, subsumiéndose dicha circunstancia en lo dispuesto por el Artículo 133 inciso 2 de la Constitución Nacional que dispone que: "*toda persona que se halle ilegalmente privada de su libertad puede recabar la rectificación de las circunstancias del caso...*", así como lo establecido por el Art. 19 de la Ley N° 1500: "*Procederá el habeas corpus reparador en los casos en que se invoque la privación ilegal de la libertad física de una persona*". **ES MI VOTO.**-

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mi, que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:-

Ante mi:

ACUERDO Y SENTENCIA NUMERO: 600

Asunción, 10 de agosto de 2011.-

VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL
RESUELVE**

1) HACER LUGAR a la Garantía Constitucional de HABEAS CORPUS GENERICO planteado por la Abog. Celia S. Martínez Giménez a favor de L. L. D. S., y en consecuencia, disponer la libertad del aludido prevenido - en esta causa - (1065/10), sin perjuicio que el mismo tenga otra orden restrictiva de libertad emanada de autoridad competente.-----

2) COMUNICAR, con copia de lo resuelto, a la Jueza Penal de Liquidación y Sentencia N° 6 de la VI Circunscripción Judicial de Alto Paraná, Abog. Neyder Alarcón de Duarte y exhortar al órgano judicial a disponer las medidas que considere pertinentes a los efectos de precautelar la finalización del proceso abierto en contra del justiciable.-----

3) ANOTAR, registrar y notificar.-----

MINISTROS: SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y LUIS MARIA BENITEZ RIERA

ANTE MI: Karinna Penoni De Bellassai, Secretaria Judicial

URUGUAY

Síntesis de los hechos & Síntesis jurídica:

Se destaca el rol del Defensor Público en el caso.

AA entonces de 17 años de edad, cometió con otra persona homicidio especialmente agravado por precio o promesa remuneratoria. Como no lograron asfixiar a la víctima de 73 años como habían previsto, lo estrangularon. AA fue condenado a 5 años de reclusión en Hogar Ituzaingó de Colonia Berro, se le imponen medidas socioeducativas, las que cumplió, lo que le permitió cumplir 3 años de los 5 de reclusión. El Tribunal de Apelaciones falla confirmando la recurrida en el entendido de que AA cumplió con las mencionadas medidas y asumió su responsabilidad por la infracción cometida.

El Derecho Penal Adolescente, es la forma en que el Estado actúa cuando las personas comprendidas entre los 13 y 18 años cometen omisiones o hechos a la ley penal que significan infracciones.

En este ámbito penal los parámetros decisivos en la definición y ejecución de la sentencia que deben tenerse en cuenta no son los que en sí motivaron a la sanción, la finalidad retributiva es ajena en este instituto. Las penas deben privilegiar un fin educativo.

T.A.T.2ºT, MONTEVIDEO, URUGUAY 2009.02.18 ROL 30/2009

Dictado de Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia en autos caratulados "AA INFRACTOR" presentados en apelación. Donde se dispuso el cese de la internación en forma inmediata de AA.

El Sr. Fiscal de Adolescentes de 1er. Turno solicita se revoque la recurrida. (Rol 224-132/2006 - sentencia 684/2008)

Montevideo, febrero 18 de 2009.

Vistos:

Para el dictado de Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia estos autos caratulados "AA INFRACTOR" Ficha 224-132/2006 venidos en apelación de la Sentencia N° 684/2008 dictada por la Señora Jueza de Adolescentes de 3er. Turno Dra. María T. Larrosa.

Resultando y Considerando:

- 1) Por la impugnada (fs. 258) dictada en audiencia, se dispuso el cese de la internación en forma inmediata de AA.
- 2) El Sr. Fiscal de Adolescentes de 1er. Turno Dr. Leonel Franzoni Etcheverry deduce recurso de apelación a fs. 260/261, solicita se revoque la recurrida. AA entonces de 17 años de edad, cometió con otra persona homicidio especialmente agravado por precio o promesa remuneratoria. Como no lograron asfixiar a la víctima de 73 años como habían previsto, lo estrangularon. Destaca las características de ese medio, la gravedad de la motivación.
AA cumplió tres años de sentencia que lo condenó a cinco años, se pregunta si resulta satisfecha la causa pública con ese período de reclusión y responde que no y si el arrepentimiento cancela el saldo de la medida. Por último entiende que las condiciones de cumplimiento de la medida "no habilitan ni a ejecutar reclusos para resolver problemas locativos ni a condonar sus penas por ese motivo".
- 3) El Dr. Daniel Sayagués Laso Defensor de Oficio de AA evacua el traslado a fs. 263/264, solicita se confirme la recurrida. Invoca el artículo 94 C. N. A., de acuerdo al informe obrante de fs. 250 a 251 la medida ha cumplido su finalidad. Su defendido ha aprendido el oficio de panadero lo que le permitirá trabajar junto a su padre, tiene 20 años de edad, pareja, un hijo pequeño y otro por nacer. Ha hecho un uso gradual y progresivo de licencias para viajar a su localidad, Juan Lacaze que viene cumpliendo con responsabilidad desde hace más de un año. El Ministerio Público hace referencia exclusivamente a la gravedad del hecho y nada dice respecto a la efectividad de la medida socioeducativa. La referencia a la situación de pública notoriedad de Colonia Berro se invocó como razón para adelantar la solicitud y no para fundamentar su procedencia.
- 4) Franqueado el recurso de apelación (N° 746/2008, fs. 265), subsanados aspectos adjetivos, una vez recibidos nuevamente, se dispone el pasaje a estudio simultáneo de los Señores Ministros.
Culminado el estudio se acuerda la presente que se dicta en forma anticipada (arts. 200 y 344 del C. G. P).
- 5) AA fue declarado autor responsable de un delito de homicidio y se le impuso medida de privación de libertad por el término de cinco años con descuento de la preventiva cumplida (Sentencia de la Sala N° 120/2006, fs. 187/202).

Encontrándose privado de libertad en el Hogar Ituzaingó de Colonia Berro, en virtud de lo establecido en el artículo 95 del C.N.A. los autos son remitidos al Juzgado Letrado de Adolescentes de 3er. Turno (fs. 204).

A fs. 226 vta. luce liquidación de la que resulta que AA fue detenido el 23.X.2007 (fs. 27) y que la medida cesa el 22 de octubre de 2010.

Gozó de licencias progresivas, en audiencia de 29 de mayo de 2008, fs. 246/247 se fijó régimen quincenal por 48 horas, fijándose evaluatoria.

La evaluación fue positiva (fs. 248) y en audiencia de fs. 249 se fijó un régimen de licencias de 48 horas ahora semanales.

A fs. 250/251 luce informe técnico del que resulta que el joven de 20 años de edad, en sus licencias trabaja con su padre en panadería de Juan Lacaze, con la aparente conformidad de su empleador. Tiene pareja y un niño pequeño, encontrándose su pareja cursando nuevo embarazo. Se encuentra en tareas de finalización de vivienda, para la cual se busca apoyo económico. Se entiende que la medida ha cumplido su fin socioeducativo por lo que se solicita su cese.

Del informe de INTERJ recabado por Secretaría de la Sala resulta que AA se encuentra con licencias laborales desde la fecha de la audiencia a la espera de la decisión en alzada.

6) Se habrá de confirmar la recurrida.

El Derecho Penal de Adolescentes, inspirado en la Convención de los Derechos del Niño y que el Código de la Niñez y Adolescencia legisla en el Derecho Nacional, es la forma en que el Estado actúa cuando las personas entre los 13 y los 18 años incompletos de edad cometen hechos u omisiones que significan infracciones a la ley penal.

El mismo se funda en el supuesto de que las personas comprendidas en esa franja de edades, cometen infracciones a la ley penal y no delitos y que la respuesta a las mismas debe privilegiar lo educativo sobre lo puramente retributivo.

Tan es así que el artículo 94 del C. N. A. en su inciso primero determina de manera preceptiva que:

"Se deberá decretar, en cualquier momento, el cese de la medida cuando resulte acreditado en autos que la misma ha cumplido su finalidad socioeducativa".

Los objetivos del carácter educativo de las medidas están desarrollados en el artículo 79 del C. N. A.: asunción de responsabilidad; fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros; robustecimiento de los vínculos familiares y sociales.

De los informes glosados en autos y del interrogatorio de AA efectuado en audiencia resulta que en los más de tres años privado de libertad el joven ha adquirido un oficio, el de panadero, que tiene familia con un hijo en camino, que está construyendo su vivienda contigua a la de sus padres. En fin, asumió su responsabilidad. En múltiples ocasiones ha gozado de licencias de orden laboral o recreativo, sin haberse suscitado ningún inconveniente en su cumplimiento.

En el Derecho Penal de Adolescentes, los parámetros decisivos en etapa de ejecución de sentencia y que deben tenerse en cuenta no hacen a los hechos en sí que motivaron la sanción. Lo que debe considerarse de manera primordial es de qué manera la medida ha satisfecho o no respecto del adolescente los objetivos que la ley determina.

Cumplidos los objetivos -como racionalmente puede deducirse de los informes de autos- la medida debe cesar, pues su mantenimiento en esas condiciones respondería exclusivamente a una finalidad retributiva, ajena a este sistema de Derecho Penal Mínimo.

Es más en el caso de los adultos, la libertad anticipada con informes de rehabilitación favorables, solamente en forma excepcional se deniega por la Suprema Corte de Justicia.

En cuanto a las preguntas del recurrente, la causa pública en Derecho Penal de Adolescentes justamente resulta satisfecha cuando se cumplen las finalidades que la ley impone a las medidas. Eso demuestra que el esfuerzo de la sociedad no ha sido en vano, que se ha asumido la responsabilidad del infractor por las consecuencias de sus actos y el respeto a las libertades de terceros. Que razonablemente no volverá a incurrir en conductas infraccionales.

Por lo expuesto, atento a lo establecido en el artículo 197 del Código General del Proceso, el Tribunal Falla:

Se confirma la recurrida, declarándose definitiva en la causa la libertad de AA comunicándose oportunamente a la Sede de origen de las actuaciones (Juzgado Letrado de Rosario de 1er. Turno) por la Sede aquo. Devuélvase cometiéndose las notificaciones. — María Cristina Cantero de Castellano. — Jonny B. Silvermann. — Ricardo C. Pérez Manrique.

Síntesis de los hechos & síntesis jurídica:

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno procede a confirmar el fallo que autorizó la radicación del menor junto a su madre legítima en Suiza, fijando un régimen de visitas a favor del padre, en tanto fue ella quien detentó su tenencia desde que nació, no habiendo nunca obstaculizado el relacionamiento con su padre pues, habiendo los padres decidido separarse y la madre optado por residir en un país extranjero, se deben dar los mecanismos más favorables al niño y a las partes para mantener el vínculo que los une pues, por mejor solución que se busque nunca se logrará una que contemple a los dos padres y siendo la madre nacida en Suiza y tener a toda su familia y lugar de trabajo estable en dicho país, se entiende que el mismo ofrece mejores oportunidades para el desarrollo integral del menor.

Cita la Convención de los Derechos del Niño, los artículos 8 y el 35 del Código de la Niñez y de la Adolescencia. Surge del expediente que el Juez tomó todas las medidas necesarias para que el niño expresara su voluntad libremente en cuanto a si quería vivir con su padre o con su madre.

TAF1ºT- ROU, MONTEVIDEO, 2012.04.11 -ROL 120/2012

Autorización judicial de viaje al exterior de menor de edad, con radicación en el extranjero, con previa caución y estableciendo régimen de visitas - ROL ROU 120/2012

Sentencia Nº 120/2012 Tribunal Apelaciones Familia 1ºT

Montevideo, 11 de abril de 2012

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: "AA C/ BB - AUTORIZACION PARA RADICACION"-Nº de Expediente 55-56/2008, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia definitiva Nº 106 de fs. 487/496 dictada el día 22 de agosto de 2011 por el Sr. Juez Letrado de Familia de 14º Turno, Dr. Alvaro J. Beyhaut Bonilla.

RESULTANDO:

1) Que por pronunciamiento judicial se resolvió autorizar la radicación del menor Theo junto a su madre legítima AA en Suiza, correspondiendo denunciar domicilio de inmediato. Se fija un régimen de visitas a favor del padre, en nuestro país y en Suiza en los términos establecidos en el Considerando III, debiendo la actora depositar como garantía la suma de U\$S 40.000.

Por decreto Nro. 4252/2011 de fs. 517 no se hace lugar al recurso de aclaración interpuesto por la parte actora.

2) Que la parte demandada a fs. 506/516 interpone recurso de apelación y en síntesis manifiesta: que le agravia la referida providencia, en cuanto, considera que, no se ha realizado una correcta valoración de la prueba, tomado en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, no aplicándose un criterio de razonabilidad de acuerdo a las reglas de la sana crítica y de la experiencia. El fallo impone se denuncie de inmediato el domicilio de Theo en Suiza y el depósito de una suma de dinero como cautela, totalmente insuficiente, como que la madre debe hacerse cargo de los pasajes de Theo, debiendo asumir el padre sus propios pasajes, cual él no fue quien decidió trasladarse a otro país. Agrega que, se falla sobre las visitas sin escuchar al compareciente, por lo que le niega el derecho de defensa y establece a su vez la restricción de las visitas, por cuanto no las amplía a todo el receso escolar del niño en Suiza. Además, le restringió el derecho al ejercicio íntegro de la patria potestad del padre, limitándola y no atendiendo además a la residencia habitual del niño. A la fecha el compareciente ejerce la tenencia del niño, ya que su madre decidió abandonar Uruguay y volver a su país sin esperar las resultancias del juicio.

Señala que, la sentencia da por ciertas afirmaciones de la actora que no fueron probadas, buenos contratos, traspaso del negocio de su padre, etc.

No se tomó en cuenta la declaración de la terapeuta de Theo. Por lo que se pregunta si un breve contacto con el niño, puede más que la terapia de meses.

Analiza las citas doctrinarias que realiza el sentenciante y cuestiona los fundamentos del fallo.

En cuanto a la opinión de Theo, surge claramente de autos que el mismo no quería elegir con quien vivir y que según sus médicos tratantes su posición sufrió variantes en el tiempo. Si hoy se le pregunta, manifiesta que quiere terminar el ciclo primario en Uruguay y luego quiere ir a Suiza un año y volver a Uruguay (fs.451). La opinión del niño no es lo único que hay que tener en cuenta, debe considerarse la separación del padre y la pérdida de su lugar donde creció y tiene sus amigos. Aclara, que surge de autos que el padre no le hablaba del

juicio y la madre si, y que la misma decidió unilateralmente una terapia, en la cual el niño expresó que le hablaba todo el día de la radicación en Suiza y en años de tratamiento nunca citó al padre para conversar con él. Cita Jurisprudencia y Doctrina.

En cuanto a las visitas dispuestas por la Sede, no escucha al padre y fija las que propone la madre y lo priva de pasar las fiestas tradicionales y vacaciones del padre con el niño. Afirma que, nadie pensó en los derechos del padre y que su hijo no sabe lo que es extrañarlo, por lo que no tiene parámetros para decidir. Todos los años, la Sra. AA por un período de 30 días o más, viajaba a Suiza a reencontrarse con su familia dejando todo ese tiempo a Theo con el padre. Jamás se separó largos períodos de tiempo de su padre y sí sabe, lo que es estar alejado de su madre. Esto no fue valorado ni por el Juez, la Fiscal, ni la curadora. Presentó durante el proceso un hecho nuevo que probaba que la madre no le brindaba el cuidado médico necesario a su hijo, y fue borrado de la mutualista sin que ella lo percibiera (fs. 238) y el niño tenía vencido el carne de salud que necesitaba para sus actividades física en el Colegio. Surge de la documentación que se adjunta que el padre se lo obtuvo, lo que le permitió regularizar la documentación para poder realizar sus actividades físicas.

Realiza precisiones en cuanto a la ratificación por Uruguay de las Convenciones que hace referencia la sentencia. Solicita se agregue prueba documental, que se señale audiencia a los efectos de que se escuche a Theo en el ámbito de la alzada y que se revoque la sentencia impugnada, no haciéndose lugar a la radicación de Theo en Suiza.

3) Que la Dra. M. F., a fs. 527/534 vto, en representación de la parte actora evacua al traslado del recurso de apelación interpuesto por la contraria, expresando en resumen que: la sentencia recogió la voluntad de Theo expresada a fs. 453. Afirma que, el centro de vida del mismo es junto a su madre, con quien ha vivido desde que nació y que la opinión del niño debe ser uno de los pilares fundamentales de decisión. Además, Theo ha manifestado su voluntad, a la curadora a fs. 434, a sus terapeutas a fs. 443 y finalmente al Juez a fs 453. Surge del informe de la curadora que Theo le manifestó claramente que quería vivir con su mamá que no le importaba en qué país.

La compareciente ha acreditado sus magros ingresos y la imposibilidad de mantener al niño en Uruguay. Señala que, la actitud del padre durante más de 7 años desde la separación fue la completa y total desidia. Jamás propuso a su madre una solución alternativa ni permitió que el niño viajara ni siquiera una semana, ni ofreció aumento de pensión alimenticia. Es más, no cumplió con la pensión sobre todos sus ingresos, ya que tiene conocimiento a raíz del presente juicio de que percibe rentas por inmuebles.

Entiende que, varias de las alegaciones de la contraria, no constituyen verdaderos agravios. La sentencia valoró correctamente la prueba diligenciada, habiéndose dado supremacía a la voluntad de Theo y a su interés superior y no al de sus progenitores. Es un niño binacional, que tiene en Suiza todas sus raíces maternas, el depósito solicitado es garantía suficiente del cumplimiento del régimen de visitas, y es una cifra que supera los montos habituales fijados por la Jurisprudencia. Agrega que, de la declaración de la psicóloga no surge que Theo no deba radicarse en Suiza con su madre y la misma no tuvo más alternativa que viajar a Suiza, porque su sustento en Uruguay no era sostenible y la prueba que pretende diligenciar es totalmente improcedente. Sostiene que, se discrimina Suiza sin fundamento alguno, desconociendo la binacionalidad de Theo y afirma que, sin perjuicio de las bondades del referido país, no se puede olvidar que Theo es suizo. Además, la madre siempre ha respetado el régimen de visitas con su padre y ha fomentado su vínculo. Que el marco jurídico internacional garantiza el respeto de los derechos del Sr. BB y que entre Uruguay y Suiza existen convenios. En el caso de que el padre tuviera que acceder a los Tribunales Suizos, el mismo podrá acceder en forma gratuita, informe de fs. 112 y siguientes. Ha quedado claro que tanto la Dra. E.M. -perito designada por la Sede, como la Licenciada VV han coincidido que, Theo tiene resorte de adaptación para irse a vivir a otro país. La actora, neuróloga y cantante lírica de profesión, carece en Uruguay de posibilidades laborales y la pensión que sirve el Sr. BB, asciende a \$ 6.000, cifra absolutamente exigua, para mantener y solventar las necesidades de un niño de 9 años. Recibía ayuda de sus padres para poder hacer frente a los gastos, pero dicha ayuda se tornó imposible a partir de que el padre de la actora se jubiló. Se vio obligada a viajar a Suiza en agosto de 2011 a fin de continuar con la clínica de naturopatía de su padre, para no perder los clientes que durante años le reportaron a su padre ingresos con los que ayudaba a su hija y a su nieto. La prueba que pretende introducir la contraria es absolutamente improcedente, la documentación que agrega en relación a la consulta médica y carne de salud, en nada se vinculan con el objeto del proceso. En cuanto a la solicitud de someter a Theo nuevamente a un interrogatorio por parte del Tribunal carece de total cabida, y habló varias veces y constantemente dijo que quería vivir con su mamá. Solicita se confirme la sentencia recurrida en todos sus términos.

4) La Dra. LL, en calidad de curadora a fs. 548/549 vto., evacua el traslado conferido, arguyendo que: la Fiscalía aconsejó conceder la autorización de radicación de Theo en Suiza con su madre y según la psicóloga HH, el niño está preparado para afrontar esta nueva situación. Cita la Convención de los Derechos del Niño,

los artículos 8 y el 35 del Código de la Niñez y de la Adolescencia. Surge del expediente que el Juez tomó todas las medidas necesarias para que el niño expresara su voluntad libremente. También es claro, que el niño

desde su nacimiento hasta agosto de 2011, siempre convivió con su madre, a excepción de algunos viajes. Solicita se sirva fallar a favor de las necesidades y garantías afectivas de Theo como titular de deberes, derechos y garantías en su calidad de persona humana, haciendo lugar al fallo de Primera Instancia.

Por resolución N° 5181/2011 de la Sede actuante en primer grado se concedió la alzada con efecto suspensivo. Recibidas las actuaciones en esta Sede, por decreto N° 942/2011 de fecha 8 de diciembre de 2011, se dispuso el pase en vista al Ministerio Público y posterior estudio sucesivo de los Sres. Ministros. Finalizado el mismo el Tribunal acordó dictar decisión anticipada (art. 200.1 CGP).

CONSIDERANDO:

I) La Sentencia apelada, habrá de ser confirmada al no estimarse de recibo los agravios contra ella articulados por el recurrente.

II) En la especie, se presenta la Sra. AA, madre del niño Theo, nacido el 7/12/2000, solicitando autorización para radicarse en forma permanente en la Confederación Helvética. Agrega que, Theo, tendría mejores oportunidades de desarrollo y un mejor nivel de vida en Suiza, siendo que ese país no es sólo el suyo sino también el de Theo. Si bien Uruguay es su país de nacimiento, Theo también tiene raíces suizas. Que ambos padres quieren a Theo, de ahí que sería mejor obtener una solución consensuada, pero como ésta no ha sido posible, debieron recurrir a la Justicia.

Que lo que interesa en obrados es el futuro de Theo. Practicado un análisis de la prueba producida en autos se concluye sin lugar a dudas que, ésta ha sido valorada correctamente, es decir que el Sr. Juez “a quo”, ha realizado una correcta valoración de la misma tomada en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, aplicando un criterio de racionalidad y de acuerdo con las reglas de la sana crítica y de la experiencia. La Sala aprecia que, no corresponde hacer lugar a la prueba solicitada en la apelación, porque existen en autos elementos suficientes para poder juzgar la situación planteada y además, asiste razón a la actora en relación al tema salud y a la consulta pediátrica invocadas, que no tienen nada que ver con el objeto de este proceso, fijado en la audiencia preliminar a fs. 242. Véase que nunca se cuestionó la calidad con que ejercen ninguno de los dos, el rol de padre o madre. La Sra. AA, es quien ha detentado la tenencia del niño desde que nació, no habiendo nunca obstaculizado el relacionamiento con el padre ni las visitas. Ella es nacida en Suiza y tiene en ese país a toda su familia y su lugar de trabajo estable (se desempeña como cantante lírica y trabaja en la clínica de su padre como naturópata). Por otra parte, el padre de Theo, quien también está preocupado por su hijo, y con quien éste comparte diversas actividades, debe reconocer que aquél país de Primer Mundo, ofrece al niño mejores oportunidades para su desarrollo integral. Por mejor solución que se busque nunca se logrará una que contemple a los dos padres en dar una satisfacción que les sirva. Está claro que habiendo los padres decidido separarse y la madre optado por residir en un país extranjero al nuestro, se deberán dar los mecanismos más favorables al niño y a las partes para mantener el vínculo que une a Theo con sus padres, más allá de lo doloroso que pueda resultar la separación a raíz de la radicación en Suiza como es del caso.

III) No olvidemos que, Theo y su padre deberán mantener un contacto constante y perdurable. Por suerte hoy los medios electrónicos (internet) permiten esa fluidez, y es imperioso que la actora promueva ese contacto. Por más ciudadano suizo que Theo es, también es uruguayo al igual que su padre. Véase que Theo cuenta con esa ventaja de la doble ciudadanía lo que más adelante le permitirá elegir en cuál de los dos países fijar su residencia habitual.

El Estado que sea, tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior. Theo, ha expresado ante el Sr. Juez en audiencia de fs. 453 que: “...el año que viene yo quiero quedar en Suiza con mi mamá, voy a ir a una escuela allá en Suiza”. Va de suyo que él expresó libremente su voluntad. De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate; de este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos. Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o resolución de conflictos

jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos contribuyendo sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática (Cillero, Miguel, Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 1996).

Por último, no se hará lugar a ninguna de las pruebas ofrecidas en Segunda Instancia por considerarse innecesario su diligenciamiento.

IV) No existe mérito para formular especiales sanciones procesales en el grado (art. 261 del C.G.P.)

Por los fundamentos expuestos y arts. 248 a 261, 346, 350 del C.G.P., arts. 8, 117 del CNA, arts. 7, 40, 72 de la Constitución de la República, Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 16.137, el Tribunal,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA, SIN ESPECIAL SANCIÓN PROCESAL EN LA INSTANCIA, Y OPORTUNAMENTE, DEVUELVASE LA SEDE PROCEDENCIA.

DR. CARLOS BACCELLI. MINISTRO.

DRA. MARIA LILIAN BENDAHAN. MINISTRA.

DRA. MARIA DEL CARMEN DIAZ SIERRA. MINISTRA.

DRA. SUSANA KADAHDJIAN. SECRETARIA.

VENEZUELA

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrada Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Expediente N° 10-0992

El 10 de septiembre de 2010, los ciudadanos **OTONIEL GONCALVES PORTILLO, CAROLINA ANDREA NORAMBUENA PRADENAS, MARÍA DEL ROSARIO ARAUJO BARRIOS, AWILDA JOSEFINA OLMOS LINARES, MANUEL ANTONIO HERNÁNDEZ BORGIO, LUIS ALBERTO ÁLVAREZ, MIRYAM GERTRUDIS DÍAZ APONTE, EDINSON JOEL SOLÓRZANO CARMONA, CARMEN ZULAY LÓPEZ BLASCO, DEANAH DEL CARMEN ESQUERRE MELGAREJO, OSCAR DAVID GARCÍA ROJAS, ROSA MILAGROS MÉNDEZ DE SOLÓRZANO, LUCY MAGALY QUINTERO CHACÓN, JOSÉ WILMER FRANCO MARÍN, JONNY JARYONSON ANGULO ROJAS, AGUSTÍN AZUAJE, ELIZABETH BELISARIO GONZÁLEZ, GERTRUDIS DEL CARMEN CARACHE, LUIS EMILIO ASCANIO PÉREZ, JULIO CÉSAR VALERA BETANCOURT, NÉLIDA OMAIRA OLAVARRIETA HERNÁNDEZ, JUAN GABRIEL CENTENO, MIGUELÁNGEL RIVERO SANTELIZ, ELBA ROSA FERMÍN MATA**, titulares de las cédulas de identidades Nros. 13.727.998, 12.388.557, 10.348.844, 10.037.587, 9.694.354, 4.437.970, 3.977.490, 13.894.877, 5.600.177, 11.405.781, 6.192.340, 5.134.039, 6.049.166, 6.801.652, 12.398.508, 3.886.980, 8.675.507, 2.144.141, 8.575.553, 6.899.452, 5.099.981, 6.645.462, 11.785.932 y 17.731.702 en su condición de estudiantes "*profesionales*" y los ciudadanos **ROBERTO ARMANDO RAMÍREZ MORÁN, CÉSAR ANDRÉS VILLA CRESPO, JOSÉ ANTONIO CASANOVA ARVELO, CARLOS EDUARDO PÉREZ MEDINA, DARÍO ALEJANDRO LUJANO HERNÁNDEZ, JESÚS GERARDO DÍAZ BLANCO y CECILIA CAROLINA LEAL AGÜIN**, titulares de las cédulas de identidades Nros. 19.205.176, 20.489.106, 19.066.405, 12.626.901, 19.693.870, 19.123.484 y 22.348.801, en su condición de estudiantes "*regulares*", quienes actúan como representantes del grupo político estudiantil que actualmente ocupa la Secretaría General del Centro de Estudiantes de la Escuela de Derecho Proyecto de Integración Estudiantil "*PIE-54*", asistidos por la abogada Mónica Andrea Rodríguez Flores, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 47.565, actuando con el carácter de Defensora Pública con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Salas de Casación Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia y ante las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, presentaron ante esta Sala acción de amparo constitucional para la defensa de intereses difusos y colectivos conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada "*(...) por actos proferidos por las Autoridades de la Universidad Central de Venezuela (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Facultad de Ciencias Económicas y Sociales) contando con el aval del Consejo Universitario, cuya máxima representante es la ciudadana CECILIA GARCÍA AROCHA MÁRQUEZ (...) Rectora de la UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA (...)*", para cuya fundamentación alegaron el quebrantamiento de los derechos reconocidos por los artículos 21, 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El 20 de septiembre de 2010, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

El 22 de octubre de 2010, la abogada Mónica Andrea Rodríguez Flores, en su condición de Defensora Pública con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Salas de Casación Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia y ante las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, consignó escrito contentivo de alegaciones y solicitó se acordara lo peticionado en el libelo de la demanda. En esa misma fecha se dio cuenta en Sala y se acordó agregarlo al expediente.

El 12 de de noviembre de 2010, esta Sala mediante decisión N° 1.114, admitió la presente acción de amparo constitucional para la tutela de los intereses colectivos y se acordó la medida cautelar solicitada, consistente en la suspensión en el cobro de la matrícula exigida a los estudiantes "*profesionales*" o cursantes de segunda carrera universitaria, como otros pagos que supediten su permanencia en dicha Casa de Estudio. En esa misma oportunidad, la Sala declaró que compete a la Defensora del Pueblo la asistencia y representación de los accionantes, pues la Defensora Pública con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Salas de Casación Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia y ante las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, carece de competencia para intervenir como representante de los intereses colectivos cuya vulneración se denuncia.

El 12 de noviembre de 2010, el Secretario de la Sala Constitucional, dejó constancia de haber establecido comunicación vía telefónica con del Departamento de Asesoría Jurídica de la Universidad Central de Venezuela, a fin de notificarle la decisión de la Sala dictada el 12 de noviembre de 2010, por medio de la cual se admitió la presente acción de amparo constitucional y se acordó medida cautelar.

El 23 de noviembre de 2010, se libraron las boletas de notificación dirigidas a la Defensora del Pueblo, a la Fiscal General de la República y a la Rectora de la Universidad Central de Venezuela.

En virtud de la reconstitución de la Sala por el nombramiento de sus nuevos integrantes en sesión de la Asamblea Nacional del 7 de diciembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.569 del 8 de diciembre de 2010, la Sala quedó constituida de la siguiente forma: Presidenta Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, Vicepresidente Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, y los Magistrados Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio Delgado Rosales, Juan José Mendoza Jover y Gladys María Gutiérrez Alvarado.

El 22 de marzo de 2011, esta Sala Constitucional fijó el día jueves 24 de marzo de 2011, a las diez y treinta horas de la mañana (10:30 AM), como la oportunidad para la celebración de una audiencia oral.

El 24 de marzo de 2011, los abogados Javier Antonio López Cerrada y Manuel Leopoldo Rachadell Sánchez, procedieron a consignar los instrumentos que acreditan sus representaciones. En esa misma fecha, se dio cuenta en Sala y se acordó agregarlos al expediente.

Llegada la oportunidad para la realización de la audiencia constitucional, los accionantes asistidos por la Defensoría del Pueblo, la representación judicial de la Universidad Central de Venezuela y la representante judicial del Ministerio Público, ejercieron su derecho de palabra, réplica y contrarréplica, en tal sentido, consignaron escritos contentivos de alegatos y conclusiones.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones:

I

DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL

La representación judicial de los solicitantes, planteó la solicitud de revisión, en los siguientes términos:

Que “La solicitud de tutela constitucional que se pretende ante la Honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conjuntamente con medida cautelar innominada tiene su origen en la vulneración de [sus] derechos e intereses, por actos proferidos por las Autoridades de la Universidad Central de Venezuela, (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Facultad de Ciencias Económicas y Sociales) contando con el aval del Consejo Universitario, cuya máxima representante es la ciudadana CECILIA GARCÍA AROCHA MÁRQUEZ (...) rectora de la UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, ello en razón de que todos los ciudadanos estudiantes actuales y futuros, que cursen o pretendan cursar estudios en dicha Casa de Estudios y que posean un título de pregrado universitario previo, a saber, Técnico Superior Universitario, licenciados o su equivalente, se encuentran apremiados ante la materialización e inminente amenaza y vulneración de [sus] derechos a la igualdad y educación gratuita, previstos en los artículos 21, 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con lo establecido en el artículo 25.21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; así como la exposición al escarnio público, sin menoscabo de la amenaza de obstaculizar el acceso al estudio por no proceder al pago de matrícula anual y semestral, según el caso, en virtud de haber sido catalogadas y catalogados como ‘Estudiantes Profesionales’, lo que determina la aplicación de normas de rango sublegal discriminatorias e inconstitucionales que [les] diferencia de los ‘Estudiantes Regulares’ (...).”

Describieron que su pretensión consiste en que “(...) la Honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme lo prevé el artículo (sic) 21, 27, 62, 63, 102 y 103 de dicho texto, impida que continúen las vías de hecho atinentes a generar un pago obligatorio e impediendo, para poder acceder a cursar el año o el semestre, según el caso, en diversas Escuelas de las Facultades que conforman la Universidad Central de Venezuela, a los ciudadanos y ciudadanas que, discriminatoriamente, son catalogados como estudiantes profesionales; así como la imposibilidad de participar en los procesos electorales internos como sujetos activos o pasivos, con lo cual se materializa la vulneración de los derechos consagrados en dichas normas, a saber, gratuidad de la educación impartida ‘hasta el pregrado universitario’; por lo que todas las personas que tengan la condición de estudiantes de pregrado deben ser tratadas en condiciones de igualdad y sin discriminación; así como también bajo tales parámetros tienen el derecho de ejercer el sufragio y participar libremente en los asuntos públicos internos del espacio académico en el que se desenvuelven, sin discriminación alguna”.

Relataron que se “(...) trata de Estudiantes de la Universidad Central de Venezuela, el grupo mayor cursante de Derecho en la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y, una persona cursa Estudios Internacionales en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales”.

Que “El planteamiento general se concreta, a la vulneración de sus derechos a la igualdad y a la educación gratuita hasta el pregrado universitario, en razón de ser objeto de cobro cuyo monto ha sido incrementado de bolívares sesenta (Bs. 60,00) por unidad crédito, a la cantidad correspondiente entre una (1) y tres (3) unidades tributarias por unidad crédito, dependiendo de la Facultad a la que se hacen parte”.

Sumada a la anterior circunstancia, plantearon que "(...) surge la diferenciación o clasificación, que ejecuta la Universidad Central de Venezuela de estudiantes, en 'Regulares' y 'Profesionales'".

En virtud del "(...) tratamiento irregular por discriminatorio e impediendo de avanzar en la carrera iniciada, determina la necesidad de ser amparados por intereses colectivos y difusos".

Luego de hacer referencia a la competencia de la Sala Constitucional para el conocimiento y decisión de la acción de amparo constitucional para la tutela de intereses difusos y colectivos, afirmaron que "(...) el planteamiento se circunscribe a la protección de los Estudiantes cursantes de Derecho y Estudios Internacionales de la Universidad Central de Venezuela cuyo derecho se encuentra limitado, como consecuencia del cobro y aumento de la matrícula, con lo cual se vulnera el derecho a la educación gratuita en condiciones de igualdad; aunado al carácter de la Institución: Universidad Pública y Autónoma que lo aplica".

Solicitaron el ejercicio de las potestades cautelares de esta Sala Constitucional con el propósito de "(...) garantizar el derecho a la educación gratuita y ordene a la Autoridades de las Universidades Nacionales y, especialmente, a las de la Universidad Central de Venezuela, la paralización del cobro a los estudiantes denominados 'profesionales', hasta tanto se resuelva el fondo del asunto, y sin que ello signifique pronunciamiento anticipado sino cautelar; medida ésta que se funda en las probanzas que se acompañan y de las que se verifica el riesgo -que de no ser impedido- pudiere generar la imposibilidad en aquellas personas que no cuentan con recursos económicos para sufragar el costo de la inscripción y pago de las deudas previas, así como aquellas que por convicción jurídico constitucional se negaren a efectuar los pagos a los cuales se les condiciona:

-El ingreso (inscripción para el período lectivo 2010-2011) a cursar estudios de pregrado en las diversas Facultades de la Universidad Central de Venezuela, especialmente en la de Ciencias Jurídicas y Políticas y en la de Ciencias Económicas y Sociales;

-La continuación de los estudios iniciados (reinscripción para el período lectivo 2010-2011), a los cursantes de pregrado en las diversas Facultades de la Universidad Central de Venezuela, especialmente en la de Ciencias Jurídicas y Políticas y en la de Ciencias Económicas y Sociales;"

En razón de ello, se solicita que "(...) sea acordada medida cautelar y, en consecuencia, se ordene a la Universidad Central de Venezuela suspender el cobro delatado como lesivo, así como la implementación de cualquier otra medida que impida la continuidad de la lesión referida por parte de las Autoridades de la Universidad Central de Venezuela, quienes se encuentran en conocimiento de dicha situación (...)".

Luego de enunciar los elementos de convicción de orden probatorio para que proceda tanto la admisión de la tutela constitucional, como la medida cautelar requerida, afirmaron sobre la base de éstos que se verifica: "a. La existencia de una errónea interpretación por parte de los representantes administrativo-académicos de las Autoridades de la Universidad Central de Venezuela, en relación al significado y tratamiento de los estudios de 'pregrado' y 'postgrado', lo que determina que los confundan y, por ende, generen una acción intrínsecamente desnaturalizada en razón de su desproporción, así como por lo separado que está de lo establecido en el Texto Constitucional. b. Igualmente, la ausencia de justificación, planificación y previsión previa del destino de los recursos que se obtengan por esta vía, y generan la incertidumbre atinente a qué necesidad o fundamento fáctico se apega una decisión que violenta la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que ni tan siquiera se encuentra prevista con la antelación y transparencia necesaria. c. Pareciere que, en el afán de crear un híbrido de ambas fórmulas, especialmente tratadas en la Constitución y en la Ley Orgánica de Educación, respectivamente, obviaron un solo 'detalle' impediendo, a saber, el mandato atinente a la gratuidad de la educación hasta el pregrado. d. La exposición de los estudiantes 'morosos' en el inconstitucional pago de matrícula, al escarnio colectivo (compañeros y docentes) al publicarse sus nombres y números de cédula en la cartelera de la Escuela de Derecho. e. La Universidad Central de Venezuela aplicó, bajo la vigencia de la Constitución de la República de Venezuela (1961) límites a la gratuidad de la educación -conforme lo señala el Director del Órgano Jurídico Asesor- al efectuar cobros no permitidos por dicho texto legal en el área de postgrado y, bajo la vigencia del texto Constitucional actual (1999) pretenden explicar la norma (artículo 103) y establecer cobros en pregrado, obviando que donde el Constituyente no crea excepciones tampoco el intérprete; con lo cual pareciere quisieran abrir la opción de limitar la gratuidad para una futura reforma constitucional".

Explicaron que lo anterior "(...) es ejecutado por la Universidad Central de Venezuela -Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales- avalado por el Consejo Universitario, a través de los órganos encargados de la Planificación del Sector Universitario y, aquellos responsables de la distribución presupuestaria no discriminan entre estudiantes 'regulares' y estudiantes 'profesionales', por lo que, la capacidad para brindar educación a los cursantes de pregrado está destinada a un número (acorde con la planificación presupuestaria) de estudiantes que, luego en la aplicación de dicho apartado presupuestario por la Universidad Central de Venezuela ellos lo dividen en estudiantes regulares y profesionales, pero ambos gastos cubiertos por un único presupuesto, destinado a cubrir dicho renglón, por lo que es injustificable además que sea violentado en (sic) derecho constitucional a la educación gratuita y sacrificado el derecho a la igualdad; máxime que, de los documentos referenciados, en ningún momento se señala que el destino del cobro es cubrir la inversión y gastos que generan los estudiantes denominados 'profesionales' y lo que de ello se genera (pago de docentes, servicios, entre otros)".

Quede allí que, se plantean las siguientes interrogantes: "1. ¿Por qué hay que regular el destino de los fondos?, toda vez que se supone éstos deben cubrir los gastos que generan los estudiantes 'profesionales', no se entiende un destino

distinto con justificación otorgada. 2. ¿El destino de lo recaudado al ser destinado cincuenta por ciento (50%) para adquirir publicaciones con destino a la Biblioteca de la Facultad, cuarenta y cinco por ciento (45%) para financiar publicaciones de la Facultad, y cinco por ciento (5%) para fomentar el deporte en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, excluye a los estudiantes regulares? Es decir, ¿tales renglones no se encuentran presupuestados?. 3. ¿Estamos entonces, ante una vulneración de orden Constitucional que viene desde el año 1961, pues reconoce el Director de Consultoría Jurídica que en dicho instrumento no había límite y la Universidad Central de Venezuela no estableció? En tal sentido, ¿tenemos una medida írrita preconstitucional (1961) y violatoria del actual texto Constitucional (1999)?”

Sobre la base de los anteriores argumentos solicitaron a esta Sala Constitucional, lo siguiente: (i) “Que, en ejercicio de la tutela judicial efectiva y fundamento (sic) en el artículo (sic) 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela declare su competencia para conocer la presente solicitud de amparo constitucional por Intereses Colectivos y Difusos de los ciudadanos Estudiantes, actuales y futuros de las diversas Facultades de la Universidad Central de Venezuela, especialmente la de Ciencias Jurídicas y Políticas y Ciencias Económicas y Sociales, con el aval del Consejo Universitario; (ii) Que, sea admitida la presente (sic) acción de amparo y, se declare con lugar la Medida Cautelar a los fines de salvaguardar los derechos de los Estudiantes denominados ‘Profesionales’, en relación a su inscripción y reinscripción en el período lectivo 2010-2011, así como aquellos que surgieron mientras se resuelve el fondo de la solicitud de Tutela Constitucional; (iii) Que sea admitida, sustanciada y declarada CON LUGAR en todas y cada una de sus partes, en la definitiva la acción de Tutela Constitucional; (iv) Que, en virtud de la declaratoria CON LUGAR de la presente acción se declare inconstitucional en (sic) cobro efectuado y seguidamente se prohíba el cobro de matrícula a los estudiantes de pregrado universitario en Universidades Autónomas o no de carácter Nacional, es decir, aquellas cuyo presupuesto es aportado por el Estado Venezolano, independientemente de las modalidades que se instauren a tal fin, especialmente, las establecidas por las autoridades de la UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA; (v) Que, se equipare en los derechos académicos y electorales a todos los estudiantes de pregrado aplicando los criterios del fallo N° 190 del 28-02-2008 (...)”.

II

ALEGATOS DE LA ACCIONADA

Con motivo de la audiencia oral, el abogado Manuel Rachadell Sánchez, en representación de la Universidad Central de Venezuela, señaló lo siguiente:

Que el cobro de arancel tiene su origen desde hace cuarenta y seis (46) años, cuando se iniciaron los cursos de postgrado en la Universidad Central de Venezuela.

Que en ese entonces, hubo una reflexión respecto de si se podía en postgrado realizarse algún cobro y se llegó a la conclusión (por interpretación de la Constitución de la República de Venezuela de 1961) que el Estado cumple con su obligación cuando otorga un título de pregrado.

Que posteriormente, hace treinta y dos (32) años se iniciaron los estudios para los graduados por un régimen especial, donde se estableció un arancel en base al principio antes mencionado.

Continuó señalando, que en 1999 la Carta Magna acogió el criterio establecido, en el sentido que no amplió el derecho a la educación, pues solamente hace mención al pregrado, por lo que debe considerarse que existe un universo de personas que desean ingresar a la universidad, con el fin de obtener un título universitario.

Al respecto, señaló que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, mantuvo un arancel de diez (10) bolívares por cada unidad de crédito, mientras que la Facultad de Humanidades era de un (1) bolívar por unidad de crédito, por lo que ambas facultades decidieron actualizar el pago del arancel a través de unidades tributarias, llegando a establecer la unidad de crédito a razón de una unidad tributaria.

No obstante, el estudiante tiene la libertad de escoger la cantidad de créditos que quiere cursar, es decir, si escoge tres materias sería un aproximado de noventa bolívares (Bs. 90,00) mensuales, lo cual es una suma bastante baja y ese dinero se invierte en Deportes y adquisición de libros para las distintas Bibliotecas, tomando en consideración que el presupuesto de la Universidad Central de Venezuela, es cada día menor por el tema de la inflación.

Por otro lado, señaló que los profesionales tienen una ventaja sobre los otros estudiantes y una mejor posición económica, adujo que solamente el año pasado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas tenía más de trescientos (300) estudiantes graduados de otras carreras, incluso algunos de otras universidades privadas, todo en detrimento de los primeros cursantes universitarios.

Que en años pasados, se solicitó una opinión a la Sala Constitucional, respecto al cobro de la matrícula, a lo que la Sala señaló que debía ser la propia Universidad Central de Venezuela quien realizara sus estudios al respecto.

En todo caso, señaló que si se considera el cobro de la matrícula es violatoria de los derechos constitucionales, la Universidad Central de Venezuela acataría tal mandato, pero ello sería muy negativo para los estudiantes y no permitiría tener un ingreso adicional destinado a cubrir sus gastos.

Finalmente, solicitó la declaratoria sin lugar de la presente acción de amparo constitucional ejercida conjuntamente con medida cautelar innominada.

III

DE LA OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Durante el desarrollo de la audiencia constitucional, la abogada Roxana Orihuela, en representación del Ministerio Público, fundamentó su opinión en los siguientes términos:

En primer lugar, la representante del Ministerio Público, adujo que el presente caso reviste de trascendencia nacional, por lo que es pertinente librar el Cartel de Emplazamiento a todos aquellos que se sientan afectados por esta situación y puedan comparecer ante la Sala.

Que solicitó a la Sala Constitucional, emplazar al Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior, al Ministerio del Poder Popular para las Finanzas y al Ministerio del Poder Popular para la Planificación, a los fines de recabar pruebas respecto a la asignación que hace el Estado a la Universidad Central de Venezuela, con el objeto se pueda verificar con la Contraloría General de la Nación, los ingresos propios que recibe la referida Universidad, pues en virtud de la Autonomía no se está exento del control estatal.

Que también se hace necesario conocer cuáles son las necesidades que tiene el Estado, respecto a las carreras universitarias, sobre las cuales se pretende realizar un cobro.

En tal sentido, solicitó la reposición de la causa al estado que se libre un Cartel de Emplazamiento a todos los interesados y se proceda a emplazar a los referidos Ministerios.

IV

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

Oídas como fueron las exposiciones de los abogados Javier Antonio López Cerrada y Manuel Rachadell Sánchez, en representación de la Defensoría del Pueblo de la Universidad Central de Venezuela, respectivamente, así como de la representación del Ministerio Público, vistas y analizadas como han sido las actas que integran el expediente y ponderados en definitiva los intereses y valores jurídicos de las partes involucradas conforme al Texto Constitucional, esta Sala pasa a decidir bajo los siguientes razonamientos:

Como punto previo, se observa que la representación judicial del Ministerio Público, solicitó la reposición de la causa al estado de librar el Cartel de Emplazamiento a todos los interesados, por tratarse de una acción de intereses colectivos de ámbito nacional. Asimismo, solicitó el emplazamiento del Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior, del Ministerio del Poder Popular para las Finanzas y del Ministerio del Poder Popular para la Planificación.

Al respecto, debe señalar esta Sala que la presente acción de amparo constitucional para la tutela de intereses colectivos, fue debidamente admitida el 12 de noviembre de 2010, siendo que se ordenó la notificación de la Universidad Central de Venezuela, de la Defensora del Pueblo, así como de la Fiscal General de la República, por lo que se considera improcedente la solicitud de reposición de la causa. Así se decide.

Ahora bien, los accionantes ejercieron una acción de amparo constitucional conjuntamente con medida cautelar contra los "(...)actos proferidos por las Autoridades de la Universidad Central de Venezuela (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Facultad de Ciencias Económicas y Sociales) contando con el aval del Consejo Universitario, cuya máxima representante es la ciudadana CECILIA GARCÍA AROCHA MÁRQUEZ (...) Rectora de la UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA (...)".

Al respecto, la representación judicial de la Universidad Central de Venezuela, adujo que el Estado cumple con la función de impartir educación gratuita hasta el momento cuando otorga un título universitario, lo cual no abarca sucesivas carreras, pues existe un conglomerado de personas que buscan ingresar a la Universidad, para obtener un primer título universitario. Por ello, -considera- que el cobro de la matrícula que se aplica a los estudiantes profesionales o con segundas carreras, es una módica suma que permite a la Universidad invertir en deporte y otros conceptos.

De manera que, no constituye un hecho controvertido el supuesto que la Universidad Central de Venezuela, exige el pago de una matrícula a los denominados "estudiantes profesionales" o con segundas carreras universitarias, tal como lo han afirmado las partes durante la audiencia oral.

En efecto, el artículo 102 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que "(...) la educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico, al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público (...)".

Por su parte, el artículo 103 *eiusdem*, establece: "(...) Toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario (...). El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo (...)".

En efecto, esta Sala Constitucional mediante sentencia N° 2.457 del 1 de septiembre de 2003, estableció lo siguiente:

Que "(...) ahora bien, considera esta Sala Constitucional que la decisión dictada por la referida Corte al acordar el amparo solicitado se encuentra ajustada a Derecho, toda vez que el derecho a la educación no sólo es un derecho humano reconocido como tal en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre del 1948, sino que, además, es uno de los derechos sociales del individuo más relevante, incluido en la vigente Constitución en la categoría de los Derechos Culturales y Educativos de los ciudadanos.

En efecto, dispone el mencionado instrumento normativo de derecho internacional, lo siguiente: "1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los meritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz'....omissis...Así, el desarrollo a la educación, fundamento del progreso de la ciencia y de la técnica, es condición de bienestar social y prosperidad material, y soporte de las libertades individuales en las sociedades democráticas. No es de extrañar, por ello que el derecho a la educación se haya ido configurado progresivamente como un derecho básico, y que los estados hayan asumido su provisión como un servicio público prioritario (...)".

De lo anterior se colige que, en nuestra Carta Magna el derecho a la educación es considerado un derecho humano y como un deber constitutivo de la raíz más esencial de la democracia, pues toda persona tiene derecho a una educación integral, en igualdad de condiciones, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones.

De allí, que la educación es obligatoria y gratuita a todos los niveles (desde maternal hasta el ciclo medio diversificado), siendo que la gratuidad debe extenderse hasta el pregrado universitario, cuando sea impartida por las instituciones del Estado.

Por ello, el Estado debe garantizar la gratuidad de la educación a través de la inversión prioritaria, conforme las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas, todo para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo de los habitantes de la República, atendiendo a una enseñanza accesible y la implantación progresiva de la educación gratuita.

Ahora bien, tal como se señaló anteriormente, quedó establecido que la Universidad Central de Venezuela, solamente garantiza a su estudiantado la gratuidad de una sola carrera de pregrado, pues considera que los llamados "estudiantes profesionales" se encuentran en una situación ventajosa frente a los nuevos cursantes universitarios, por poseer una carrera universitaria y presuntamente mejor posición económica.

Tal situación, los quejosos la argumentan como una vulneración de sus derechos constitucionales, pues -aducen- que ante el incumplimiento de los pagos de la matrícula, se les impide el ingreso y la continuación de los estudios iniciados, así como su derecho a la participación en la referida Casa de Estudios, lo cual -a su decir- contraviene lo dispuesto en los artículos 21, 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, el legislador estableció como principio general la gratuidad de la educación superior impartida por los institutos del Estado hasta el pregrado universitario, sin que hubiese establecido excepciones para ello; en consecuencia, considera esta Sala Constitucional que el cobro de la denominada matrícula para los "estudiantes profesionales" o con segundas carreras, constituye una vulneración al principio de gratuidad de la educación en las instituciones oficiales, pues al establecerse una obligación económica como excepción para los denominados estudiantes "profesionales" por el sólo hecho de haber cursado una carrera universitaria, se establece una distinción no prevista en la norma, todo lo cual afecta los derechos constitucionales consagrados en los artículos 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

Por otro lado, también observa esta Sala Constitucional que los quejosos denunciaron la violación de su derecho de participación política, en los diversos procesos electorales de los órganos de la comunidad universitaria de la referida Casa de Estudios, en tanto sujetos activos y pasivos, lo cual -a su entender- ha menoscabado el ejercicio integral del derecho constitucional consagrado en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, ha quedado demostrado para la Sala, que la Universidad Central de Venezuela, impide el derecho a la participación política de los llamados estudiantes "profesionales" -o que hayan obtenido un título universitario previamente-, en los procesos electorales llevados a cabo en la referida Casa de Estudios, pues al ser excluidos de los procesos de participación política -en tanto sujetos activos y pasivos-, se les impide el ejercicio de sus derechos fundamentales frente a los llamados estudiantes "regulares", lo cual le esta vedado tanto a la Universidad Central de Venezuela como a otras Universidades, en tal sentido, se verifica la violación aludida. Así se declara.

Por todo lo antes expuesto, siendo que la norma constitucional no establece distinción alguna respecto al principio de gratuidad de la educación en las Instituciones del Estado, considerando que no le es dable al intérprete realizar ninguna distinción entre el estudiantado de pregrado universitario, considera esta Sala que el en caso *sub examine* han sido vulnerados de los derechos constitucionales de los accionantes, consagrados en los artículos 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el derecho a la participación política, consagrado en el artículo 72 *eiusdem*, en consecuencia, se declara con lugar la presente acción de amparo constitucional por tutela de intereses colectivos ejercida conjuntamente con medida cautelar. Así se declara.

Por último, por tratarse de un caso donde se encuentra involucrado el derecho a la educación y su gratuidad - conforme lo establecido en el presente fallo-, se hace extensivo los efectos de la presente decisión, en el sentido que ninguna Universidad Pública podrá exigir el pago de la matrícula a los llamados "*estudiantes profesionales*" o cursantes de segundas carreras, ni ningún otro pago para su permanencia o ingreso en dichas Universidades así como tampoco podrán ser limitados en el ejercicio del derecho de participación política establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

Se revoca la medida cautelar dictada por esta Sala en sentencia N° 1.114 el 12 de noviembre de 2010.

V

DECISIÓN

Por las razones que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara:

1.-IMPROCEDENTE la solicitud de reposición de la presente demanda realizada por el Ministerio Público.

2.- Se declara **CON LUGAR** la acción de amparo constitucional para la tutela de intereses colectivos ejercida conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada, incoada por los ciudadanos Otoniel Goncalves Portillo, Carolina Andrea Norabuena Pradenas, Marías del Rosario Araujo Barrios, Roberto Armando Ramírez Morán, César Andrés Villa Crespo, José Antonio Casanova Arvelo y otros.

3.- Se hace extensivo los efectos de la presente decisión, en el sentido que ninguna Universidad Pública podrá exigir el pago de la matrícula a los llamados estudiantes profesionales o cursantes de segundas carreras, ni otros pagos para su permanencia o ingreso en dichas Universidades, así como tampoco podrán ser limitados en el ejercicio del derecho de participación política establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

4.- Se revoca la medida cautelar dictada por esta Sala el 12 de noviembre de 2010.

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 25 días del mes de abril del año dos mil once (2011). Años: 200° de la Independencia y 152° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Ponente

El Vicepresidente,

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

GLADYS MARÍA GUTIERREZ ALVARADO

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp. N° 10-099

SALA CONSTITUCIONAL

Expediente N°10-0681

Magistrado Ponente: **FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ**

Consta en autos que, el 22 de junio de 2010, los abogados **MARÍA CRISTINA VISPO** y **TUTANKAMEN HERNÁNDEZ**, actuando con el carácter de Fiscales Cuarta y Quinto del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional de este Tribunal, respectivamente, presentaron ante esta Sala escrito constante de cincuenta y siete (57) folios útiles, contentivo de la solicitud de revisión constitucional de la sentencia N° 554/2009, del 29 de octubre, dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, mediante la cual declaró sin lugar la primera denuncia del recurso extraordinario de casación interpuesto, además declaró con lugar las denuncias segunda y tercera del referido recurso, toda vez que sostuvo que el delito de homicidio intencional a título de dolo eventual no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal y que, por tanto, condenar al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo sobre esa base, tal como ocurrió, se traduce en una aplicación analógica de la ley penal, violatoria del principio de legalidad penal consagrado en el artículo 49.6 constitucional, por lo que dictó una decisión propia (al estimar innecesario un nuevo debate) mediante la que condenó al prenombrado ciudadano a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Penal derogado (hoy 409) y 467 del Código Orgánico Procesal Penal.

El 7 de julio de 2010, se dio cuenta en Sala del presente expediente y se designó ponente al Magistrado **FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ**, quien, con tal carácter, suscribe la presente decisión.

En virtud de la designación de los Magistrados Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio de Jesús Delgado Rosales, Juan José Mendoza Jover y Gladys María Gutiérrez Alvarado por la Asamblea Nacional, en sesión de 7 de diciembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.569, del 8 del mismo mes y año, el 9 de diciembre de 2010 se reconstituyó esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la siguiente manera: Magistrado Luisa Estella Morales Lamuño, Presidenta; Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, Vicepresidente, y los Magistrados Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio de Jesús Delgado Rosales, Juan José Mendoza Jover y Gladys María Gutiérrez Alvarado.

Los días 13 de octubre, 13 y 16 de diciembre de 2010 y 17 de febrero de 2011, la representación del Ministerio Público solicitó a esta Sala que emitiera el pronunciamiento correspondiente.

I

DE LA PRETENSIÓN DE LOS SOLICITANTES

En el aparte intitulado “*de la legitimación*”, se explicaron los siguientes razonamientos:

Que “...el Ministerio Público, por mandato de Ley, tiene atribuida la función de guardián del cumplimiento y observancia del bloque de la legalidad; en especial, en el marco de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de Justicia. Por ello, para cumplir con la misión de colaborar con (sic) preservación del Estado de Derecho, condición necesaria para el desenvolvimiento de las libertades públicas, el Ministerio Público, como promotor de la acción de la Justicia, puede impugnar los actos que dicten los órganos del Estado y sus actuaciones materiales, para que se restablezca la legalidad, por ello el deber de ejercer todas aquellas acciones que permitan el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, lo que le confiere legitimación para plantear el presente Recurso Extraordinario de Revisión constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”.

En el capítulo designado “*antecedentes*”, se exponen los siguientes hechos:

Que “la causa que da origen a la presente actividad recursiva, tiene su génesis en los hechos ocurridos en fecha 13 de abril de 2004, en horas de la noche, cuando el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, conduciendo un vehículo de transporte público, fue advertido momentos antes por funcionarios adscritos a la Policía del estado Aragua, en la Zona Industrial San Vicente, a la altura de la estación de servicio ‘BP’, motivado a que el mismo conducía a alta velocidad y no tenía las luces delanteras encendidas, por lo que se inquirió al mismo a que condujera a una velocidad menor y encendiera las luces, a los que el conductor respondió que las mismas no le funcionaban”.

Que “siendo el caso, que al proseguir su ruta, el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, se desplazaba conduciendo una unidad de transporte colectivo, tipo autobús marca Mercedes Benz, modelo CH-1318, color rojo, placas 056-719, sin luces delanteras y a alta velocidad, por la calle A de la Zona Industrial de San Vicente, de la ciudad de Maracay, estado Aragua, frente a la empresa Tuperware, cuando arrolló a una ciudadana de nombre Diana Mercedes Rodríguez Rosales; y posteriormente detuvo el vehículo a veintisiete (27) metros de distancia, en razón del clamor de los pasajeros siendo aprehendido por funcionarios adscritos a la Policía del estado Aragua”.

Que “el imputado quedó identificado como Carlos Eduardo Hernández Carrillo, de nacionalidad venezolana, titular de la cédula de identidad N° V-6.091.619”.

Que “la víctima quedó identificada como Diana Mercedes Rodríguez Rosales, quien falleció a causa de politraumatismo por accidente vial (arrollamiento)”.

Que “en fecha 14 de abril de 2004, se llevó a cabo la audiencia de presentación del imputado, ante el Juzgado Sexto de Primera instancia en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, oportunidad en la cual se impuso al referido ciudadano de (sic) medida cautelar sustitutiva de libertad, prevista en el numeral 3 del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal, consistente en presentaciones periódicas cada quince (15) días”.

Que “por estos hechos, en fecha 24 de febrero de 2005, la Fiscalía Sexta del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, presentó acusación contra Carlos Eduardo Hernández Carrillo, por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, previsto y sancionado en el artículo 407 del Código Penal vigente para el momento de los hechos”.

Que “en fecha 4 de agosto de 2005, se celebró audiencia preliminar, ante el Juzgado Octavo de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, oportunidad en la cual fue admitida la acusación presentada por el Ministerio Público, así como los medios de prueba promovidos en ella, y se acordó mantener la medida cautelar sustitutiva de libertad impuesta”.

Que “en fecha 10 de marzo de 2006, el Juzgado Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, acordó constituirse como unipersonal, el cual se inhibió, siendo conocida por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, la cual en fecha 18 de abril de 2006, declaró con lugar dicha incidencia, distribuyéndose, finalmente, la causa al Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio de ese Circuito Judicial Penal”.

Que “en fecha 4 de octubre de 2007, se dio inicio al debate oral y público, ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, culminando en fecha 22 de noviembre de 2007, oportunidad en la cual el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, fue condenado a cumplir la pena de doce (12) años de presidio, por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, publicándose el texto íntegro de la sentencia, en fecha 19 de mayo de 2008”.

Que “contra esta decisión, en fecha 7 de julio de 2008, la defensa privada del imputado, ejerció recurso de apelación. En fecha 17 de noviembre de 2008, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua admitió el recurso de apelación incoado (...), y en fecha 25 de noviembre de 2008, se celebró la audiencia prevista en el artículo 456 del Código Orgánico Procesal Penal, oportunidad en la que el órgano colegiado de alzada, se acogió al lapso previsto en el último aparte del referido artículo para dictar su fallo, el cual se produjo el día 5 de diciembre de 2008, en el que declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido, y confirmó la sentencia impugnada. Dicha decisión fue recurrida a través de la interposición del recurso extraordinario de casación, en fecha 28 de enero de 2009, por la defensa privada del imputado”.

Que “en fecha 12 de marzo de 2009, se dio cuenta en Sala de Casación Penal. Designándose como Ponente al Magistrado Dr. Héctor Manuel Coronado Flores, quedando signado con el N° 2009,-0097, siendo admitido en fecha 07 de agosto de 2009, mediante auto identificado con el N° 403”.

Que “en fecha 29 de octubre de 2009, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia identificada con el N° 554, correspondiéndole al expediente número 2009-0097, declaró sin lugar la primera denuncia; por otra parte, declaró con lugar la segunda y tercera denuncias y, en consecuencia, dictó fallo propio, de conformidad con la facultad otorgada en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, a través del cual, condenó al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409”.

En el aparte denominado “de los hechos acreditados por el tribunal de instancia y avalados por la Corte de Apelaciones”, consta lo que sigue:

Que “en el presente caso, quedó demostrado, que el ciudadano Carlos Eduardo Hernández carrillo, quien es de oficio conductor de unidades de transporte público, sabía y tenía pleno conocimiento de que no tenía luces en la parte delantera de la unidad conducida por él, lo cual iba a dificultar su visibilidad, esto quedó demostrado en las declaraciones realizadas por los testigos y asimismo quedó demostrado y probado que iba a exceso de velocidad, por lo que se le hizo un llamado de atención, en un punto de control mantenido en la zona, por el Cuerpo de Seguridad y Orden Público del estado Aragua. El ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, por el conocimiento y experiencia que tiene en el oficio de conductor de unidad de transporte colectivo, podía prever que podía causar un accidente y sin importar tal previsión, continuó ejecutando su acción, lo que produjo como resultado el fallecimiento de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales. No obstante lo sucedido, una vez que se produce el arrollamiento, el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo, continuó la marcha de la unidad de transporte que conducía, sin considerar la situación que acontecía, demostrando así una absoluta indiferencia o desprecio por la vida de la otra persona (‘bien jurídico protegido’), detuvo la marcha, cuando el clamor público (pasajeros) se lo indicaba y le dicen de forma determinante que detenga el autobús, quedando a una distancia de 27 mts. del cadáver de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales, cuya muerte fue

instantánea, según lo expresado por el Dr. Jairo Quiróz, médico anatomopatólogo adscrito al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, quien se encargó de practicar la autopsia de ley”.

Que “en tal sentido, en el caso bajo análisis, a través de las declaraciones de los testigos, quedó evidentemente probado y demostrado que la muerte de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales, se produjo por la conducta desplegada por el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, quien habiendo previsto las consecuencia de su acción, en virtud de su experiencia, continuó obrando de la misma manera hasta producir el resultado completamente previsible por él y que pudo ser evitado de algún modo, lo cual se demuestra su actitud (sic) ante el ‘bien jurídico protegido’ como lo es la vida de otra persona”.

En la parte referida a la “sentencia cuya revisión se solicita”, transcriben parcialmente el contenido de la decisión y afirman lo siguiente:

Que “de un análisis pormenorizado, sistemático y concienzudo de la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, podemos observar que la misma afirma lo siguiente: ‘...en el presente caso el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo fue condenado por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, el cual, como se señaló al inicio, no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, aplicándole el juzgador, por analogía, la pena correspondiente al delito de homicidio intencional simple. Todo lo cual evidencia una violación al principio de legalidad, acogido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que no podía inventarse el juzgador un tipo penal y encuadrar en él la conducta desplegada por el mencionado ciudadano. Debe el hecho o conducta a sancionar estar descrito previamente en la ley penal; tal como se ha venido insistiendo...”.

Que “partiendo de las anteriores motivaciones, estas representaciones fiscales conjuntas, se permiten, de manera muy respetuosa, disentir de los referidos argumentos de fondo planteados por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia y se pretende el análisis por parte de esa Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que estimamos que se vulneran principios y garantías de índole fundamental”.

En el capítulo intitulado “de los fundamentos de la revisión constitucional” plasmaron los siguientes argumentos:

Que la decisión objeto de la presente solicitud “...vulnera el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por otro, quebranta la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad...”.

Que “...el dolo eventual, es el resultado de una de las modalidades del dolo, que ha venido siendo reconocido a través de los años en la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como internacional, al igual que otras modalidades del dolo, como sería el dolo de consecuencia necesarias, utilizado sobre todo en casos de terrorismo; situación ésta que abona aún más las afirmaciones de la institución hoy recurrente, en el sentido que no sólo existe el dolo directo. Desconocer lo anterior significaría, a modo de ejemplo, que se sancionen actos terroristas a título de culpa, lo cual no encuentra asidero desde el punto de vista de la dogmática penal contemporánea”.

Que “dichas afirmaciones encuentran sustento en los conceptos de dolo eventual, en el contexto nacional como internacional, así vemos delimitaciones conceptuales doctrinarias extraídas del Derecho Comparado, que han sido expuestas por diversos Tribunales Supremos de Justicia a nivel internacional, y por ello vemos que el Tribunal Supremo del Reino de España, en resolución N° 130/2010, N° de recurso 11363, con ponencia del Magistrado D. Juan Saavedra Ruiz, expuso: ‘...Como expone a continuación la Audiencia Provincial, esta Sala de Casación, viene entendiendo que actúa con dolo –al menos, eventual- quien conoce el alto riesgo de producción del resultado que genera con su acción y, a pesar de ello, continúa con la ejecución. En definitiva, actúa dolosamente quien acepta la realización de una conducta claramente ilícita sin mostrar ningún interés por averiguar sus circunstancias y condiciones, poniendo con ello de relieve que no establece límites a su aportación (por todas, SSTS n° 388/2007, de 25 de abril, y n° 289/2006, de 15 de marzo) o, lo que es lo mismo, ‘quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer y, sin embargo, trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna y, por el contrario, debe responder de las consecuencia de su ilícito actuar (SSTS n° 465/2005, n° 420/2003 y n° 946/2002, entre otras)...”.

Que “como adición a los anteriores criterios, también debemos acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de la cual se deduce que se entiende que existe dolo eventual cuando el sujeto al momento de actuar se representa como probable o previsible el resultado dañoso y acepta esa consecuencia al ejecutar su acción”.

Que “conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, se actúa con dolo eventual, cuando el sujeto considera seriamente como posible la realización del tipo penal y aunque pueda no quererlo, lo acepta y tolera con indiferencia, por considerar aleatoria su producción y que está fuera de su control, basado en un confiar temerario de que el resultado no se producirá, continuando con su ejecución sin desistir de dicha conducta exteriorizada y evitable, generando con una serie de maniobras voluntarias y conocidas un peligro concreto de que se produzca el resultado desvalorado por la ley, y una vez producido se conforma con la producción del resultado típico”.

Que “como puede observarse, en el derecho comparado se ha acogido la figura del dolo eventual en distintas sentencias luego del análisis de casos sometidos al conocimiento de los entes judiciales, dando pie a que incluso se consagren en sus legislaciones como es el caso del vecino país Colombiano en el que en novedosas reformas se agregó como parte del cuerpo normativo en su Código Penal. Que a diferencia de los demás países citados en este escrito, sólo a manera de referencia, no se encuentra contemplada como figura autónoma en su legislación”.

Que "...la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sala de Casación Penal, dictó sentencia N° 079, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Augusto Galvez Argote, de fecha quince (15) de mayo de dos mil (2000), señaló que: '...Además, al disparar hacia el vehículo, se generó riesgo para todos los ocupantes del bus y las personas que lo estaban abordando, de modo que la muerte o la lesión de cualquiera de ellos era un evento probable, que el procesado asumió con indiferencia. Esta contingencia, que el impugnante no discute, lleva a la convicción de que aquí no solamente se atentó contra Víctor Eduardo Galeano Santillana, queriéndole matar, sino que la conducta realizada fue idónea y potencialmente apta para afectar la vida y/o la integridad personal, no sólo de dicho conductor, que alcanzó a arrojar al piso, sino también del menor, que fue quien recibió el tiro, o de cualquier otro ocupante o abordante del bus, como alcanzó a prever Carlos Arturo Obregón Santamaría pero, desdeñoso de la vida humana, no le importó y disparó, lo que ciertamente hace ver que las lesiones personales agravadas causadas al niño fueron producidas con dolo eventual, y no culposamente, como se había creído y se precluyó en la calificación, ciertamente errónea, sólo que con ostensible lenidad a favor de Obregón Santamaría, por lo cual en nada conviene a la defensa provocar su sustitución. Así, no puede el defensor ir en contra de su propia causa, dando lugar a que el resultado obtenido con su impugnación le sea más gravoso...".

Que "...el Ministerio Público debe sostener que, en atención a los criterios jurisprudenciales comparados que han sido expuestos, la figura del dolo eventual se encuentra positiva y plenamente consagrada en los diversos ordenamientos jurídicos no de manera autónoma sino como en Venezuela; se dibuja del propio concepto propio del dolo, y además así reconocidos por las máximas autoridades jurisdiccionales a nivel mundial, con lo cual se plasma la aseveración que la figura del dolo eventual es producto de una invención".

Que "...si bien resulta difícil la prueba en juicio de la presencia del dolo eventual, ello no constituye el desconocimiento de esta figura dentro del ordenamiento jurídico penal venezolano, como una de las modalidades del dolo, pues ello simplemente conllevará a que el Fiscal del Ministerio Público, emplee todos los medios legales pertinentes para la demostración de la materialidad del hecho que se enjuicia bajo el manto de la estampa del dolo eventual, en la que el autor durante la realización de una conducta se representa su actuación peligrosa para uno o más bienes jurídicos, y aún frente a ese peligro, el mismo continúa".

Que "al entrar a estudiar los argumentos planteados por la honorable Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, para estimar que se vulneraba el principio de legalidad, con el establecimiento del homicidio intencional a título de dolo eventual, debemos afirmar que ello resulta incorrecto, toda vez que el principio de legalidad sí se encuentra respetado con tal tipo penal, ya que el principio de legalidad exige que la conducta típicamente antijurídica y culpable deba estar previamente establecida en la ley, tal y como ocurre en el presente caso, pues el delito de homicidio se encuentra consagrado en el Código Penal y la forma dolosa de materialización del delito (dolo eventual) también se encuentra regulada en dicho cuerpo sustantivo penal".

Que "Este principio ha sido ampliamente debatido por la jurisprudencia y a tal efecto, debemos acudir a sentencia proferida por esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1744, de fecha 09 de agosto de 2007, con ponencia del Magistrado Dr. Francisco Antonio Carrasquero López, en la que analizó el contenido de la referida garantía constitucional y a tal efecto se indicó que...omissis...".

Que "es así como debemos señalar, la figura del dolo eventual como una modalidad del actuar doloso del agente o sujeto activo del delito, se encuentra reconocida por la doctrina nacional e internacional, y por ello tenemos que referirnos al mencionado tema y su tratamiento doctrinario penal...".

Que "la doctrina internacional, nos enseña que la figura del dolo eventual se produce cuando: 'quien realiza la conducta sabe que es posible o eventualmente se produzca el resultado típico, y no deja de actuar pese a ello...".

Que "de acuerdo a los criterio que han sido expuesto en el presente escrito, podemos afirmar de una manera precisa que el delito cometido bajo la modalidad del dolo eventual, sí puede ser aplicada en nuestro ordenamiento pues la misma, se encuentra consagrada en nuestra norma sustantiva penal, tal y como ha sido reafirmado por la doctrina y la jurisprudencia, que resultan contestes en considerarla como una modalidad de dolo, lo que lleva a concluir que sí se encuentran establecidas en la ley penal, cumpliéndose así con el principio de legalidad consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en conexión con el artículo 1 del Código Penal venezolano".

Que la decisión cuya revisión se solicita es "inmotivada, que atenta contra el orden público, obviando la interpretación del (sic) artículo 26 y 49 de la Constitución (sic) contenida en reiteradas sentencias dictadas por la Sala Constitucional".

Que "anunciamos la flagrante violación de los preceptos constitucionales dispuestos en el (sic) artículo 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al dictar una decisión propia de conformidad con el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, cambiando además el criterio sostenido en jurisprudencia pacífica, sin explicar con razonamiento lógicos y coherentes los fundamentos que originó (sic) el pronunciamiento que hoy se eleva a su revisión y el cambio de criterio en cuanto a que el tipo de dolo eventual en la comisión de los delitos no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico".

Que en la decisión cuya revisión se solicita “se formulan a algunas consideraciones y, sobre todo, se arriba a una conclusión y a una decisión que carecen de razonamiento suficientes, basados en hecho y derecho, que la justifiquen, circunstancia que atenta directamente contra la tutela judicial efectiva y el debido proceso”.

Que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia “...aplicó un criterio judicial distinto al que venía aplicando respecto de otros casos análogos por ella decididos, sin justificación alguna y sin señalar ni motivar además por qué se apartó de su doctrina pacífica, lo que conlleva a infringir la preeminencia de la garantía al orden público constitucional y a la protección de los derechos y garantías constitucionales, vulnerando con ello los criterios reiterados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto el derecho que tienen las partes a obtener una sentencia fundada en Derecho que además de poner fin al proceso, provienen de un cambio en su doctrina pacífica y reiterada, que data desde el 21 de diciembre de 2000, mediante sentencia dictada por la referida Sala de Casación Penal de ese honorable Máximo Tribunal de Justicia, signada con el N° 1703 y ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros, en la que refirió que: ‘...En derecho criminal se habla de dolo eventual cuando el agente se representa como posible o probable la consecuencia de su ejecutoria y, sin embargo, continúa procediendo del mismo modo: acepta su conducta, pese a los graves peligros que implica y por eso puede afirmarse que también acepta y hasta quiere el resultado... cuando la temeridad es tan extrema que refleja un desprecio por los coasociados, las muertes acarreadas deben castigarse como homicidios intencionales a título de dolo eventual...’.

Que “...en el caso que nos ocupa las partes no pudieron conocer la fundamentación acogida para apartarse de la calificación jurídica de homicidio intencional a título de dolo eventual, y adecuar los hechos acreditados por el Tribunal de Juicio en Homicidio Culposo, bajo las mismas circunstancias asumidas por el Juzgador de Juicio; aunado a la ausencia de razonamientos de la vulneración del artículo 49.6 concerniente al principio de legalidad...”.

En el capítulo referido a la “violación de principios jurídico fundamentales concernientes a la seguridad jurídica y la igualdad ante la Ley”, los solicitantes expresaron lo que sigue:

Que en la decisión objeto de la presente solicitud “...se han vulnerado principios constitucionales atinentes a la seguridad jurídica y la igualdad ante la Ley...”.

Que mediante las decisiones Nros. 1703 del 21 de diciembre de 2000 y 159 del 14 de mayo de 2004, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia “estableció la posibilidad de aplicar la figura del dolo eventual en nuestro ordenamiento jurídico...”.

Que “...en la decisión N° 554 del 29 de octubre de 2009, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, cambia el criterio, sin justificación alguna, lo que vulnera el principio de seguridad jurídica...”.

Que ello atenta “...contra las expectativas de continuidad del régimen legal y de los criterios preexistentes”.

Que “ello encuentra sustento, en sentencia N° 1310, de fecha 16 de octubre de 2009, de esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia...”.

Que de esa jurisprudencia “se colige que en todo Estado de Derecho debe reconocerse y respetarse el principio a la seguridad jurídica, en donde las normas vigentes deben ser aplicadas de la forma más certera y transparente posible, así como a la cualidad que se observe del ordenamiento jurídico relacionado al carácter certero de sus normas...”.

Que “...el principio de igualdad, ha sido ampliamente analizado y estudiado por la Máxima Intérprete de la Constitucionalidad, ya que mediante sentencia N° 1184, de fecha 22 de septiembre de 2009, con ponencia del Magistrado Dr. Francisco Carrasquero López, se señaló...”.

Que “...al analizar el contenido de la sentencia N° 554 del 29 de octubre de 2009, vemos que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, trató de una manera desigual la situación que permitía la aplicación de la figura del dolo eventual, pues de los hechos que fueron acreditados y así ratificados por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el conductor del vehículo (Carlos Eduardo Hernández Carrillo), se encontraba manejando una Unidad de Transporte Colectivo en horas de la noche, sin luces y a exceso de velocidad, produciéndose arrollamiento y posterior deceso de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales, no evidenciándose de esa conducta un quehacer doloso de causar el arrollamiento y producir la muerte de la mencionada ciudadana. Pero al analizar los elementos objetivos que quedaron acreditados en los hechos dados por probados por el Tribunal de Juicio respectivo, se puede evidenciar que el simple hecho de conducir un vehículo en horas de la noche, sin luces y con exceso de velocidad, fácilmente pueden producir en la mente del agente, la posibilidad de producir un hecho dañoso, lo que encuadra de manera perfecta dentro del tipo de dolo eventual tal y como ha sido explicado ut supra”.

Que “por todas las razones anteriormente expuestas, estas representaciones fiscales conjuntas, solicitan, muy respetuosamente, de esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que declare Ha Lugar la solicitud Extraordinaria de Revisión Constitucional, ejercida en contra de la decisión N° 554 de fecha 29 de octubre de 2009, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, y en consecuencia la anule, y que se ordene, de estimarlo prudente, que esa misma Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, dicte una nueva decisión con prescindencia de los vicios que dieron lugar a la presente petición de revisión constitucional.”

II DE LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

La Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia emitió el acto jurisdiccional objeto de revisión en los términos siguientes:

“La Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, en fecha 05 de diciembre de 2008, integrada por los Jueces Fabiola Colmenarez (ponente), Alejandro José Perillo Silva y Edgar José Fuenmayor De la Torre, **declaró sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por la ciudadana abogada Betania Silva, defensora privada del ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carrillo**, venezolano, con cédula de identidad N° 6.091.619, contra la decisión dictada por el Juzgado Segundo de Juicio del mencionado Circuito Judicial Penal, de fecha 19 de mayo de 2008, que **condenó** al mencionado ciudadano a cumplir la pena de **doce (12) años de presidio** por la comisión del delito de **homicidio intencional a título de dolo eventual**, previsto en el artículo 407 del Código Penal, en perjuicio de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales.

Contra la referida decisión de la Corte de Apelaciones, el ciudadano Django Luis Gamboa Hernández, actuando en su carácter de defensor privado del acusado, e inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 59.732, interpuso recurso de casación.

Trascurrido el lapso legal para la contestación del recurso previsto en el artículo 464 del Código Orgánico Procesal Penal, sin que se llevara a cabo la realización de tal acto, fueron remitidas las actuaciones al Tribunal Supremo de Justicia.

Recibido el expediente, en fecha 12 de marzo de 2009 se dio cuenta en Sala de Casación Penal y se designó ponente al **Magistrado Doctor Héctor Manuel Coronado Flores**, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

En fecha 07 de mayo de 2009, se recibió en esta Sala de Casación Penal escrito firmado por los ciudadanos Carmen Elena Rosales y Jesús Orlando Rodríguez, en su carácter de víctimas, con el objeto de dar contestación al recurso de casación interpuesto.

En fecha siete de agosto de 2009, se declaró admisible el recurso de casación y se convocó a las partes para la audiencia oral y pública. Este acto tuvo lugar el día veintinueve de septiembre de 2009, con la asistencia de todas las partes.

Cumplidos, como han sido, los trámites procedimentales del caso, esta Sala pasa a decidir en los siguientes términos:

DE LOS HECHOS

Los hechos acreditados por el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, son los siguientes:

“...Una vez revisadas todas las pruebas evacuadas, se puede observar que de las declaraciones de los testigos funcionarios policiales MOISÉS MELÉNDEZ ACOSTA, FRANK ANTONIO FUENTES PIÑA, JUAN CARLOS LARA TOVAR, concatenada con las declaraciones de los testigos BETSIS AURET FERNÁNDEZ GARCÉS, BLANCA YARED TOVAR CUEVA y MIRIAM GISELA SEQUERA GONZÁLEZ, asimismo relacionadas estas declaraciones a su vez con la de los funcionarios del Cuerpo de Vigilancia y Tránsito Terrestre, FRANK REINALDO SALAZAR y ALEXIS MERENTES, quedó plenamente demostrado y probado que el día 13 de ABRIL de 2004, siendo aproximadamente las 7:00 p.m., el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, causó la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES, en la avenida “A” del Sector San Vicente, Estado Aragua, tal como se desprende de la declaración del médico forense JAIRO QUIROZ ROMERO, quien señala que la causa de la muerte...fue por politraumatismos por accidente vial, arrollamiento. En tal sentido debe considerarse también la declaración de la testigo AMANDA GARCÉS DE FERNÁNDEZ, que aún cuando se baja de la Unidad de Transporte Colectivo, antes de que suceda el accidente, señaló que dentro del autobús hubo una discusión entre un joven pasajero, también de la Unidad de Transporte Colectivo y el chofer de la unidad, en reclamo de por qué no encendía las luces, a lo que éste le respondió, que las había vendido para poder comer, esto coincide con la declaración del funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces, de lo cual quedó probado y demostrado, que efectivamente no llevaba las luces encendidas, ya que estaban dañadas y tal situación era conocida por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, chofer de la Unidad... . Asimismo se debe considerar, la declaración de cada testigo en el sentido de la distancia, que hubo desde el lugar donde quedó el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES y la Unidad de Transporte que la arrolló, ya que los testigos declararon que la Unidad...estaba estacionada frente en la esquina siguiente de donde sucedió el accidente, lo cual quedó corroborado con la declaración del funcionario de tránsito terrestre encargado de levantar el croquis, quien señaló, que esa distancia fue de 27 metros, asimismo ambos funcionarios adscritos al Cuerpo de Vigilancia de Tránsito Terrestre, señalaron que no había marca de frenos, ni antes ni después, de donde se encontraba el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES: Asimismo los testigos fueron contestes en señalar que el conductor de la Unidad..., una vez que se produce el arrollamiento no se detiene, lo hace ya que el clamor público, le indica que se detenga. En tal sentido se concluye que la persona que causó la muerte de la ciudadana...fue el ciudadano CARLOS

EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien era el conductor de la Unidad de Transporte, con las siguientes características clase autobús, tipo autobús, marca Mercedes Benz, modelo OH 1318/51, sin placas, color blanco multicolor, año 1998, servicio transporte público, serial de motor 377943-10379159, serial de carrocería 9BM382020WB144253, asimismo las declaraciones de los testigos, prueban y demuestran que el hecho ocurrió en el sitio y del modo indicado por el Ministerio Público...” (Sic).

DEL RECURSO

Con fundamento en el artículo 462 del Código Orgánico Procesal Penal, el impugnante plantea sus denuncias en los siguientes términos:

PRIMERA DENUNCIA:

Infracción del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por indebida aplicación. Alega el impugnante que la recurrida, al resolver la primera denuncia interpuesta en la apelación, no se pronunció sobre la falta de valoración, por parte de Juez de Juicio, de una prueba admitida en la audiencia preliminar y evacuada durante el juicio, vale decir, la experticia de reconocimiento realizada por funcionarios adscritos a la Unidad de Tránsito Terrestre en fecha 27 de abril de 2004. Limitándose la recurrida a señalar: “...EN LO QUE RESPECTA A LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA EXPERTICIA DE RECONOCIMIENTO DE FECHA 27 DE ABRIL DE 2004...DE LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA OBSERVA ESTA ALZADA QUE EFECTIVAMENTE NO SE HACE MENCIÓN DE ESTA PRUEBA, SIN EMBARGO ESTAMOS EN PRESENCIA DE UNA REPOSICIÓN INÚTIL E INNECESARIA PORQUE EN EL DESARROLLO DEL JUICIO...SE EVACUARON OTROS PLÚMBEOS ELEMENTOS PROBATORIOS...”.

En opinión del impugnante, la Corte de Apelaciones sólo le correspondía declarar que existía el vicio de inmotivación en la sentencia de la primera instancia, y proceder a decretar la nulidad de la misma, y no fundamentarse en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para dar sustento a su resolución.

La Sala, para decidir observa:

Revisada la sentencia recurrida, esta Sala observa que la razón no asiste al impugnante toda vez que, de manera efectiva, la Corte de Apelaciones si dio respuesta al punto planteado en apelación, relativo a la falta de valoración, por parte del juzgador de juicio, de la experticia de reconocimiento realizada por funcionarios adscritos a la Unidad de Tránsito Terrestre en fecha 27 de abril de 2004. Es así como la Corte de Apelaciones señaló en este sentido:

“...En lo que respecta a la falta de valoración de la experticia de reconocimiento de fecha 27 de abril de 2004, realizada por el Funcionario adscrito a la Unidad de Tránsito Terrestre; de la revisión de la sentencia observa esta Alzada que efectivamente no se hace mención a esta prueba, sin embargo de conformidad con el artículo 26 de la Constitución...estamos en presencia de una reposición inútil e innecesaria porque en el desarrollo del Juicio Oral y Público al acusado...se evacuaron otros plúmbeos elementos probatorios:

Declaración del funcionario adscrito al Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua, ciudadano Meléndez Acosta Moisés Elías.

Declaración del ciudadano Lara Tovar Juan Carlos,

Declaración del ex funcionario de la Policía de Aragua ciudadano Fuentes Piña Frank Antonio.

Declaración de la ciudadana Tovar Cueva Blanca Yared.

Declaración de la ciudadana Fernández Garcés Betsi Auret.

Declaración del Cabo 1º de tránsito, ciudadano Frank Reinaldo Salazar Lira.

Declaración del fiscal de tránsito, ciudadano Alexis Hilario Gerentes Delgado.

Declaración de la ciudadana Sequera González Miriam Gisela.

Declaración de la ciudadana Amanda Garcés de Fernández.

Declaración del Médico Forense Jairo Quiroz Romero.

Declaración del funcionario adscrito a la Unidad de Tránsito Terrestre, ciudadano Rodríguez Carrasco Luís Antonio.

En otras pruebas evacuadas en el desarrollo del Juicio Oral y Público y debidamente valoradas en la sentencia impugnada confirman la comisión del delito de HOMICIDIO INTENCIONAL a TÍTULO DE DOLO EVENTUAL de conformidad con lo previsto en el artículo 407 del Código Penal vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos, en razón de lo cual es contraria a la justicia una reposición al estado de celebrar nuevo juicio por este motivo, debiendo ser declarada sin lugar la denuncia formulada y así se decide...”.

A juicio de esta Sala, es evidente que existió un pronunciamiento por parte de la Corte de Apelaciones respecto al punto planteado, careciendo su fallo de falta de motivación, tal como lo indica el impugnante en su denuncia. El hecho de que la referida instancia considerara que la falta de valoración de la señalada prueba de experticia no justificaba una reposición de la causa, no debe ello estimarse como inmotivación del fallo.

En consecuencia, esta Sala de Casación Penal considera que lo procedente en derecho es declarar sin lugar la presente denuncia. **Así se decide.**

SEGUNDA DENUNCIA:

Infracción del artículo 407 del Código Penal (hoy artículo 405), por errónea interpretación. Señala el recurrente que: *"...la Corte de Apelaciones...dice que la conducta del ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ fue intencional, aduciendo para ello que el mismo se representó el resultado como posible y probable adoptando una conducta indiferente -lo cual no es cierto-, ratificando la sentencia de primera instancia, que erradamente subsume el hecho dentro de las previsiones del artículo 407 del Código Penal, vigente para la época, disposición legal que está reservada sólo para los que actúan representándose como cierto, como seguro, un resultado típicamente antijurídico y quiere directamente realizar, actualizar, ese resultado antijurídico ya previsto como seguro, como cierto, lo que constituye una ERRÓNEA INTERPRETACIÓN...pues no se puede subsumir dentro del supuesto de hecho establecido para el homicidio intencional un hecho que pudo ser causado por imprudencia (obrar sin cautela), negligencia (desatención o descuido) o impericia (falta de destreza) del conductor..."*.(Sic).

TERCERA DENUNCIA:

Infracción de los artículos 49, numeral 6, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 1 del Código Penal, por falta de aplicación. Aduce el impugnante que en la resolución de la cuarta denuncia interpuesta en la apelación la sentencia recurrida expresa: *"...EN OPINIÓN DE ESTA ALZADA NO EXISTE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD TODA VEZ QUE AL ACUSADO SE LE ATRIBUYE UN HECHO PUNIBLE TIPIFICADO Y SE LE APLICA LA SANCIÓN PENAL PREVISTA...POR EL DELITO DE HOMICIDIO INTENCIONAL A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL..."*

...La Corte de Apelaciones, de manera infundada, pareciera decir que mi defendido trabajaba ese día con el conocimiento que iba a matar a alguien, pero no sabía a quién, lo cual es totalmente falso. La simple realidad...es que el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ es un chofer de autobús a quien la fatalidad sorprendió...se pretende ser castigado...con la pena más severa que corresponde sólo a quien dirige su acción con el firme y único propósito de acabar con una vida humana...invocando para ello un supuesto dolo eventual que en el derecho penal venezolano sólo existe en la mente de reconocidos doctrinarios, no tipificado en el derecho penal sustantivo venezolano vigente, lo cual constituye una falta de aplicación del principio de la legalidad...desprovisto de una pena previamente establecida en la ley, razón por la que...en los casos en los que se dice hay dolo eventual, para determinar la sanción penal aplicable se ha debido recurrir a establecerla entre el límite superior del homicidio culposo y el límite inferior del homicidio intencional...".(Sic).

SEGUNDA Y TERCERA DENUNCIA:

Visto que la argumentación de la segunda y tercera denuncia expuestas en el presente recurso de casación tienen una estrecha relación, la Sala considera conveniente pasar a resolverlas bajo una misma fundamentación. Es así como observa que el punto central del cual se pretende sea resuelto por esta instancia, estriba si en el presente caso existe violación al Principio de Legalidad previsto en nuestra Constitución Nacional en su artículo 49, numeral 6, toda vez que el acusado de autos se le condenó a cumplir la pena de doce (12) años de presidio por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, sin que el referido tipo penal estuviese descrito como delito en nuestro ordenamiento jurídico. Tal argumentación resulta ser cierta a todas luces, pues claramente nuestra Carta Magna recoge, como debido proceso, el Principio de Legalidad conforme al cual, ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

De acuerdo a los términos expresados en la referida norma constitucional, los ciudadanos tienen el derecho a hacer todo lo que la ley no les prohíba. En otras palabras, solo la ley es capaz de crear delitos, y solo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley declare delito expresamente. Distinto el caso de los actos llevados a cabo por los entes públicos, los cuales deben sujetarse a lo que la Constitución y las leyes les permitan.

La Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, ha señalado en sentencia N° 2338, de fecha 21 de noviembre de 2001, lo siguiente:

"... el principio de la legalidad en materia sancionatoria -invocado por la parte accionante como lesionado-, está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre, es decir, que toda conducta que constituya un delito, así como las sanciones correspondientes deben estar previamente estipuladas en una disposición normativa, general y abstracta (desde el punto de vista formal) que los defina, pues se entiende que tales sanciones afectan o inciden de manera directa e individual sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, por lo que en este caso, no le estaría dado al legislador hacer remisiones "genéricas" para que, mediante un reglamento se establezcan delitos o sanciones relacionados con la Ley de que se trate.

Así, en aras de la seguridad jurídica que debe existir en todo Estado de Derecho, le corresponde a la ley definir todas aquellas conductas que pudieran calificarse como delitos y que por tanto, acarrearían penas y sanciones, tal exigencia se encuentra consagrada en la norma prevista en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución vigente cuando dispone que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y en consecuencia, "(...) 6. [n]ninguna

persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes...". (Sic).

El Código Penal, en su artículo 1 ratifica este principio así: *"nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente"*.

Bajo este contexto normativo, podemos afirmar que el máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad dentro del Derecho Penal es el principio: *"nulla crime, nulla poena sine lege"*, recogido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos penales de índole romanista y germánico, el cual apunta a una garantía de libertad y seguridad para los ciudadanos, sin dejar de lado el poder punitivo del Estado el cual es ejercido a través de sus legisladores y jueces.

Tenemos entonces, que el Principio de Legalidad exige que el delito se encuentre expresamente contemplado en una ley formal, de manera clara y precisa, con el fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos, quienes deben conocer, sin lugar a dudas, cual es la conducta prohibida e ilegítima, y cuáles serían las consecuencias jurídicas que se generarían a aquellos que trasgredan lo que la norma penal contempla. Esto significa que debe haber una ley preexistente y vigente, tal como lo ha señalado la doctrina internacional en el entendido de que las conductas punibles deben ser descritas inequívocamente y las sanciones a imponer deben estar también previamente determinadas.

Visto así las cosas, resulta imperioso afirmar que, el Principio de legalidad en materia penal, consagrado en su doble vertiente de legalidad de los delitos y de las penas, constituye la máxima garantía frente a la aplicación de la ley penal; toda vez que, por una parte, constituye un límite ante cualquier arbitrariedad o imposición caprichosa por parte del Juez contra el presunto autor de unos hechos y, por la otra, las conductas descritas formalmente y recogidas en un texto legal, permiten a la ciudadanía conocer tanto la conducta delictual como las sanciones que acarrea, lo cual se traduce en garantía para los mismos ciudadanos.

Cabe resaltar que el Principio de Legalidad cobra también importancia desde un punto de vista más amplio, llegando a la propia funcionalidad del Estado en su ejercicio del ius puniendi, pues garantiza la propia división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. En este sentido, entra en juego el principio de reserva legal, lo cual indica que solo el legislador, no los jueces, pueden asumir la tarea de redactar y recoger en un instrumento legal las normas de carácter penal, la cual es labor consagrada, única y exclusivamente, a la Asamblea Nacional, mientras que el juzgador penal es el que subsume el caso concreto en la descripción del tipo penal, el que determina la pena correspondiente a cada supuesto, el que la individualiza, pero siempre dentro de los márgenes de tipicidad y penalidad.

Bajo estos señalamientos queda claro que, en base al Principio de Legalidad, en Derecho Penal no es posible admitir la analogía, vale decir que, si el hecho no está contemplado en la ley, no podrá aplicarse a él, una norma que castigue un hecho similar. En este sentido, el autor Rodrigo Antonio Rivera Morales, en su obra *"Aspectos Constitucionales del Proceso"*: Tribunal Supremo de Justicia: Libro Homenaje A José Andrés Fuenmayor. Tomos II, señala: *... "Si no hay norma legal aplicable al caso concreto, hay un vacío legal (non liquet), sin que el juez pueda llenarlo analógicamente... la situación fáctica debe estar descrita en ley preexistente. Es contrario a la Constitución y a la normativa internacional sobre derechos humanos los tipos penales inciertos, abiertos y en blanco, éstos deben ser exactos y rígidos..."*.

Visto el análisis anterior, tenemos que en el presente caso el ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carillo** fue condenado por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, el cual, como se señaló al inicio, no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, aplicándole el juzgador, por analogía, la pena correspondiente al delito de homicidio intencional simple. Todo lo cual evidencia una violación al Principio de Legalidad, acogido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que no podía inventarse el juzgador un tipo penal y encuadrar en él la conducta desplegada por el mencionado ciudadano. Debe el hecho o conducta a sancionar estar descrito previamente en la ley penal; tal como se ha venido insistiendo.

En este aspecto cabe llamar la atención de aquellos aplicadores de justicia, así como estudiosos y expertos en la materia penal, para que tengan en cuenta que, si en su opinión, existen situaciones no precisadas en la ley y, que por tanto, puedan generar cierta incertidumbre e imprecisiones en la aplicación de la misma, no realizar interpretaciones que puedan generar perjuicio en el imputado, tal como ocurre en el presente caso.

Ahora bien, puntualizado el hecho de que en la presente causa, el ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carillo** fue condenado por un delito no tipificado en la ley, teniendo razón pues la defensa en el planteamiento de su denuncia, esta Sala de Casación Penal, de conformidad con la facultad otorgada en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, pasa a dictar una decisión propia sobre el caso, toda vez que estima que no es necesario un nuevo debate sobre los hechos dados por probados por el Juzgador de Juicio y, en tal sentido observa, que los referidos hechos fueron expuestos de la manera siguiente:

"...Una vez revisadas todas las pruebas evacuadas, se puede observar que de las declaraciones de los testigos funcionarios policiales MOISÉS MELÉNDEZ ACOSTA, FRANK ANTONIO FUENTES PIÑA, JUAN CARLOS LARA TOVAR,

concatenada con las declaraciones de los testigos BETSIS AURET FERNÁNDEZ GARCÉS, BLANCA YARED TOVAR CUEVA y MIRIAM GISELA SEQUERA GONZÁLEZ, asimismo relacionadas estas declaraciones a su vez con la de los funcionarios del Cuerpo de Vigilancia y Tránsito Terrestre, FRANK REINALDO SALAZAR y ALEXIS MERENTES, quedó plenamente demostrado y probado que el día 13 de ABRIL de 2004, siendo aproximadamente las 7:00 p.m., el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, causó la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES, en la avenida "A" del Sector San Vicente, Estado Aragua, tal como se desprende de la declaración del médico forense JAIRO QUIROZ ROMERO, quien señala que la causa de la muerte... fue por politraumatismos por accidente vial, arrollamiento. En tal sentido debe considerarse también la declaración de la testigo AMANDA GARCÉS DE FERNÁNDEZ, que aún cuando se baja de la Unidad de Transporte Colectivo, antes de que suceda el accidente, señaló que dentro del autobús hubo una discusión entre un joven pasajero, también de la Unidad de Transporte Colectivo y el chofer de la unidad, en reclamo de por qué no encendía las luces, a lo que éste le respondió, que las había vendido para poder comer, esto coincide con la declaración del funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces, de lo cual quedó probado y demostrado, que efectivamente no llevaba las luces encendidas, ya que estaban dañadas y tal situación era conocida por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, chofer de la Unidad... . Asimismo se debe considerar, la declaración de cada testigo en el sentido de la distancia, que hubo desde el lugar donde quedó el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES y la Unidad de Transporte que la arrolló, ya que los testigos declararon que la Unidad... estaba estacionada frente en la esquina siguiente de donde sucedió el accidente, lo cual quedó corroborado con la declaración del funcionario de tránsito terrestre encargado de levantar el croquis, quien señaló, que esa distancia fue de 27 metros, asimismo ambos funcionarios adscritos al Cuerpo de Vigilancia de Tránsito Terrestre, señalaron que no había marca de frenos, ni antes ni después, de donde se encontraba el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES: Asimismo los testigos fueron contestes en señalar que el conductor de la Unidad..., una vez que se produce el arrollamiento no se detiene, lo hace ya que el clamor público, le indica que se detenga. En tal sentido se concluye que la persona que causó la muerte de la ciudadana... fue el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien era el conductor de la Unidad de Transporte, con las siguientes características...". (Sic).

Analizados los hechos acreditados por el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, y las circunstancias de lugar, tiempo y modo descritas, y observando que son el resultado del actuar imprudente del procesado, la Sala considera que los mismos encuadran en los extremos del artículo 411 del derogado Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos (hoy, 409), relativo al homicidio culposo, en consecuencia, se aparta de la calificación jurídica de homicidio intencional a título de dolo eventual, previsto en el artículo 407 del Código Penal (hoy, 405), dada a los hechos por la representación del Ministerio Público, atribuyéndole por tanto a los mismos la calificación jurídica antes dicha, al observar que el actuar del ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carrillo**, obedeció a un obrar con imprudencia, sin la cautela necesaria al conducir su vehículo (transporte colectivo), es decir, a exceso de velocidad y sin el funcionamiento de las luces del autobús, pero nunca tuvo la intención de ocasionar la muerte de algún ciudadano, en este caso de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales. Tales circunstancias quedaron expresadas por el juzgador de juicio en los términos siguientes: "*funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces...*".

Correspondería ahora imponer la pena al procesado de autos y, en tal sentido se observa que, la pena correspondiente al delito de homicidio culposo es de seis (6) meses a cinco (5) años de prisión, regulado en el artículo 411 del Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos, hoy 409 del Código Penal (cuya redacción quedó expresada en los mismos términos que el citado artículo 411).

Ahora bien, tomando en cuenta el modo y las circunstancias en las cuales fue cometido el hecho, vale decir, el exceso de velocidad con el cual conducía el ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carrillo** la unidad de transporte, la falta de funcionamiento de las luces, circunstancia que era conocida suficientemente por el conductor, siendo que el hecho ocurrió alrededor de las 7:00 pm, así como también consta, la advertencia de que fue objeto el acusado, tanto por algunas personas (pasajeros) de la unidad, como por el funcionario policial Moisés Acosta Meléndez, en cuanto a la velocidad con la cual se desplazaba y que no llevaba las luces del vehículo encendidas, a lo cual mostró una actitud poco cautelosa y de total indiferencia ante tal llamado de atención. Todo ello hace considerar que, a juicio de esta Sala, lo procedente y ajustado a derecho es imponer al ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carrillo** la pena de **cinco (5) años de prisión**, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409, y 467 del Código Orgánico Procesal Penal, atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar antes expresadas, y que fueron probadas fehacientemente durante el juicio oral y público. **Así se declara.**"

III

DE LA COMPETENCIA DE LA SALA

El artículo 336.10 de la Constitución le atribuye a la Sala Constitucional la potestad de: “revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva”.

Tal potestad de revisión de decisiones definitivamente firmes abarca fallos que hayan sido expedidos tanto por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 25.11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) como por los demás tribunales de la República (artículo 25.10 *eiusdem*), pues la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo que establece el artículo 335 del Texto Fundamental.

En el presente caso se requirió la revisión del veredicto N° 554 que pronunció la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, el 29 de octubre de 2009, mediante la cual fue declarada sin lugar la primera denuncia del recurso extraordinario de casación, referente a la infracción del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por indebida aplicación, además fueron declaradas con lugar las denuncias segunda y tercera del referido recurso y condenó al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Penal derogado (hoy 409) y 467 del Código orgánico Procesal Penal; razón por la cual esta Sala se declara competente para pronunciarse sobre la presente solicitud, y así se decide.

IV

MOTIVACIÓN PARA LA DECISION

Da lugar a la presente decisión la solicitud de revisión constitucional interpuesta por el Ministerio Público contra la decisión N° 554, del 29 de octubre de 2009, dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, mediante la cual declaró sin lugar la primera denuncia del recurso extraordinario de casación, además declaró con lugar las denuncias segunda y tercera del referido recurso, toda vez que sostuvo que el delito de homicidio intencional a título de dolo eventual no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal y que, por tanto, condenar al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo sobre esa base, tal como ocurrió, se traduce en una aplicación analógica de la ley penal, violatoria del principio de legalidad penal consagrado en el artículo 49.6 constitucional, por lo que dictó una decisión propia (al estimar innecesario un nuevo debate) mediante la que condenó al prenombrado ciudadano a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Penal derogado (hoy 409) y 467 del Código orgánico Procesal Penal.

Según la parte solicitante, el fallo objetado vulnera el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y quebranta la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad. Igualmente, sostiene que el dolo eventual es el resultado de una de las modalidades del dolo, que ha venido siendo reconocido a través de los años en la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como internacional, al igual que otras modalidades del dolo, como lo es el dolo de consecuencias necesarias. Asimismo, afirma: que la figura del dolo eventual se encuentra positiva y plenamente consagrada en los diversos ordenamientos jurídicos no de manera autónoma sino como en Venezuela, y que se dibuja del propio concepto propio del dolo; que el principio de legalidad sí se encuentra respetado con tal tipo penal, ya que el principio de legalidad exige que la conducta típicamente antijurídica y culpable deba estar previamente establecida en la ley, tal y como ocurre en el presente caso, pues el delito de homicidio se encuentra consagrado en el Código Penal y la forma dolosa de materialización del delito (dolo eventual) también se encuentra regulada en dicho cuerpo sustantivo penal; que la decisión cuya revisión se solicita es inmotivada, que atenta contra el orden público, obviando la interpretación de los artículos 26 y 49 constitucionales contenidas en reiteradas sentencias dictadas por esta Sala; que también violó esos artículos al cambiar el criterio sostenido en jurisprudencia pacífica, sin explicar con razonamiento lógicos y coherentes que originaron el pronunciamiento que hoy se eleva a revisión; que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia aplicó un criterio judicial distinto al que venía aplicando respecto de otros casos análogos por ella decididos, sin justificación alguna y sin señalar ni motivar además por qué se apartó de su doctrina pacífica, lo que conlleva a infringir la preeminencia de la garantía al orden público constitucional y a la protección de los derechos y garantías constitucionales, vulnerando con ello los criterios reiterados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto el derecho que tienen las partes a obtener una sentencia fundada en Derecho; que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, trató de una manera desigual la situación que permitía la aplicación de la figura del dolo eventual.

Concretamente, el Ministerio Público requirió revisión de la decisión en cuestión debido a que, en su criterio, la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia vulneró la legalidad penal, el deber de motivar las decisiones, la seguridad jurídica, el derecho a la igualdad ante la Ley, el debido proceso, la tutela judicial efectiva y las interpretaciones que esta Sala ha efectuado sobre las disposiciones constitucionales que prevén varias de esas instituciones jurídicas, al declarar, según afirma la parte solicitante, de forma inmotivada, que el delito de homicidio intencional a título de dolo eventual no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, por lo que condenó al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Penal derogado (hoy 409) y 467 del Código orgánico Procesal Penal.

Ahora bien, el artículo 25, numerales 10 y 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia disponen lo siguiente: "Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...)

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los Tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales. 11. Revisar las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales.

Por su parte, en lo que respecta a las sentencias definitivamente firmes que pueden ser objeto de revisión, esta Sala ha sostenido lo siguiente: "...Sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, esta Sala posee la potestad de revisar lo siguiente: 1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país. 2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia. 3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional. 4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional..." (sentencia N° 93 del 06 de febrero de 2001).

Ahora bien, observa esta Sala, por notoriedad judicial, que hasta el momento en que fue dictado el fallo objeto de la solicitud de autos, la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia había reconocido la existencia de la figura del dolo eventual en el ordenamiento jurídico patrio e, inclusive, en algunos casos había dictado sentencias condenatorias -propias- por la comisión de delitos dolosos fundamentados en uno de los tipos de dolo que reconoce la doctrina y la jurisprudencia de forma prácticamente unánime, es decir, en el dolo eventual.

A continuación se citarán parcialmente algunos de esos pronunciamientos, no sin antes señalar que su reproducción en esta decisión no implica que esta Sala avale todos los criterios vertidos en ellas.

Así, en la decisión N° 656 del 16 de mayo de 2000, caso: Domingo José Muñoz Romero, la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, señaló lo siguiente:

"...omissis...A juicio de este Sala los hechos que resultan de los autos que cursan en el expediente son los siguientes: el imputado y su defensa sostuvieron en todo momento que el resultado luctuoso había sido accidental y la explicación es verosímil: que la escopeta por lo común se descarga y recarga en la noche, por razones de seguridad. Esto lo corroboró la esposa del imputado en su declaración, que aunque no puede apreciarse como una prueba -por haber el estado de cónyuges- sí puede serlo como un indicio y todo de acuerdo con el hoy derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, aplicable para el momento en que ocurrió el hecho. Explicó el imputado que tomó el arma sólo para amedrentar y no se percató de que estaba cargada. Y que fue así como sin querer se le escapó un tiro y causó la muerte a su compadre. Tales extremos no fueron desvirtuados en el debate probatorio: es cierto que hubo testigos que afirmaron haber visto al imputado disparar la escopeta; pero esto no contradice la versión del imputado, quien nunca negó que el disparo letal partió de su escopeta. Lo que el imputado alega es que el hecho fue accidental, por las razones antes señaladas. Y esto, insiste la Sala, no está desmentido por las testimoniales puesto que éstas afirman que el imputado produjo el disparo, mas no afirman que lo produjo con "**animus occidendi**" u homicida. De

manera que tales testimonios coinciden con los otros en identificar al imputado como la persona que le disparó, lo cual tampoco está ni estuvo en disputa porque así lo reconoció el imputado. En lo que sí difirieron unos y otros testimonios es en que unos añaden a la descripción del hecho su causa y la atribuyen a un accidente, y los otros no distinguen cuál fue la voluntad del imputado o, al menos, no refutan la posibilidad de que haya sido como éste lo afirmó, es decir, de modo culposo. Además es obvio que hubo circunstancias que causaron un **arrebato** en el imputado: el solo hecho de que se aglomeraran por sistema unos individuos frente a la casa de un ciudadano, en la que tiene su hogar éste y vive con su joven esposa e hijos pequeños, ya es motivo de disgusto. Si a esto se añade que tales individuos se dedicaban a consumir “drogas” allí, se comprende todavía más el malestar del imputado porque hasta había el evidente peligro de que los intoxicados atacaran a su familia e incluso sexualmente a su esposa. Y si se agrega que **ya el imputado en varias ocasiones había reclamado a los individuos esa actitud y había tenido que empuñar esa misma arma para disuadir y defender a su familia (esposa e hijos), hogar y aun a sí mismo**, se comprende mucho mejor el disgusto o arrebato que sufrió el imputado ante la nueva e implícita agresión, o cuando menos provocación. Si se emplea la empatía, esto es, la virtud de **saber ponerse en lugar de los demás**, se aceptará que el imputado sufrió una evidente e **injusta provocación** que le causó una **ira** rayana en el **enajenamiento temporal**. Ese estado anímico de iracundia e irregular por tanto, siempre configura una voluntad **imperfecta**. La indagación psicológica en el homicidio es indefectible cuando hubo **cólera e ira** causadas por injusta provocación. Este proceso psicológico, que se alarga en todo el “íter criminis” y perturba la normalidad de la consciencia y de la voluntad, es según ALTAVILLA **mucho más influyente en los delitos culposos que en los de dolo directo**. Por lo mismo ha de excluirse la posibilidad de que haya habido en imputado un dolo eventual o mixtura de dolo y culpa, ya que es palmario que su voluntad y consciencia estaban alteradas y su capacidad de representarse resultados estaba claramente disminuida.

En virtud de lo expuesto, la Sala juzga que el Juez de la recurrida incurrió en error de Derecho en la calificación de los hechos dados por probados en el fallo, porque constituyen el delito de homicidio culposo y no el delito de homicidio intencional, lo que hace procedente el presente recurso de casación. Así se declara. En consecuencia y según lo ordenado en el Código Orgánico Procesal Penal, pasa a resolver sobre el mérito del asunto objeto del proceso, con estricta sujeción a lo aquí decidido, para lo cual se observa: La pena correspondiente al procesado, de conformidad con el artículo 411 del Código Penal, se determina a continuación:

Al delito de Homicidio Culposo corresponde una pena de **prisión de seis meses a cinco años**, cuyo término medio de conformidad con el artículo 37 del Código Penal es de **dos años y nueve meses**.

Ahora bien, por cuanto se encuentra acreditado en autos, con la respectiva certificación cursante al folio 68 del expediente, que el imputado de autos no registra antecedentes penales, se aplicará la rebaja de la pena establecida en el ordinal 4º del artículo 74 del Código Penal, que resulta de aplicar ésta en menos del término medio pero sin bajar del límite inferior, quedando por cumplir una pena de seis meses de prisión.

El encausado también deberá cumplir con las penas accesorias contempladas en los artículos 16 y 34 del Código Penal. ...omissis...” (subrayado añadido).

Por su parte, de la precitada decisión se desprende que la Sala de Casación Penal excluyó, en el caso que resolvió a través de la misma, que el imputado haya actuado de forma dolosa mediante dolo eventual, de lo que se puede deducir que ese órgano jurisdiccional reconoció, en esa medida, la existencia de esa modalidad de obrar doloso en el ordenamiento jurídico venezolano.

Por su parte, en la sentencia N° 1463, del 9 de noviembre de 2000, caso: José Eudenio Pereira Castellanos, la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, asentó lo siguiente:

“...omissis...Dio origen al presente juicio el hecho ocurrido el 1º de agosto de 1999 en horas de la tarde, cuando los ciudadanos JOSÉ PEREIRA CASTELLANOS y JOSÉ GILBERTO RIVAS GONZÁLEZ ingerían alcohol en la casa del ciudadano ROSALINO GONZÁLEZ GARCÍA. La esposa de este último, ciudadana MARÍA RAMONA TORRES VÁSQUEZ, al ver que el ciudadano JOSÉ PEREIRA CASTELLANOS se encontraba muy interesado (eróticamente) en su hija menor de doce años, salió al porche y le dijo a los visitantes que se fueran, trancó la puerta y, al hacerlo, el ciudadano JOSÉ PEREIRA CASTELLANOS disparó varias veces contra la puerta y huyó con el ciudadano JOSÉ GILBERTO RIVAS GONZÁLEZ. La señora MARÍA RAMONA TORRES VÁSQUEZ recibió varios impactos de bala que le causaron la muerte y su hijo RICHARD GONZÁLEZ TORRES resultó lesionado en la pierna por una de las balas, porque se encontraba detrás de la puerta (junto con su madre) al producirse los disparos. ...omissis...En el presente caso la recurrida consideró demostrado los delitos de homicidio intencional, lesiones personales menos graves y uso indebido de arma de fuego, previstos respectivamente en los artículos 407, 415 y 282 del Código Penal.

Esta Sala Penal considera que el ciudadano JOSÉ PEREIRA CASTELLANOS actuó de manera intencional y no culposa, tal como se desprende de los medios probatorios promovidos y evacuados durante el juicio oral y público. Con anterioridad se transcribió la alegación de la defensa, en el sentido de que su defendido no había

tenido la intención de matar a nadie, sino de defenderse y que sus disparos no fueron “contra persona alguna sino contra una casa”. En primer término, en los autos no hay ninguna circunstancia que permita suponer siquiera que tuvo él la necesidad de defenderse: no hubo ningún ataque contra el imputado. Y después hay que considerar, como punto esencial del tema, **que si alguien dispara repetidas veces contra una casa y más exactamente contra una puerta y sabe que detrás de esa puerta hay alguien, está patentizado que sí quiere matar a alguien. Y como disparó de inmediato, esto es, al cerrarse la puerta, y sabía quiénes habían quedado detrás de la puerta porque, se reitera, las acciones (de cerrar la víctima la puerta y el imputado disparar) se sucedieron con inmediata continuidad, es evidente que tuvo el ánimo de dar muerte a esas personas que él sabía detrás de la puerta que una de ellas acababa de cerrar. ...omissis...** Si no hubiera él disparado en seguida, también habría homicidio intencional, pero a título de dolo eventual: éste ocurre cuando hay una mixtura de dolo y culpa. Representa una forma intermedia entre el dolo directo y perfecto y la culpa. Es lo que ha sido denominado en doctrina la “culpa informada de dolo”. En tal caso el agente no quiere (como una representación de primer grado) matar a otra persona, mas es tan peligrosa su acción que la probabilidad del resultado es muy grande y por esto se admite que indefectiblemente hubo ese autor de representarse el resultado mortal. Se lo representó y sin embargo no evitó su actuación y siguió desarrollándola, por lo que se le imputa el haber aceptado ese resultado que no evitó. Pero ésta (la que ahora examinase) no es la situación del dolo eventual, ya que el agente del delito sabía que la víctima acababa de cerrar la puerta y empezó a disparar hacia esa puerta. Más todavía: no sólo sabía que ahí estaba la víctima, sino también otras personas menores de edad, una de las cuales resultó baleada por el imputado.

Por tanto, hubiera sido tan absurdo cuan antijurídico, que la recurrida hubiera establecido el delito de homicidio culposo previsto en el artículo 411 “eiusdem”, por la cual esta denuncia se declara **SIN LUGAR. ...omissis...** (subrayado añadido). Al respecto, en esa decisión se aprecia con mayor claridad aún que la Sala de Casación Penal, con anterioridad al pronunciamiento objetado en esta oportunidad, reconocía la existencia del dolo eventual como modalidad del comportamiento doloso en nuestro marco legislativo.

Igualmente, en sentencia N° 1160, del 9 de agosto de 2000, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia expresó lo siguiente: “...omissis...Con base en el ordinal 4° del artículo 331 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, denuncian los formalizantes la violación del artículo 407 del Código Penal en el error cometido por la recurrida al calificar el hecho atribuido al imputado como Homicidio Intencional, cuando ha debido hacerlo por Homicidio Culposo, de conformidad con lo establecido artículo 441 eiusdem.

La Sala para decidir observa:

La recurrida expresa: "...Este Tribunal observa que los hechos que están suficientemente probados y que guardan relación con el elemento subjetivo de la intención, son los siguientes:

a) Que el instrumento utilizado fue un arma de fuego.

Este hecho aparece plenamente acreditado en los autos, tanto a través del protocolo de autopsia así como a través de las experticias 412 y 414, cuyo contenido y regla valorativa ya han sido señalados y se dan por reproducidos en cuanto a este punto se refiere.

b) Que la hoy occisa al momento de recibir el disparo que le quitó la vida se encontraba dentro de un vehículo marca Dodge, Aspen, modelo 1978.

Este hecho aparece plenamente demostrado en el expediente a través de los dichos de HERNAN JOSE HERMOSO BERMUDEZ, MANUEL RAMON PEINADO MARTINEZ y FRANCISCO JOSE GONZALEZ TROCONIS, cuyo contenido y regla valorativa se dan igualmente por reproducidos.

c) Que el hecho que rodeó la muerte de la hoy occisa estuvo acompañado por un gran número de disparos, lo cual se desprende de lo aseverado particularmente por los ciudadanos JOSE LUIS OTERO TORREALBA, EDIS MARGOT CARABALLO DE PADRON, LUIS GUILLERMO MONTIEL VICCY y FRANCISCO JOSE GONZALEZ TROCONIS, cuyos textos ya constan en el cuerpo de este fallo y que conforme a este extremo se valoran como plena prueba de conformidad con el artículo 261, primera parte, del Código de Enjuiciamiento Criminal, pues todos oyeron la producción de los disparos, son testigos hábiles en cuanto no están afectados por ninguna causa de inhabilidad y están contestes en afirmar que se produjeron varios disparos aun cuando no coincidían en lo relativo al señalamiento de un número exacto.

d) Sobre este mismo extremo, aparece plenamente demostrado, que el vehículo donde se encontraba la hoy occisa recibió seis impactos de arma de fuego, tal y como se desprende de la inspección ocular que cursa a los folios 37 y 38 de la primera pieza, cuyo contenido y regla valorativa también consta en el cuerpo de la presente sentencia.

Por lo tanto, tales elementos de hecho, en si mismo distintos a la intención o dolo que caracterizó la conducta del sujeto activo del delito, contribuyen sin embargo a evidenciarlo, pues conforme a las reglas generalmente admitidas, el instrumento utilizado, así como el número de balas percutadas, en el caso de arma de fuego, son elementos de hechos fundamentales para deducir si se trata o no de un comportamiento doloso. En el caso de autos, a este Tribunal no le cabe la menor duda que el autor del hecho punible procedió con una voluntad

criminalmente equivalente, y por ende igualmente reprochable, a aquellas que identifica el proceder de quien se dirige directamente hacia el resultado criminal. Es cierto que no surge en el expediente demostración que CAMILO JOSE CESAR MONTEIRO haya querido y hacia tal fin se haya dirigido su voluntad quitarle la vida específicamente a la hoy occisa, sin embargo al utilizar el arma que utilizó, al disparar el número de balas que disparó, aceptó el resultado de la muerte de alguna de las personas que dentro del vehículo se encontraban, y por lo tanto, dicha conducta, configurada por el dolo eventual, es dolosa.

Por otro lado no hay materia que olvidar que según la trayectoria del proyectil que aparece descrita en el protocolo de autopsia, el homicida se hallaba colocado hacia arriba en relación a la posición de la víctima, y desde la posición, lógicamente, tenía que aceptar como probable la producción de la muerte de alguno de los ocupantes del vehículo, pues precisamente la primera zona expuesta al impacto de los proyectiles era una de las más nobles del cuerpo humano, la cabeza, donde la producción de heridas por armas de fuego son generalmente mortales..."

Y luego:

"...En el caso de autos, este Tribunal considera que el hecho fue sumamente grave, por cuanto el encausado disparó a mansalva por un hecho en sí mismo leve, que su conducta representa un alto índice de peligrosidad y agresividad, y que cercenó por otra parte una vida joven y promisoramente útil, de quien, además, no era partícipe del hecho delictuoso que estaban llevando a cabo sus acompañantes. Es por estas razones, que considera que la pena que en definitiva cumplirá el reo será de DIEZ (10) AÑOS DE PRESIDIO..."

En virtud de lo antes señalado se evidencia que la razón no asiste a los formalizantes por cuanto el Juzgador A-quo, sí estableció los hechos constitutivos del delito de Homicidio Intencional.

En consecuencia la presente denuncia debe declarada sin lugar como en efecto así se declara. ...*omissis*..." (Subrayado añadido).

Como puede observarse en la decisión reproducida, la Sala de Casación reconoció la existencia del dolo eventual en el espectro legal de la Nación, al avalar un fallo condenatorio sustentado en la construcción conceptual que implica el dolo eventual. Por su parte, en decisión N° 1703, del 21 de diciembre de 2000, caso: Robert Alexander Terán López, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, estableció lo siguiente: "...*omissis*...La Sala N° 4 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, calificó los hechos como homicidio culposo previsto en el artículo 411 del Código Penal. Tales hechos son los siguientes:

"... *En efecto, se encuentra comprobado que en fecha 24-2-98, frente al Barrio las Nieves en las Adjuntas, vía pública, a las 7:30 de la noche aproximadamente, el ciudadano ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ, conducía un vehículo de carga, pick-up, Dodge, placas 506-ACN, 1976, vino tinto, el cual era prestado; al hacer un giro indebido "vuelta en U", impacta y engancha a la mencionada víctima que se encontraba saliendo de un módulo de teléfonos públicos y al sentir el golpe, no detuvo la marcha del vehículo sino que aceleró, arrastrando consigo el cuerpo del ciudadano WILFREDO JOSÉ MONTILLA SUÁREZ (OCCISO), el cual, como se mencionó, había quedado enganchado en el parachoques del vehículo con una pierna. También está demostrado en autos que las personas que presenciaron el hecho, clamorosamente le gritaban al conductor que llevaba a un ciudadano a rastras, y éste hizo caso omiso al llamado de la gente, imprimiéndole mayor velocidad a la camioneta en cuestión, y fue luego de avanzar 2 kilómetros y 320 metros, que detuvo la marcha y huyó del lugar, dejando abandonado el vehículo que conducía con el cadáver del ciudadano que había sido arrollado...*"

Dada la tan peligrosa acción del imputado ¿por qué no considerar el "animus necandi" o deseo de matar? Es evidente que la acción desplegada por el imputado fue **idónea para matar**.

Es indiscutible que se está en presencia de un homicidio intencional, lo único por discutir -dada la gran dificultad probatoria- sería lo del dolo. Y como no se ha establecido de modo incontestable que en semejante acción hubiera un dolo de matar directo y perfecto, se debe condenar por homicidio intencional pero a título de dolo eventual. Hay dificultad probatoria para establecer que el imputado estaba seguro de la producción del resultado mortal. Si así fuere, no habría dolo eventual sino dolo directo o perfecto o de primera clase: y esto es así porque quien actúa con dolo eventual no está seguro de la producción del resultado. Por esto JESCHECK ha dicho que tampoco satisfacen las teorías jurisprudenciales que exigen del autor haber actuado "incluso de haber conocido con seguridad el resultado", pues "precisamente, la inseguridad es característica del dolo eventual"; y en éste "ni se persigue el resultado ni es segura su producción". ("Tratado de Derecho Penal", Parte General, Bosch, 3a. edición, 1981, págs. 404 y siguientes).

En nuestro país los accidentes de tránsito causan muchos heridos y muertos. Y muchas veces la imprudencia de los conductores es tanta que así demuestran éstos desdén por la vida de otras personas: tal es el caso del exceso de velocidad, de la embriaguez y **de quien se da a la fuga pese a haber atropellado a otro**. Estas conductas trascienden la simple culpa, pues alguien que maneje a gran velocidad se representa la posibilidad de que se produzca un choque y de que mate a otros, así como quien golpea a un transeúnte y se da a la fuga, se representa la posibilidad de que muera de mengua. La omisión del deber de prestar socorro está

íntimamente ligada a los delitos dolosos en el tránsito. Por esto tal actuación es de las más graves que pueda cometer un conductor.

En Derecho Criminal se habla de **dolo eventual** cuando el agente se representa como posible o probable la consecuencia de su ejecutoria y, sin embargo, continúa procediendo del mismo modo: **acepta su conducta, pese a los graves peligros que implica y por eso puede afirmarse que también acepta y hasta quiere el resultado**. Se habla de culpa, en cuanto a imprudencia se refiere, respecto a casos típicos como el de quien descuidadamente limpia un arma e hiere accidentalmente a otro; pero **cuando la temeridad es tan extrema que refleja un desprecio por los coasociados, las muertes acarreadas deben castigarse como homicidios intencionales a título de dolo eventual**. El criminalista alemán Günther Kayser, Profesor de la Universidad de Friburgo, expresa que cada vez se usan más **el dolo eventual y el dolo de puesta en peligro**. Y concluye en que un alto porcentaje de transgresiones del tránsito son cometidas dolosamente, es decir, intencionalmente. Y el criminalista Middendorff, también alemán y Profesor en Friburgo, asegura que conducir en estado de **embriaguez**, darse a la **fuga** en caso de accidentes graves y cometer reiteradas veces infracciones de tránsito, aun simples, califican al contraventor de **criminal**. Por consiguiente **es dable que con frecuencia los delitos de tránsito reflejan la existencia del dolo eventual**.

En casos de muertes en el tránsito, cobra gran importancia discernir acerca del nivel intermedio entre "el animus occidendi" o intención de matar, por una parte, y la simple conducta imprevisiva, sin intención de matar pero que fue causa de muerte, por otra parte. Quiero describir con esto la situación de alguien en quien no había dolo homicida directo y perfecto, es decir, intención clara de matar; y que su conducta, por otro lado, fue mucho más grave que los supuestos configuradores de la simple culpa. En otras palabras: la situación de una persona cuya conducta está (en rango de gravedad) un grado más bajo que el dolo directo y perfecto, y un grado más alto que la simple culpa e involuntariedad absoluta. **Este estado intermedio entre el dolo y la culpa, esta mixtura de dolo y culpa, o esta culpa informada de dolo o por el dolo, en fin, este dolo eventual, es de sumo interés en los delitos de tránsito**.

En Venezuela el automovilismo es ultra temerario en términos de conducción e incluso a veces la publicidad televisiva **instiga a delinquir** exhibiendo con reiteración imágenes de carros a gran velocidad, camionetas dando saltos, etc. Y, en suma, promoviendo y exaltando la velocidad, el desquiciamiento y hasta la criminalidad. Y, peor aún, las autoridades de tránsito hace décadas permiten que motociclistas y automovilistas, así como autobuseros y camioneros, hagan cuanto les venga en gana, amadrigados en la más escandalosa impunidad y aumentando la muy lamentable cifra de heridos y aun muertos por esa causa. La permisividad es factor maligno y tengo la ilusión que ahora sí esas autoridades y el Poder Judicial pondrán orden al respecto y harán cesar semejante impunidad, que ha enlutado a tantas familias en Venezuela.

En este caso, no debe verse al imputado (quien principió por alterar las normas de seguridad en el tránsito al girar en "U" en un sitio prohibido) como agente de un simple homicidio culposo, esto es, de aquél cometido sin intención y sí por imprudencia: **debe vérselo como autor de un homicidio intencional, a título de dolo eventual**.

En el caso de autos, el ciudadano acusado ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ cuando indebidamente giró (vuelta en "U") el vehículo de carga que conducía impactó, enganchó y arrastró el cuerpo del ciudadano WILFREDO JOSÉ MONTILLA SUÁREZ y siguió a gran velocidad, aun cuando fue advertido por los vecinos del lugar de tal circunstancia. **Por ello los hechos establecidos por la recurrida constituyen el delito de homicidio intencional previsto en el artículo 407 del Código Penal**. El citado artículo expresa lo siguiente:

"El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona, será penado, con presidio de doce a dieciocho años".

De lo anteriormente expuesto se concluye en que la recurrida violó el artículo 411 del Código Penal, por indebida aplicación y el artículo 407 "eiusdem" por falta de aplicación. Por consiguiente, se declara con lugar esta denuncia de infracción. Así se decide.

De acuerdo con el artículo 460 del Código Orgánico Procesal Penal se pasa a rectificar la pena que ha de cumplir el ciudadano encausado ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ.

Ahora bien: el Código Penal de Venezuela no define el dolo o al menos no se refiere al dolo eventual. El artículo 61 "eiusdem" establece que nadie podrá ser castigado por un delito sin la intención de cometerlo. En esta decisión se respeta el principio de la culpabilidad, puesto que sí hubo intención homicida en el agente del delito que se juzga. Pero esa intención no fue directa y perfecta, sino que ocupa un nivel intermedio entre el dolo de primer grado y la culpa. Por lo tanto, sería injusto castigar con la pena correspondiente al homicidio intencional con dolo absoluto, al homicidio perpetrado con un dolo de menor entidad. La injusticia persistiría aun si se aplicaran las atenuantes de los ordinales 2º y 4º del artículo 74 del Código Penal, ya que la pena aplicable sería de doce años, es decir, la menor que corresponde al homicidio intencional con un dolo de primer grado. Esta laguna legislativa debe resolverse en beneficio del reo y en aras de la Justicia, cuyo valor absoluto es de rango constitucional y ha de privar sobre formalidades no esenciales: si la intención o voluntad

consciente o dolo estuvo en un grado intermedio entre el dolo perfecto y la simple culpa, la pena debe estar entre la que corresponde al homicidio intencional (12 años) y al homicidio culposo (5 años en su límite máximo), por lo que se fija en OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN.

El delito de homicidio contemplado en el artículo 407 del Código Penal tiene prevista la pena de presidio de doce a dieciocho años, esto es, quince años de presidio según el término medio, a tenor del encabezamiento del artículo 37 del citado código. Como concurre a favor del encausado la circunstancia atenuante de minoridad prevista en el ordinal 1º del artículo 74 "eiusdem", la pena aplicable es el límite inferior, que resulta doce años de presidio.

De lo antes expuesto se concluye en que el ciudadano encausado debe cumplir la pena de doce años de presidio y las accesorias de ley correspondientes por el delito de homicidio intencional. Así se decide..." (Subrayado añadido).

Frases como "es indiscutible que se está en presencia de un homicidio intencional", "es dable que con frecuencia los delitos de tránsito reflejan la existencia del dolo eventual", "este dolo eventual, es de sumo interés en los delitos de tránsito", "debe vérselo como autor de un homicidio intencional, a título de dolo eventual", "por ello los hechos establecidos por la recurrida constituyen el delito de homicidio intencional previsto en el artículo 407 del Código Penal" (aplicable *rationae temporis*), evidencian de forma incontrovertible el reconocimiento, por parte de la Sala de Casación Penal, del dolo eventual en la legislación patria.

Por su parte, en sentencia N° 159 del 14 de mayo de 2004, caso: Rafael Cumache Reyes (anulada por esta Sala mediante sentencia N° 811 del 11 de mayo de 2005, caso: *Henry Prada Gómez y Rafael Reyes Cumache*), esa misma Sala afirmó lo siguiente: "...omissis...Una vez aclarada la posibilidad de que el juzgador puede apartarse del cambio de calificación jurídica, corresponde dilucidar el segundo problema referente a la calificación de los hechos establecidos por la Sala Accidental Segunda para el Régimen Procesal Transitorio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. En efecto, la recurrida calificó los hechos como producción de incendio en forma culposa, tipificado en el artículo 357 del Código Penal y estableció lo siguiente: "...CUERPO DEL DELITO: Del minucioso estudio de las pruebas apreciadas de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos que regulaban la valoración de las pruebas en el Código de Enjuiciamiento Criminal, de acuerdo con el sistema legal tarifado, se establecen los siguientes hechos: Que el día veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993); siendo aproximadamente las siete y treinta antes merídiem (7:30 a.m.), momentos en que el ciudadano VICTOR IVAN GARCIA KENEZEVICH, quien se desempeñaba para esa oportunidad como operador de una máquina zanjadora propiedad de la empresa ABENGOA C.A., la cual realizaba trabajos en la Autopista Regional del Centro, en sentido Las Tejerías-Valencia, a la altura del kilómetro 57, colocando el cableado de fibra óptica, labor esta que venía efectuando excavando con la referida maquinaria en el hombrillo de dicha vía, la sierra de la máquina excavadora hizo contacto y perfora una tubería de gas de veinte (20) pulgadas perteneciente a la empresa CORPOVEN C.A., la cual se encontraba enterrada, produciéndose una explosión de gran magnitud arrojando un saldo de treinta y siete (37) personas muertas (calcinadas), las cuales quedaron identificadas como OSCAR ANTONIO DURAN, ARTURO AYALA WALDRON, HARRISON MARQUEZ FERREIRA, BRIGITTE JOSEFINA VARGAS LOPEZ, YOLANDA JOSEFINA MARTINEZ, WILLIE ANTONIO RAMÍREZ RADA, ANA SOLÓRZANO, OTTO ENCARNACIÓN BOWEN TORREALBA, ELISA MARGARITA GONZALEZ, WILLIAM ANTONIO CASTRO RUIZ, GONZALO HERRERA CARUTO, DINORAH MARGARITA PEREZ, JOSE ROJAS SALAZAR, FELIX RAUL PEREZ, PEDRO SANTIAGO REGALADO, PETRA MARCELA DIAZ GARCIA, JOSE GREGORIO RIVEROL, JAVIER ARTURO AYALA, CARMEN RENATA BOWEN TORREALBA, AURA MARINA DE REGALADO, JOSE EXPEDITO JIMÉNEZ, RAFAEL RAMON ESPINA GARCIA, DENIS RAFAEL ACOSTA SALGADO, EMETERIO ALBERTO BAPTISTA QUINTERO, MIGUEL EDUARDO ESPINA SOMOZA, XIOMARA JIMÉNEZ, JOSE ALBERTO ARELLANO, JESÚS QUINTÍN MELÉNDEZ GONZALEZ, DILIA MARGARITA TOVAR, DIANORA ELENA GOMEZ ARGÜELLES, JOSE DE LA CRUZ CARTAGENA SALAS, HOWARD RADA, MARIA GABRIELA FUENTES GONZALEZ, HECTOR ALEXANDER CASTRO BOWEN, JUAN ALQUIMEDES SIMON LIENDO, CLARIZA ANGELICA ZANELLI CORONEL y MARIO PEPPER CERVIZ, cinco (5) osamentas correspondientes a restos humanos los cuales no se logra determinar su identidad, catorce (14) personas heridas identificadas como LUIS FELIPE MARTINEZ, ANA CELIS COLMENARES, LUIS ENRIQUE RODRÍGUEZ, AMILCAR ALFONZO, FERNANDO DELGADO, VICTOR IVAN GARCIA KENEZEVICH, ALVARO DOMINGO MARTÍN DELGADO, PEDRO RAFAEL SÁNCHEZ LARES, LUIS MARTINEZ, ALBERTO GALIANO (HIJO), ALBERTO JOSE GALENO HERNÁNDEZ, VICENTE ANTONIO PRADO FUENTES, JESÚS RAFAEL HERNÁNDEZ y JESÚS RAMON JIMÉNEZ, así como también daños materiales a los vehículos (diecinueve) que para el momento transitaban por el lugar y que según el resultado de los peritajes a los que fueron sometidos los mismos en su conjunto sufren daños por una cantidad de SETENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS MIL BOLIVARES (Bs.

73.700.000,00), aproximadamente. Con los elementos de convicción procesal citados, se llega a la certeza que en las cercanías del lugar en el cual ocurre la rotura del gasoducto por parte de la sierra de la máquina zanjadora encargada de colocar fibra óptica, existían avisos que señalaban la existencia del gasoducto enterrado, que se observaba a simple vista la presencia del gasoducto y la prohibición de excavar, lo que aunado al Reporte del Siniestro elaborado y suscrito por los expertos adscritos al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, WILLIAMS MELEAN PERRY, NESTOR MARTINEZ RODRÍGUEZ, VICTOR LOPEZ HERNÁNDEZ y MAURY JORDAN JORDAN (folios 124 al 190, P-9), en donde, entre otras cosas, asentaron: '.... de igual forma cada 500 metros se localizaban los respectivos postes de medición catódica y señalización de prevención...'; quedó plenamente comprobado que los ciudadanos HENRY PRADA GOMEZ y REYES RAFAEL CUMACHE, quienes se desempeñaban como Ingenieros al servicio de la Empresa Abengoa, dirigían las labores de excavación, actuaron de forma imprudente, imperita y negligentes al no tomar las debidas precauciones la momento de ser advertidos de la existencia del gasoducto, produciéndose como consecuencia de ello, la explosión del gasoducto, lo que causó la muerte y lesiones a una gran cantidad de personas, así como daños materiales a diversos vehículos que transitaban por el sector, como al medio ambiente, configurándose el delito de PRODUCCION DE INCENDIO EN FORMA CULPOSA. El Tribunal de Reenvío al referirse a la culpabilidad de los ciudadanos imputados, estableció lo siguiente:

"...RESPONSABILIDAD: Con los elementos de prueba analizados y valorados conforme a Derecho en el contenido del fallo, esta Sala Accidental observa que quedó demostrado que el día 28/09/93, en horas de la mañana (aproximadamente a las 7:30 AM), en momentos en que trabajadores de la Empresa "Abengoa de Venezuela, C.A.", efectuaba labores en la Autopista Regional del Centro, específicamente a la altura de del Peaje de Las Tejerías, los cuales consistían en la colocación del cableado de fibra óptica, y que estaban bajo la supervisión de los Ingenieros REYES RAFAEL CUMACHE y HENRY PRADA GOMEZ, quienes prestaban sus servicios a la citada empresa. En momentos en que practicaban la respectiva excavación, la cual fue autorizada indebidamente por los Ingenieros adscritos al Ministerio de Transporte y Comunicaciones, ciudadanos LUIS SIMON CESIN y FERNADO MORA SALAZAR, ello motivado a que existía la prohibición expresa de realizar labores de excavación en la zona en la cual se llevaba a cabo la obra en cuestión, por Decretos Presidenciales, normativa jurídica vigente, por cuanto dicha zona es considerada zona protectora, utilizando para ello una máquina zanjadora, y no obstante de haber sido advertidos los Ingenieros de la Empresa Abengoa, de la presencia del Gasoducto correspondiente al tramo Charallave-Las Tejerías; y haciendo caso omiso a las señalizaciones de dicha tubería de gas, continuaron con la ejecución de la obra y es allí cuando la rueda de la máquina zanjadora hace contacto con la tubería de gas, la cual se encontraba enterrada, ocasionando una explosión de grandes dimensiones, que trajo como consecuencia la muerte de cuarenta y dos (42) personas, catorce (14) personas lesionadas, daños a gran cantidad de vehículos que circulaban para el momento del hecho por la citada arteria vial, los cuales ascienden a la cantidad de SETENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS MIL BOLIVARES (Bs. 73.700.000,00); así como también daños al medio ambiente y al gasoducto en sí, configurándose en consecuencia el delito de PRODUCCION DE INCENDIO EN FORMA CULPOSA, el cual se encuentra previsto y sancionado en el artículo 357 del Código Penal, al igual que la responsabilidad penal de los citados ciudadanos en el ilícito penal demostrado..."

La Sala Accidental observa:

La calificación dada a los hechos por el tribunal de reenvío sería correcta si la explosión que causó la muerte de los ciudadanos Oscar Antonio Durán, Arturo Ayala Wualdron, Harrison Márquez Ferreira, Brigitte Josefina Vargas López, Yolanda Josefina Martínez, Wilie Antonio Ramírez Rada, Ana Solórzano, Otto Encarnación Bowen Torrealba, Elisa Margarita González, William Antonio Castro Ruiz, Gonzalo Herrera Caruto, Dinorah Margarita Pérez, José Rojas Salazar, Félix Raúl Pérez, Pedro Santiago Regalado, Petra Marcela Díaz García, José Gregorio Riverol, Javier Arturo Ayala, Carmen Renata Bowen Torrealba, Aura Marina De Regalado, José Expedito Jiménez, Rafael Ramón Espina García, Denis Rafael Acosta Salgado, Emeterio Alberto Baptista Quintero, Miguel Eduardo Espina Somoza, Xiomara Jiménez, José Alberto Arellano, Jesús Quintín Meléndez González, Dilia Margarita Tovar, Dianora Elena Gómez Argüelles, José De La Cruz Cartagena Salas, Howard Rada, María Gabriela Fuentes González, Héctor Alexander Castro Bowen, Juan Arquímides Simón Liendo, Clariza Angélica Zanelli Coronel Y Mario Pepper Cerviz "y cinco osamentas correspondientes a restos humanos los cuales no se logra determinar su identidad"; y las lesiones de los ciudadanos LUIS FELIPE MARTÍNEZ, ANA CELIZ COLMENARES, LUIS ENRIQUE RODRÍGUEZ, AMÍLCAR ALFONSO, FERNANDO DELGADO, VÍCTOR IVÁN GARCÍA KENEZEVICH, ÁLVARO DOMINGO MARTÍN DELGADO, PEDRO RAFAEL SÁNCHEZ LARES, LUIS MARTÍNEZ, ALBERTO GALIANO (hijo), ALBERTO JOSÉ GALIANO HERNÁNDEZ, VICENTE ANTONIO PRADO FUENTES, JESÚS RAFAEL HERNÁNDEZ y JESÚS RAMÓN JIMÉNEZ, no hubiese sido posible su previsión sino que fue consecuencia de una conducta culposa, bien por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos, lo cual según los hechos establecidos por la recurrida, no encuadran en este tipo de culpabilidad. Tampoco encuadran los hechos narrados y valorados en autos en la llamada culpa consciente o culpa con

representación, la cual sería contraria a la anterior donde no se da ni la conciencia ni la previsión. En este tipo de culpa, la conciente (sic), el agente prevé el resultado antijurídico no como probable sino como posible, pero se acoge a su buena suerte, a su pericia o destreza para pensar que tal resultado antijurídico no se va a producir. Por lo antes señalado, en el caso de autos queda descartado que las muertes y lesiones producidas el 28 de septiembre de 1993 en la Autopista Regional del Centro (a la altura del sector “Las Guayas de las Tejerías” en el Estado Aragua) pueda calificarse en cualquiera de los tipos de delitos culposos.

¿Qué tipo de delitos fue el cometido en el caso de autos?

Hay que destacar que los ciudadanos HENRY PRADA GÓMEZ y REYES RAFAEL CUMACHE no cometieron el delito con dolo directo, pues ello supondría que se representaron como cierto y como seguro un resultado típicamente antijurídico y quisieron realizar directamente ese resultado antijurídico, tal sería el caso que los mencionados ciudadanos hubiesen producido en forma directa la explosión para asegurarse de la muerte y lesiones de las víctimas, resultado que ya estaría previsto como seguro por parte de los acusados.

Los hechos probados configuran un delito doloso pero no a título de dolo directo, ni tampoco de dolo de consecuencia necesaria que pudiera acompañar al dolo directo; sino a título de dolo eventual que se da cuando el agente se representa el resultado, no como un dolo directo en forma segura y cierta, sino como posible y probable.

Para Bettioli, el dolo eventual es “la previsión de un evento como consecuencia meramente posible de la acción, lo cual implica necesariamente la voluntariedad del evento mismo, pero ello no excluye, que la actitud de la voluntad frente al resultado previsto, de indiferencia o de ratificación del mismo, sean equivalentes a la voluntad del resultado”; para Altavilla, se tiene dolo eventual “cuando la intención se dirige indiferentemente a varios resultados, de modo que es como una ratificación anticipada que cualquiera de ello se realice”. La doctrina penal, tal como lo refieren los tratadistas del Derecho Penal, JIMÉNEZ DE ASÚA, REYES ECHANDIA, MUÑOZ CONDE, BACCIGALUPO; y entre nosotros MENDOZA TROCONIS, TULIO CHIOSSONE, ARTEAGA SÁNCHEZ y GRISANTI AVELEDO, entre otros, son unánimes en cuanto a señalar los anteriores elementos que configuran el dolo eventual.

Igualmente esta Sala de Casación Penal ha acogido el criterio de dolo eventual, en su decisión de fecha 21 de diciembre de 2000, con ponencia del Magistrado ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS, quien analiza en dicha ponencia los elementos configurativos del dolo eventual; llegando, sin embargo, a establecer un cálculo de pena bajo un criterio técnico acogido en esa decisión.

Hay que citar ya como parte de la doctrina nacional el anteproyecto del Código Penal, presentado por el Magistrado de ésta Sala Penal ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS, donde queda configurado el concepto de dolo eventual: “Artículo 52. Dolo. El delito es doloso cuando la gente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. Habrá dolo eventual cuando la gente se representa como probable la consecuencia de su ejecutoria pero continúa procediendo igual”. Los ciudadanos HENRY PRADA GÓMEZ y REYES RAFAEL CUMACHE, como se evidencia en la sentencia de reenvío se representaron como posible y probable, la explosión que produjo las víctimas en esta causa y más aún, no pensaron en poderlo evitar con su buena suerte o su pericia, sino que adoptaron una conducta indiferente ante este hecho probable, importándole únicamente la ejecución del contrato que le estaba encomendado a la empresa AVENGOA DE VENEZUELA C.A., la cual representaban como ingenieros supervisores de la obra, y aún no deseando este resultado antijurídico el cual previeron como probable, continuaron ejecutándola, no obstante las advertencias que fueron hechas y que constan en autos, tal como lo establecieron las distintas instancias que conocieron de este juicio. Cabe advertir que estos hechos no deben subsumirse en el ordinal 1º del artículo 408 del Código Penal, como lo solicitó la representación del Ministerio Público, pues el delito de homicidio calificado por medio de incendio requiere el dolo directo al utilizar el incendio en forma directa para buscar el resultado previsto y querido para cometer dicho ilícito y tal circunstancia no está probada en autos. En consecuencia, los ciudadanos imputados deben responder por la comisión del delito de homicidio intencional previsto en el artículo 407 del Código Penal a título de dolo eventual, pues esa es la calificación que corresponde a los hechos establecidos por la recurrida y así se declara.” Como ha podido apreciarse, antes de pronunciar la sentencia sometida a revisión, la Sala de Casación Penal había reconocido de forma inequívoca, pacífica y reiterada la posibilidad de condenar a una persona por homicidio doloso sobre la base del dolo eventual y, en fin, la existencia o cabida del dolo eventual en el orden jurídico. No obstante, en el fallo objeto de la presente decisión, la mencionada Sala no sólo obvió cualquier mención a ese criterio precedente y reiterado, sino que sostuvo uno totalmente contrario al mismo, al negar tal posibilidad y existencia en nuestra legislación (del homicidio doloso fundamentado en el dolo eventual), sin fundamentar el porqué de ese radical viraje hermenéutico, y, además, aplicando ese nuevo criterio al caso que originó la decisión objetada en revisión, es decir, a un suceso ocurrido bajo la vigencia de la interpretación jurisprudencial abandonada y, por ende, dándole eficacia retroactiva al nuevo razonamiento asumido, tal como lo afirmó el Ministerio Público en la solicitud que aquí se decide. En tal sentido, esta Sala se ha pronunciado en múltiples oportunidades respecto

a los principios jurídicos de confianza o expectativa legítima, seguridad jurídica, igualdad ante la ley, debido proceso y tutela judicial efectiva, así como también respecto de los correlativos derechos constitucionales a la seguridad jurídica, a ser tratado con igualdad ante la ley, a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Así pues, en sentencia N° 956 del 1 de junio de 2001, caso: *Fran Valero González y otro*, esta Sala señaló lo siguiente: “...omissis: La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no contrarios a derecho.”

Si un tribunal no despacha un día fijo de la semana, sorprendería a los litigantes si hace una clandestina excepción (ya que no lo avisó con anticipación) y da despacho el día cuando normalmente no lo hacía, trastocándole (sic) los lapsos a todos los litigantes.

Igualmente, si en el calendario del Tribunal aparece marcado con el signo de la inactividad judicial un día determinado, no puede el Tribunal dar despacho en dicha ocasión, sorprendiendo a los que se han guiado por tal calendario, ya que el cómputo de los lapsos, al resultar errado, perjudicaría a las partes en los procesos que cursan ante ese juzgado.

En ambos ejemplos, la expectativa legítima que crea el uso judicial, incide sobre el ejercicio del derecho de defensa, ya que éste se minimiza o se pierde, cuando la buena fe de los usuarios del sistema judicial queda sorprendida por estas prácticas.

En consecuencia, si la interpretación pacífica en relación con la perención realizada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha partido de la prevalencia de lo establecido por el Código de Procedimiento Civil, el cambio inesperado de tal doctrina, perjudica a los usuarios del sistema judicial, quienes de buena fe, creían que la inactividad del Tribunal por más de un año después de vista la causa, no produciría la perención de la instancia. Omissis...” (Subrayado añadido).

En este orden de ideas, en sentencia N° 3057, del 14 de diciembre de 2004, caso: esta Sala señaló lo siguiente: “omissis...Para esta Sala la reiteración y la uniformidad constituyen exigencias cardinales para la determinación de la existencia de un criterio jurisprudencial; no obstante, las mismas no son absolutas ya que, algunas veces, la jurisprudencia es vacilante y no se consolida. Por otra parte, en algunos supuestos (excepcionales) podría ser suficiente una sola sentencia como por ejemplo, cuando se produce un cambio de criterio mediante un razonamiento expreso y categórico, o cuando se dilucida por vez primera un asunto o cuando la falta de frecuencia de casos análogos no permita la reiteración de la doctrina legal.

En anteriores oportunidades esta Sala ha hecho referencia a los criterios jurisprudenciales, sus cambios y la relación que existe entre los mismos y los principios de confianza legítima y seguridad jurídica en el ámbito jurisdiccional en los siguientes términos: “En sentencia n° 956/2001 del 1° de junio, caso: *Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero*, que aquí se reitera, esta Sala señaló: ‘La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho’. Con la anterior afirmación, la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases sobre la confianza que tienen los particulares en que los órganos jurisdiccionales actúen de la misma manera como lo ha venido haciendo, frente a circunstancias similares.”

Así, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico, con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala, la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho. Sin embargo, la motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso sub iudice, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, deben procurar acoger para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Por ello, la doctrina de casación, sin ser fuente formal del Derecho, en virtud de que sienta principios susceptibles de generalización, cuya desaplicación puede acarrear que la decisión proferida en contrario sea casada, se constituye en factor fundamental para resolver la *litis* y, en los casos en que dicha doctrina establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdaderas normas generales.

De tal forma, que en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del

conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos.

No se trata de que los criterios jurisprudenciales previamente adoptados no sean revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente.

Conforme a lo expuesto, esta Sala ha reiterado en múltiples fallos (Vid. sentencia n° 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: *Salvador de Jesús González Hernández*, entre otras), que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho". (Subrayado añadido)

Del fallo que antecede cuya doctrina aquí se ratifica se deduce que los cambios de criterios jurisprudenciales se producen cuando el Tribunal altera o modifica explícita o implícitamente la doctrina que había asentado con anterioridad; sin embargo, es preciso el señalamiento de que no todo abandono de un criterio anterior supone indefectiblemente un cambio de criterio jurisprudencial, ya que puede que el mismo sea aparente, fenómeno éste que "tiene su origen en la inercia de entresacar frases generales de las sentencias sin preocuparse del caso debatido o de limitarse al fallo sin conocer las verdaderas circunstancias del caso" o "cuando se invocan sentencias anteriores como contrarias a la actual y las citas extraídas son obiter o bien la invocación es errónea porque la sentencia invocada o no tiene que ver con la cuestión debatida o dice lo mismo que la sentencia actual". (Cfr. Puig Brutau, J. Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo, Medio Siglo de Estudios jurídicos, Valencia, España 1997, p. 189).

Tampoco existe cambio de criterio jurisprudencial cuando la nueva doctrina se deriva de un cambio en la legislación o si el Tribunal se pronuncia, por primera vez, respecto del caso en litigio o este es diferente al que invoca la parte como jurisprudencia aplicable.

Asimismo, se desprende de la doctrina que fue transcrita, que la Sala Constitucional tiene potestad para la revisión del cambio de criterio jurisprudencial de las demás Salas de este Tribunal, en tanto y en cuanto dicho cambio vulnere derechos o principios jurídicos fundamentales, bien sea porque carezca de una motivación suficiente y razonable, es decir, aparezca como arbitrario o irreflexivo; o cuando la nueva interpretación de la Ley no sea válida para la resolución de una generalidad de casos, sino tan sólo del caso concreto, o cuando se le dé eficacia retroactiva, es decir a situaciones jurídicas o fácticas que surgieron con anterioridad al cambio pero cuyo litigio se resuelve con base en dicha mutación de criterio jurisprudencial, máxime si la norma incorpora algún obstáculo o requisito procesal o sustantivo que no se exigía para el momento en que se produjo la relación jurídico material o que el mismo entrañe una limitación, desmejora o restricción significativa de un derecho o facultad o comporte una evidente situación de injusticia.

En el caso *sub examine*, advierte esta Sala que en la sentencia n° RC-00457/2004, la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia cambió el criterio jurisprudencial que había asentado en decisión n° 58 de 21 de marzo de 2000, caso: *Hildegardis Mata de González y otros vs Pedro Rafael Palacios Barrios y Tucker Energy Services de Venezuela S.A.* respecto de la aplicación supletoria del artículo 223 del Código de Procedimiento Civil al emplazamiento por carteles que establecía el artículo 77 de la derogada Ley de Tránsito Terrestre de 1996, tal y como lo afirmó la solicitante, lo cual comprobó esta Sala por notoriedad judicial mediante la lectura de ambos fallos en el sitio web de este Tribunal, en el que, además, encontró que, con posterioridad al cambio de criterio en cuestión, se produjo una decisión en un caso análogo en la que se acogió esa nueva doctrina. (Vid. s.S.C.C. RC-00616/2004 de 15 de julio, caso: *Sebastiano Mangiafico Latina*).

Observa esta Sala que, en la sentencia cuya revisión se pretende, la Sala de Casación Civil no precisó el por qué abandonó o se apartó del criterio que imperaba para ese entonces, es decir, el por qué adoptó la nueva orientación, por lo que dicho cambio jurisprudencial careció de motivación.

Comprueba, además, esta Sala que en dicho veredicto se le dio eficacia retroactiva al cambio de criterio jurisprudencial por cuanto se aplicó para la resolución del caso que lo originó, lo cual vulneró los principios jurídicos fundamentales de seguridad jurídica y confianza legítima, así como el derecho constitucional a la igualdad de la recurrente en casación (aquí solicitante), quien tenía la expectativa plausible de que su asunto se decidiera de acuerdo con la jurisprudencia que imperaba, para ese entonces, en casos análogos.

Bajo tales premisas, concluye esta Sala que ha lugar a la revisión de dicho fallo el cual se apartó de la doctrina vinculante que sentó esta Sala en sentencias n°s 956/2001 del 1° de junio, caso: *Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero*; 1032/2003 del 05 de mayo, caso: *Poliflex C.A.*; 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: *Salvador de Jesús González Hernández* y 401/2004 del 19 de marzo, caso: *Servicios La Puerta S.A.*

Omissis...". En sentencia 3180, dictada el 15 de diciembre de 2004, caso: *Tecnoagrícola Los Pinos Tecpica, C.A.*, la Sala estableció lo siguiente: "Seguridad Jurídica se refiere a la cualidad del ordenamiento jurídico, que

implica certeza de sus normas y consiguientemente la posibilidad de su aplicación. En ese sentido en Venezuela existe total seguridad jurídica desde el momento que la normativa vigente es la que se ha publicado, después de cumplir con los diversos pasos para su formación, en los órganos de publicidad oficiales, por lo que surge una ficción de conocimiento para todos los habitantes del país, y aún los del exterior, de cuál es el ordenamiento jurídico vigente, el cual no puede ser derogado sino por otra ley, que a su vez, tiene que cumplir con los requisitos de validez en su formación, y con los de publicidad.

Pero, a juicio de esta Sala, este no es sino un aspecto de la seguridad jurídica, ya que el principio lo que persigue es la existencia de confianza por parte de la población del país en el ordenamiento jurídico y en su aplicación, por lo que el principio abarca el que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes; y porque la interpretación de la ley se hace en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán.

Estos otros dos contenidos generales de la seguridad jurídica (a los cuales como contenido particular se añade el de la cosa juzgada), se encuentran garantizados constitucionalmente así: el primero, por la irretroactividad de la ley sustantiva, lo que incluye aspectos de las leyes procesales que generan derechos a las partes dentro del proceso (artículo 24 constitucional); y el segundo, en la garantía de que la justicia se administrará en forma imparcial, idónea, transparente y responsable (artículo 26 constitucional), lo que conduce a que la interpretación jurídica que hagan los Tribunales, en especial el Tribunal Supremo de Justicia, sea considerada idónea y responsable y no caprichosa, sujeta a los vaivenes de las diversas causas, lo que de ocurrir conduciría a un caos interpretativo, que afecta la transparencia y la imparcialidad.

Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la mayor responsabilidad en la interpretación normativa, ya que es la estabilización de la interpretación lo que genera en la población y en los litigantes, la confianza sobre cual sería el sentido que tiene la norma ante un determinado supuesto de hecho (a lo que se refiere la uniformidad de la jurisprudencia)".

En ese orden de ideas, en decisión N° 5082, del 15 de diciembre de 2005, caso: *Rafael José Flores Jiménez*, la Sala estableció lo que sigue: "El simple cambio de una línea jurisprudencial no debe obedecer a caprichos irrazonables o a simples intereses particulares, sino debe atender a razones de mérito que justifiquen en un determinado momento el vuelco legal, mediante la elaboración por parte de la Sala protagonista o innovadora del cambio jurisprudencial de las justificaciones que incidieron en dicha variación, ya que si bien la sentencia constituye el acto por excelencia de los órganos jurisdiccionales mediante la cual se logra la resolución de una controversia suscitada entre dos partes, la misma cuando es emanada del Máximo Tribunal tiene por finalidad mitigada establecer una uniformidad jurisprudencial entre los Tribunales integrantes de la República.

Aunado a ello, debe atenderse al momento de realizar un cambio jurisprudencial al impacto social que pudiera tener dicha decisión dentro del orden social, más aun dentro de nuestra sociedad donde existe un colectivo necesitado de una justicia idónea y social que tienda a equilibrar las desigualdades imperantes entre los seres humanos.

Así pues, debe reafirmarse que si bien podríamos hablar dentro de nuestro ordenamiento jurídico del principio de continuidad jurisprudencial, atendiendo a los precedentes que pueda emitir esta Sala Constitucional, como una conducta críticamente evaluada, debe advertirse que mitificar su respeto irrestricto al cambio de criterios constituye una conducta igualmente reprochable, ya que ello conduciría a una petrificación a todas luces indeseable, de nuestras interpretaciones legales y constitucionales.

En consecuencia, ello debe hacerse –cambio de criterio jurisprudencial–, además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación constitucional que al Tribunal compete. Si los cambios u oscilaciones bruscos de orientación o sentencias "overruling", que quiebran abruptamente una línea jurisprudencial, son siempre peligrosos porque cuestionan la idea misma de la justicia (la igualdad en la aplicación de la Ley) lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata, cuya legitimidad resulta menoscabada por los frecuentes cambios de doctrina." (Subrayado añadido).

En el mismo sentido de la decisión parcialmente transcrita, se encuentra la sentencia N° 578 del 30 de marzo de 2007, caso: *María Elizabeth Lizardo Gramcko De Jiménez*, en la cual estableció lo siguiente: "La confianza legítima o expectativa plausible se encuentra estrechamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, el cual refiere al carácter del ordenamiento jurídico que involucra certeza de sus normas y, consiguientemente, la posibilidad de su aplicación, toda vez que lo que tiende es a la existencia de confianza por parte de la población del país, en el ordenamiento jurídico y en su aplicación. De allí que comprenda:

1.- El que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes.

2.- Que la interpretación de la ley se haga en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán.

...omissis...La uniformidad de la jurisprudencia es la base de la seguridad jurídica, como lo son los usos procesales o judiciales que practican los Tribunales y que crean expectativas entre los usuarios del sistema de justicia, de que las condiciones procesales sean siempre las mismas, sin que caprichosamente se estén modificando, sorprendiéndose así la buena fe de los usuarios del sistema."En sentencia N° 464 del 28-03-08, esta Sala asentó lo siguiente: "...omissis.....el principio de seguridad jurídica, supone que los cambios en el sentido de la actuación del Poder Público, no se produzcan en forma irracional, brusca, intempestiva, sin preparar debidamente a los particulares sobre futuras transformaciones, pues ello, atentaría contra las expectativas de continuidad del régimen legal y de los criterios preexistentes.

En el orden de las ideas anteriores, García Morillo (**Derecho Constitucional** Vol. I. Valencia: Cuarta Edición. pág. 65) afirma, que la seguridad jurídica consiste en la "...regularidad o conformidad a Derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos y, muy especialmente, de la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones públicas y los jueces y tribunales".

En criterio del referido autor, dicho principio, propugna la exclusión del comportamiento imprevisible generador de inseguridad jurídica, pues "...sólo en un ordenamiento en la que la seguridad jurídica sea un principio predominante pueden los ciudadanos defender adecuadamente sus intereses y derechos."

De la misma manera, Villar Palasí **Derecho Administrativo. España:** Universidad de Madrid 1968, 143) apunta, que la confianza legítima tiende "...en esencia a la necesaria protección por medio de los tribunales frente al acto arbitrario", es decir, plantea la noción de previsibilidad en el comportamiento y en la aplicación del derecho por los Poderes Públicos, lo cual supone proporcionar un margen de certeza en la actuación del Estado.

Así, el principio in comento tiende a que los particulares, conozcan de antemano qué conducta puede suponer la modificación de su status jurídico. De allí, que el Magistrado Levis Ignacio Zerpa, (La Interpretación Judicial. **Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica.** Tribunal Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 3. Caracas. 2004. pág. 324) certeramente sostenga, que "...hay sujetos cuya interpretación de alguna forma va a tener mayor trascendencia que otras. Es el caso del juez, dado que el derecho tiene una función predictiva, muy vinculada a la idea de seguridad jurídica, ya que se espera que las interpretaciones se conserven dentro de unas determinadas líneas; no con la idea de que no puedan cambiar, pero sí con la idea de que se pueden hacer ciertas predicciones razonables sobre las decisiones, las cuales constituyen verdaderos antídotos contra las interpretaciones extravagantes o las interpretaciones inesperadas; esas interpretaciones que nadie había visto y un buen día alguien con alguna genialidad, con esos destellos que pueden a veces llegarle a alguien, surja una interpretación que nadie esperaba." (Criterio ratificado, en sentencia N° 1232, del 26 de noviembre de 2010, entre otras)

Así pues, examinar la actuación de la Sala de Casación Penal en el fallo objeto de la presente revisión, a la luz de los precitados criterios jurisprudenciales, lleva a concluir que la misma violó varios principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, pactos y convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, como lo son los principios de confianza o expectativa legítima, seguridad jurídica, igualdad ante la ley, debido proceso y tutela judicial efectiva, así como también lesionó varios derechos constitucionales relacionados con esos principios, como lo son los derechos a la seguridad jurídica, a ser tratado con igualdad ante la ley, a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, obviando tácitamente interpretaciones del Texto Constitucional contenidas en referidas sentencias dictadas por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado.

En efecto, al desplegar tal actuación, la mencionada Sala de este Máximo Tribunal de la República violó la expectativa plausible que radicaba en cabeza del Ministerio Público, de que, cuando menos, esa juzgadora no aplicase el nuevo criterio al caso que lo determinó, toda vez que hasta ese momento había sostenido una jurisprudencia totalmente contraria a la adoptada en esa oportunidad, la cual, además, era mantenida de forma unánime por ese Alto Órgano Jurisdiccional.

Sin lugar a dudas, esa actuación era imprevisible, circunstancia que impidió que el Ministerio Público actuara en razón de la misma, bien siguiéndola y fundamentando su actuación en otro u otros tipos penales, de ser el caso, o bien oponiéndose a la misma a través de los recursos y alegatos correspondientes, circunstancia que impidió que el solicitante de autos defendiera la posición que elegiría asumir frente a ese caso, incidiendo negativamente en los derechos a la defensa, a la seguridad jurídica, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Asimismo, la delatada aplicación retroactiva del nuevo criterio adoptado por la Sala de Casación Penal quebrantó el principio de igualdad ante la Ley, toda vez que a un caso ocurrido bajo la vigencia del criterio contrario (desechado), le dio un tratamiento distinto al que había dado a otros tantos que también ocurrieron en ese tiempo (algunos de los cuales fueron intervenidos por sentencias propias de esa Sala, mediante las

cuales se apartó de calificaciones más benignas, fundamentándose en el concepto del dolo eventual, en otras palabras, dictó sentencias condenatorias más gravosas que las proferidas por la instancia, bajo el sustento del dolo eventual), todo lo cual ocurrió sin plantear siquiera tal cambio de razonamiento, el porqué del mismo y el porqué de su aplicación contraria al principio *tempus regit actum*.

Sobre el principio de igualdad ante la Ley esta Sala ha sostenido reiteradamente lo siguiente: “...omissis...
...el referido artículo [21 constitucional] establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Esta Sala ha sostenido con anterioridad que el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación- (*vid.* sentencia n° 898/2002, del 13 de mayo). En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos (*vid.* GUI MORI, Tomás. *JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ÍNTEGRA 1981-2001*. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona, 2002, p. 332). Lo que podría resumirse en dos conclusiones: “No asimilar a los distintos, y no establecer diferencias entre los iguales”.

De igual forma, esta Sala ha reconocido en varios fallos, que el respeto al principio o derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación es una obligación de los entes incardinados en todas las ramas que conforman el Poder Público, de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho y que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria. (*vid.* sentencias 536/2000, del 8 de junio; 1.197/2000, del 17 de octubre; y 1.648/2005, del 13 de julio).

Tomando en consideración esta última afirmación, debe señalarse que dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley *strictu sensu*, también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley (*vid.* GUI MORI. Ob. Cit., p. 331).

A mayor abundamiento, y con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos de esta rama del poder público -a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento es susceptible de conllevar a la movilización del aparataje de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la ley correspondiente, sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad...Omissis...” (Vid. sentencia N° 266, del 17 de febrero de 2006, caso: José Joel Gómez Cordero”).

Así pues, esta Sala observa que al declarar la inexistencia del tipo de homicidio intencional a título de dolo eventual y, en consecuencia, sustituirle al acusado de autos la condenatoria por homicidio doloso por la de homicidio culposo, mientras que hasta ese momento la referida Sala había dictado incluso decisiones propias -condenatorias- sobre la base del dolo eventual, como ha podido apreciarse, quebranta el principio constitucional de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 21 del Texto Fundamental, así como también la tutela judicial efectiva contemplada en el artículo 26 *eiusdem*.

Ahora bien, en lo que respecta a lo sostenido en el fallo objeto de la presente solicitud revisión, según el cual el tipo penal de homicidio intencional a título de dolo eventual no está descrito como delito en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, condenar a alguien por homicidio intencional sobre la base del dolo eventual implicaría una aplicación analógica de la ley y, por tanto, contrariaría al principio de legalidad penal, reconocido expresamente en el artículo 49.6 Constitucional, esta Sala inexorablemente debe formular algunas consideraciones, por cuanto estima que la Sala de Casación Penal realizó un errado control de la

Constitucionalidad en el presente asunto, al examinar la calificación jurídica que sustentó la sentencia condenatoria que dio lugar a la decisión *sub examine* a la luz de la señalada norma constitucional y, en fin, al aplicar indebidamente la referida disposición principista, además de obviar tácitamente interpretaciones del Texto Fundamental contenidas en sentencias dictadas por esta Sala con anterioridad al fallo sometido a valoración de esta Máxima Garante Judicial de la Constitución, como lo son las referidas a los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad (concretamente, de responsabilidad por dolo o culpa exclusivamente).

En sentencia N° 489 del 12 de marzo de 2003, caso: José Antonio Padilla, la Sala expresó que: “Así las cosas, es falsa la afirmación de la apoderada judicial del actor porque existe independencia entre el juzgamiento que debe efectuar el juez civil respecto del que debe efectuar el juez penal, ya que en el primer caso lo que debe apreciarse es si existe o no responsabilidad (culpa *in vigilando*) del dueño o de quien tiene bajo su cuidado al animal por los daños causados, mientras que en el segundo caso lo que debe examinarse es si existe o no culpabilidad (dolo o culpa) y responsabilidad en quien es señalado como autor de la transgresión del bien jurídico tutelado (vida, integridad física o moral, propiedad, etc.), siendo dicha independencia la que rompe con el alegato de tratamiento desigual y de arbitrariedad de la decisión, y que hace improcedente, conforme al criterio establecido por esta Sala en su decisión n° 898/2002, del 13 de mayo, caso: *Universidad Central de Venezuela*, la denuncia de infracción de los principios a la transparencia y a la igualdad de las partes en el proceso, y a obtener una decisión fundada en derecho, contenidos en los artículos 21, 26 y 257 de la Constitución. Así se declara.”

Como puede apreciarse, en el preciado fallo esta Sala asoció los términos dolo y culpa a la noción de culpabilidad (lo cual no le resta la cardinal importancia que tienen esos elementos subjetivos en los ámbitos de la tipicidad y de la antijuridicidad).

En el acto decisorio N° 1744 del 9 de agosto de 2007, caso: *Germán José Mundaraín*, expresó: “En segundo lugar, dicho artículo condiciona la aplicación de las referidas sanciones (nulas actualmente), a la cualidad de “vago” o “maleante” que tenga el sujeto pasivo de aquéllas. Sobre este particular, esta Sala advierte que tales connotaciones son propias del denominado “Derecho Penal del autor”, en virtud del cual se castigan a las personas por su forma de ser o por su personalidad, y no por los hechos que realizan, modelo este que se contrapone al moderno “Derecho penal del hecho”. Ahora bien, al posibilitar el legislador estatal la aplicación de la normativa de la Ley sobre Vagos y Maleantes mediante la norma contenida en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara (siendo que aquélla establece sanciones privativas de libertad), claramente ha reflejado esta reprochable -y anacrónica- tendencia del “Derecho Penal del autor” en el texto de una norma sancionadora de naturaleza administrativa, todo lo cual resulta abiertamente contrario al **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** (*nullum crimen sine culpa*), que es aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, y el cual exige que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que su conducta pueda considerarse como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal. En el caso *sub lite*, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el **PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO**, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas para los intereses que se pretende proteger. En efecto, el Tribunal Constitucional español en STC 150/1991, de 4 de julio, señaló que “...no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos...”.

En este mismo sentido, FERRAJOLI, al analizar el principio de culpabilidad, enseña que: “... es oportuno precisar, aunque sea sumariamente, el significado jurídico del concepto de *culpabilidad*, tal como ha sido elaborado por la moderna dogmática penal. Sin adentrarnos en la discusión de las innumerables opiniones y construcciones sobre la materia, me parece que esta noción -que corresponde a la alemana de *Schuld* y a la anglosajona de *mens rea*- puede descomponerse en tres elementos, que constituyen otras tantas condiciones subjetivas de responsabilidad en el modelo penal garantista: a) la personalidad o suidada de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito; b) la *imputabilidad o capacidad penal*, que designa una condición psico-física del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y querer; c) la *intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto*, que designa la consciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de *dolo* o de *culpa*, según la intención vaya referida a la acción o resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible...” (resaltado del presente fallo) (Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Tercera edición. Madrid, 1998, p. 490).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge en su texto sin duda alguna el **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**, pero no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y

derechos. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social. El sustrato de dicho principio también puede deducirse del contenido de artículo 21 en sus numerales 1 y 2, del artículo 44.3, del artículo 46 en sus numerales 1 y 2, y del artículo 49.2 del Texto Constitucional. De igual forma, cabe señalar que el principio de culpabilidad se encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional.”

Así pues, la Sala reconoció en esa decisión el rango constitucional del principio de culpabilidad, el cual abarca, entre otros, el principio de responsabilidad por dolo o culpa exclusivamente, así como también su estrecha vinculación con el principio de legalidad.

Por su parte, esta Sala, al igual que la Sala de Casación Penal, han reconocido en gran cantidad de decisiones al dolo como elemento principal de la responsabilidad penal, conforme a lo previsto no sólo en el principio de culpabilidad, si no también en el artículo 61 del Código Penal, así como también en la configuración de la gran mayoría de los tipos penales en particular, los cuales reflejan la idea de la subsidiariedad en materia penal, al estar limitada a controlar las conductas más lesivas para los intereses jurídicos, principalmente representadas, de ordinario, en los tipos dolosos previstos en la legislación, los cuales conforman la mayoría típica en prácticamente la totalidad de los ordenamientos penales del mundo, incluyendo el nuestro.

Por su parte, en lo que respecta específicamente al dolo eventual, como manifestación de las conductas dolosas con relevancia penal, en sentencia N° 811 del 11 de mayo de 2005 (*vid. supra*), esta Sala revisó una sentencia de la Sala de Casación Penal, en la que esta última se fundamentó en la noción del dolo eventual para condenar a unos ciudadanos, pero es importante advertir que en esa oportunidad esta Sala no refutó el aspecto sustantivo referido a la calificación jurídica impuesta, sino solamente aspectos de estricto orden procedimental, de lo cual puede inferirse que si esta Sala hubiese estimado que esa calificación jurídica contrariaba el principio constitucional de legalidad penal, factiblemente se habría pronunciado en ese sentido, por razón del imperio del orden público constitucional.

Como ha podido apreciarse hasta aquí, antes de dictar la decisión objeto de la presente revisión, la propia Sala de Casación Penal empleaba, generalmente de forma unánime, esa figura en el ámbito de sus decisiones, incluso para dictar sentencias condenatorias más gravosas que las impuestas por la instancia, basándose en la apreciación del dolo eventual en el ámbito de tipos dolosos, e incluso, asociándola a la norma prevista en el artículo 61 del Código Penal, que reconoce el dolo como la regla general en el ámbito de los tipos penales y, como excepciones a esa regla, otros elementos conformadores de la responsabilidad penal, cuando ellos consten expresamente en la propia configuración típica.

En ese orden de ideas, la generalidad de la doctrina penal en Venezuela también ha reconocido que el dolo eventual es una de las formas que asume el dolo, elemento subjetivo fundamental de la responsabilidad penal en lo que respecta a los tipos dolosos.

Así, por ejemplo, entre otros tantos, según Mendoza Troconis: “*cuando entre la intención y el resultado interviene una duda, una incertidumbre, entonces existe dolo eventual. (...) La diferencia entre dolus eventualis y culpa con previsión es señalada por Jiménez de Asúa, de este modo: ‘En la culpa típica lo que hay es posibilidad de la representación del resultado y en el dolo eventual, representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con previsión se representa el agente como posible el evento. La sola diferencia está en que no lo ratifica, como en el dolus eventualis, y por el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta. En la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga’*” (Mendoza, José. *Curso de Derecho Penal Venezolano: Parte General*. Tomo II, 5ta ed., Caracas, 1965, p. 207 ss.).

Por su parte, también es prácticamente lugar común el reconocimiento del dolo eventual en la doctrina penal foránea, parte de la cual lo ha identificado o lo ha asociado, entre otros, a los términos “dolo indirecto”, “dolo condicionado” y “dolo indeterminado”, en oposición al “dolo directo”, al “dolo incondicionado” y al denominado “dolo determinado”.

Así, la doctrina penal italiana, cuya vinculación con nuestro Código Penal vigente es ordinariamente reconocida, toda vez que el mismo aun está inspirado en gran medida en el Código Penal italiano de 1889 (*vid. sentencia N° 2010 del 26 de octubre de 2007, caso: Luis Ignacio Diego Lasso*), también ha aceptado desde sus orígenes la noción del dolo eventual e, incluso, la mayoría de los autores han resaltado la trascendencia del mismo en el ámbito del Sistema Penal, por cuanto representa la categoría del dolo que lo delimita del otro gran elemento subjetivo base de la responsabilidad penal: la culpa o imprudencia *-lato sensu-*, concretamente, la imprudencia consciente, con representación o previsión, es decir, es la forma límite del dolo, de allí que prácticamente sea la más debatida en el ámbito de la Ciencia del Derecho Penal y de la Jurisprudencia.

Al respecto, un sector de la doctrina afirma lo siguiente: “Dolo directo e indirecto, determinado e indeterminado, cierto y eventual.- Se trata de distinciones sutiles, a menudo sofísticas, introducidas por la

doctrina en la noción del dolo, sin hacer más que embrollarla. Su poca solidez revela, para no decir otra cosa, la gran confusión que reina en la terminología. Solo una categoría puede decirse que no es ni inútil ni estorbosa: la del dolo llamado eventual, cuya función es señalar los límites entre el dolo y la culpa consciente. (...) El dolo eventual (*eventuelle vorsatz*), por lo tanto, consiste en prever un resultado como posible y a pesar de ello obrar para realizarlo, sin hacer nada para impedir que se verifique, por lo cual propiamente se opone al dolo directo en que el resultado se prevé como cierto (dolo cierto). (...) Querer 'eventualmente' y 'condicionadamente' significa siempre querer, ya que el querer existe o no existe, y no puede faltar solo por asumir en ciertos casos formas menos intensas. (...) Por esto el dolo eventual es dolo sic et simpliciter (simplemente así) aunque esté en los límites de la culpa" (Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal*. Vol. I, Temis, Bogotá, 1989, 585 ss.). El dolo eventual "existe cuando se quiere un efecto y subsidiariamente otro (Tizio dispara sobre Caio para herirlo sin que lo entretenga la idea de la posibilidad de matarlo)" (Manzini, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1933, p. 625). Subrayado añadido. "Hay dolo eventual cuando el sujeto con todo y querer el resultado que se propone conseguir, se representa como posible la realización del otro resultado, cuyo riesgo acepta. Por ejemplo, Pedro al querer disparar para herir a Juan, prevé como posible herir a Digo, que está cerca a él, y sin embargo, corriendo el riesgo de su conducta, dispara y hiere a Diego (Rainieri, Silvio. *Manual de Derecho Penal*. Tomo I, rad. Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1975, pp. 393-394). Subrayado añadido. El dolo eventual se presenta "cuando la voluntad no se dirige directamente sobre el evento (hecho), si no que el agente lo acepta como consecuencia eventual "accesoria" de la propia conducta" (Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale: Parte Generale*. Seconda edizione, DEDAM, Padova, 1988, p. 306). Subrayado añadido. En lo que respecta a la doctrina foránea en general, también se encuentran otras referencias al dolo eventual, casi tantas como doctrinarios existen en materia penal.

Así, según algunos autores, "Querido es lo que el autor toma a su cargo con su intención. Este es el dolo condicionado o 'dolus eventualis' del autor. Con otras palabras: es querida dolosamente la parte del hecho pensada como posible y, muy especialmente, el resultado pensado como tal, en tanto que el autor lo ha tomado a su cargo con su acción" (Mezger, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. De 6ta ed. alemana - 1955- Conrado Finzi y Ricardo Núñez, editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 230). Subrayado añadido.

"El dolo eventual no basta para abarcar todos los casos en que, por necesarias razones de política criminal, debe admitirse que hay dolo (y en las cuales, conforme a las concepciones de la doctrina dominante se afirma, desde la perspectiva dogmática, que hay dolo). Son muy frecuentes los casos en los cuales el autor, sin desear ni tener por necesario el resultado, está, no obstante, decidido a obtener el objetivo extratípico por el perseguido; para lo cual tiene conscientemente en cuenta determinada probabilidad de concreción del resultado típico o, en todo caso, consiente en su realización, o se conforma con ella; o bien, por último, consiente en la no deseada o, al menos, indiferente concreción del resultado, porque la inserción del riesgo es la *conditio sine qua non* de su actuar, al que no quiere renunciar. Tales disquisiciones, desordenadamente mencionadas, tomadas en parte del saber y en parte del querer del autor, designan los límites más externos imaginables, que ahora cabe precisar exactamente, de lo que se conoce por dolo eventual (*dolus eventualis*) / El dolo eventual, en consecuencia, se caracteriza porque la ejecución de la acción peligrosa es para el autor preferible a la íntegra renuncia a la acción, a pesar de la posibilidad de la concreción del resultado" (Maurach, Reinhart. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. de la 7ma ed. alemana Jorge Bofill y Enrique Aimone, Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 386 ss.) Subrayado añadido.

"El dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo. Pero no se trata tanto de cuantificar un determinado grado de probabilidad que deba advertir -como pretende la teoría de la probabilidad-, cuanto de preguntar si el sujeto que advierte la posibilidad del delito cree que en su caso puede realizarse dicha posibilidad o, por el contrario, lo descarta. No importa la sola conciencia de la probabilidad estadística, sino el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular... / Es correcto exigir para el dolo eventual que pueda hablarse de un verdadero 'querer' como 'aceptar'. También es acertado señalar que para ese aceptar basta el 'conformarse con', que no requiere tanto como desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado. Pero dicha forma de querer concurre necesariamente siempre que se impulsa o mantiene voluntariamente (o, si se prefiere, siempre que se decide llevar adelante) la conducta que advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto. Quien 'toma en serio' la probabilidad del delito, en el sentido de que no la descarta, ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa... / Cuando el sujeto no descarta que su conducta puede lesionar un bien jurídico-penal ni cree posible 'confiar en' que no vaya a ser así y, pese a tal conciencia de su virtualidad concretamente lesiva, lleva adelante su acción, realiza dolosamente la conducta peligrosa, única cosa que puede prohibir la norma de determinación... concurre dolo eventual. La dogmática tradicional, centrada en la causación del resultado, tropezarán, en cambio, con la dificultad de que querer -aceptar- la acción reconocida como concretamente peligrosa no implica forzosamente querer el resultado que pueda producir. Ello confirmaría que basta para el dolo querer

la conducta prohibida, sin que sea preciso aceptar, además, el resultado. Piénsese en quien, pese a considerar muy probable el resultado y no creer posible confiar en que no se produzca, actúa en la esperanza de que no tenga lugar y hace votos por que no sea así. Este sujeto acepta el riesgo y no lo detiene la posibilidad de que se produzca el resultado, pero desea fervientemente que no tenga lugar: sin duda debe afirmarse la presencia del dolo eventual y, sin embargo, es difícil decir que se 'quiere' el resultado. Ejemplo: El terrorista que cumpliendo órdenes se aviene a colocar una bomba en un local en el que sabe que es muy posible que se encuentre un amigo suyo, lo hace con plena conciencia de que éste morirá si efectivamente se halla presente en el lugar de la explosión, pero desea con todas sus fuerzas que no sea así. Si supiera seguro que su amigo morirá, no pondría la bomba, pero ante la posibilidad de que no sea así acepta correr el riesgo esperando que no se realice, aun sabiendo que puede fácilmente no ser así. No cabe duda de que concurrirá dolo eventual si la muerte tiene lugar y, no obstante, será difícil afirmar que el terrorista 'quería' el resultado" (Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 4ed., Reppertor, Barcelona, 1996, pp. 248 ss.). Subrayado añadido. "en el dolo eventual (también llamado indirecto o condicionado) el agente se representa la posibilidad de producción del resultado, pero encubre su voluntad realizadora acudiendo a una infundada esperanza de que no se produzca. La voluntad realizadora existe en la psiquis del agente, pero éste apela al recurso de no saber lo que sabe mediante una esperanza infundada, de modo que la representación de esta posibilidad no le hace desistir del plan (...) Se encubre psicológicamente la voluntad de realización cuando no se tiene ninguna razón fundada para creer que se podrá evitar el resultado: inversamente, media un rechazo serio de esa posibilidad y, por ende, no existe voluntad realizadora cuando el agente tiene razones fundadas para creer que evitará la producción del resultado" (Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura Básica del Derecho Penal*. Ediar, Buenos Aires, 2009, pp. 110 ss.). Subrayado añadido. "no se trata de una voluntad condicionada de acción (...), sino de que el autor se da cuenta de que una consecuencia secundaria sólo se realizará eventualmente (también: dolus eventuales) incluso si acaecen todas las consecuencias principales de un actuar querido incondicionadamente. La decisión acerca de lo que en tal situación es aún dolo y lo que es ya imprudencia debe adoptarse en consideración al fin de la separación entre dolo e imprudencia, es decir, en consideración a la distinción entre la causación del resultado más fácilmente evitable y aquella otra evitable con más dificultad. / Concurrirá, pues, dolo eventual, cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción (...) El mero 'pensar en' u 'ocurrirse', sin cualidad de juicio, puede denominarse, si se quiere, imprudencia consciente; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la conciencia en este tipo de imprudencia ya en su contenido no se corresponde con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo. Ejemplos: Quien para ganar una apuesta intenta acertar de un disparo a la bola de cristal que una persona sostiene en la mano, actúa con dolo eventual de lesiones si se da cuenta de que la 'aventura' pueda acabar en la lesión de una persona (...) Quien sabe que en determinada clase de contactos sexuales puede contagiar a su pareja una enfermedad, actúa con dolo de lesiones si efectúa tales contactos, y si además sabe que su pareja puede morir de la infección tiene además dolo de homicidio. Una karateka que le propina a un niño pequeño un golpe de kárate en la cabeza -siempre que especiales circunstancias no impidan la consecuencia que se impone- tiene dolo de homicidio. Si el atractivo de un juego reside en el riesgo de realización del tipo ('ruleta rusa'), por lo general los jugadores tienen dolo" (Jakobs, Günther. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. J. Cuello y J. Serrano, 2da. Ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 325 ss.). Subrayado añadido. "Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente -aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo- en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta 'decisión por la posible lesión de bienes jurídicos' es la que diferencia al dolo eventual en contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición. Hay que afirmar el dolo eventual cuando sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así -sea de buena o de mala gana- a la eventual realización del delio, se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción el resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo. Al respecto debe distinguirse la 'confianza' y una mera 'esperanza'. Quien confía -a menudo por una sobrevaloración de la propia capacidad de dominar la situación- en un desenlace airoso no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo y por tanto no actúa dolosamente. Sin embargo, quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confía en que todo saldrá bien puede en cualquier caso seguir teniendo la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada. Esta esperanza no excluye el dolo cuando simultáneamente el sujeto 'deja que las cosas sigan su curso' (Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2da ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón y otros, Civitas, Madrid, 1997, pp. 425 ss.).

Sobre el concepto de dolo, en general, Ragués señala que "existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un

tipo penal” (Ragués I Vallés, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. J. M. Bosch editor, Barcelona, 1999, p. 521)

Esas menciones doctrinales son meramente ejemplificativas y, lejos de ello, no excluyen de esta apreciación jurídica otras tantas que integran la doctrina penal, ni aspiran abrazar, al menos de forma absoluta, tal o cual línea de pensamiento en esta materia, sino que sólo persiguen evidenciar el reconocimiento que efectúan doctrinarios de la categoría del dolo eventual y, sobre todo, resaltar su trascendental importancia para garantizar la interpretación y aplicación justa de la ley en cuanto a determinar si se ha obrado de forma dolosa o no, si ha habido imprudencia o no y, de ser el caso, si se ha cometido un delito o no; en fin, para garantizar el respeto a principios y derechos fundamentales entre los que destacan los principios de legalidad y de culpabilidad, y, por otra parte, los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, a la par de los valores de la justicia, libertad, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos y la ética (vid. artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Prácticamente es lugar común en la doctrina penal estimar que el dolo eventual es una clase, tipo o distinción del dolo; en otras palabras, que es una de las formas que el dolo asume en la realidad reconocida por el Derecho y que, por tanto, en definitiva, es dolo.

Como se sabe, el principio de culpabilidad, concretamente, el principio de dolo o culpa (manifestación de aquel), excluye la responsabilidad objetiva, de allí que el fundamento de la responsabilidad penal repose en la responsabilidad subjetiva por haber desplegado la conducta objetiva descrita en el tipo legal, ya sea de forma dolosa o culposa.

Esa responsabilidad subjetiva se fundamenta en el dolo típico, principal elemento subjetivo, y en la imprudencia típica, elemento generalmente excepcional, que informa la dimensión objetiva del obrar objetivo descrito en algunos tipos particulares (vid. artículo 61 del Código Penal).

El dolo describe un proceso intelectual sustentado en el reconocimiento o deber de reconocimiento de las consecuencias de las acciones u omisiones. En general, el dolo implica, desde cierta perspectiva, conocer y querer (“consciencia” y “voluntad”) o simplemente conocer (dependiendo de la posición doctrinal que se asuma al respecto) las circunstancias descritas en la parte objetiva del tipo, en cambio la culpa o imprudencia, por el contrario, se traduce en infringir el deber de cuidado que debe informar la conducta, con la consiguiente la causación, producción o no evitación del resultado típico (lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado), producto de aquella infracción de la norma de prudencia.

En razón de ello, al menos hasta que el legislador no establezca ninguna regulación particular, los comportamientos dolosos penalmente responsables y punibles implicarán la pena respectiva asociada a ese comportamiento doloso en el marco de la norma penal completa, en cambio las acciones u omisiones culposas tipificadas como delito serán asociadas a la pena vinculada a ese tipo culposo, en caso de ser punible la conducta, sin ser legítimo extraer una pena derivada de cualquier pretendida fusión de penas correspondientes a un delito doloso, por una parte y, por otra, a un delito culposo, para crear una tercera pena pues, en ese caso, el juez que lo haga estaría violando el principio de legalidad, concretamente, la garantía penal del mismo (*nullum pena sine lege*) [Art. 49.9 Constitucional], el principio de irretroactividad de la ley penal (en caso de pretender aplicarla al caso que se juzga) [Art. 24 Constitucional] y el principio de reserva legal en materia penal (156.32 *eiusdem*), al arrogarse funciones inherentes al legislador.

De ello se desprende que dolo y culpa son conceptos sustancialmente distintos e, inclusive, contrarios entre sí. O bien se actúa de forma dolosa o bien de manera imprudente, o quiere o acepta cometer el hecho o no quiere o no acepta cometerlo (aunque finalmente ocurre por infringir la norma de cuidado), pero nunca de forma “dolosamente imprudente” o viceversa. Por ejemplo, nadie puede provocarle la muerte a otra persona de forma dolosa y exactamente a la vez de forma culposa: o tenía la intención de matarlo o no la tenía, o tenía tal intención o lo mató por imprudencia, pero no está tipificado en la legislación el “homicidio doloso-culposo” (otro asunto distinto representan los tipos preterintencionales y los calificados por el resultado, pero el abordaje de los mismo excede el ámbito del presente acto decisorio).

En razón de ello, siendo que en definitiva el dolo eventual es dolo, es un contrasentido evidente y contrario a los principios de primacía de la realidad y de racionalidad señalar que, por ejemplo, el dolo eventual es una “*mixtura de dolo y culpa*”, o un “*dolo informado de culpa*”, pues ello es tanto como decir, que en el homicidio doloso sustentado en el dolo eventual el sujeto conocía y quería matar y, en tal sentido mató, pero que también ese mismo comportamiento fue paralelamente imprudente por no haber querido el agente provocar la muerte sino por haberlo hecho por infringir el deber de prudencia; lo cual daría lugar a pretender sustentar la responsabilidad subjetiva por ese mismo hecho en el dolo y en la culpa a la vez, no sólo apartándose del ordenamiento jurídico y violando derechos fundamentales asociados a las nociones de legalidad, debido proceso, seguridad jurídica, *nom bis in idem* y tutela judicial efectiva, sino alejándose de forma irremediable de la propia realidad y de la lógica jurídica.

Siendo que el dolo eventual es dolo, el mismo implica conocer y querer realizar la conducta típica objetiva o, desde otra perspectiva, conocer (y aceptar) que se está realizando la acción *-lato sensu-* típica y seguir actuando a pesar de ello (conformarse con el resultado típico o siéndole indiferente su producción); a diferencia de la culpa, que excluye ese concepto y que, por el contrario, sencillamente involucra lesionar o poner en peligro el interés penalmente tutelado de forma imprudente, es decir, sin conocer *-de antemano-* que con ese obrar se realizaría el comportamiento típico o, desde otra perspectiva, sin conocer, querer, aceptar, incluir en su plan o asumir tal circunstancia, pues su intención carece de relevancia penal (p. ej. llegar a la residencia, encender una fogata o limpiar el arma de fuego), mas no así las consecuencias de su actuar culposo (p. ej. lesiones, incendio o muerte).

Son varias las clasificaciones doctrinales del dolo (se califican de doctrinales pues la Ley generalmente no las discrimina sino que se reconocen de suyo en el propio concepto del dolo o, en nuestro caso, en el concepto de "intención" *-artículo 61 del Código Penal-*), pero a los efectos del presente asunto interesa distinguir entre el dolo directo (directo de primer grado o intención *-stricto sensu-*), el dolo indirecto (directo de segundo grado o de consecuencia necesarias) y el dolo eventual (dolo condicionado o de consecuencias eventuales). Clases de dolo que también pudieran denominarse (y así se hará en lo que resta de esta decisión, a los efectos de facilitar la comprensión de esas categorías doctrinales), respectivamente, dolo de primer, segundo y tercer grado.

Es decir que, ante la multiplicidad de denominaciones que se plantean en la doctrina y la jurisprudencia para designar cada una de las clases del dolo, y frente a la posibilidad de existir confusiones en esta materia que afecten la seguridad jurídica, el acceso a la justicia y otros derechos constitucionales, esta Sala empleará en la presente decisión las denominaciones **dolo de primer grado** para hacer referencia al comúnmente denominado dolo directo, directo de primer grado o intención *stricto sensu*, **dolo de segundo grado** para designar el dolo indirecto, directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, y **dolo de tercer grado** para significar el dolo eventual, dolo condicionado o de consecuencias eventuales (que alguno, inclusive, también denominan dolo indirecto, término que otros emplean para señalar el dolo de consecuencias necesarias).

Con el **dolo de primer grado** (directo) el sujeto persigue directamente lesionar o poner en peligro el interés jurídico penalmente tutelado y lo logra, p. ej. el sujeto quiere violar y viola, quiere robar y roba o quiere matar y mata. En el **dolo de segundo grado** (indirecto) el agente no busca con su actuar realizar *directamente* la conducta típica pero sabe que indefectiblemente la desplegará, es decir, sabe que, aunque no busca inmediatamente el resultado típico lo alcanzará infaliblemente con su acción u omisión, p. ej., el agente quiere provocar la muerte a otro y lo mata (dolo de primer grado), pero sabe que al estallar el explosivo que utilizó también matará necesariamente a un amigo suyo que sabía que estaba en el lugar y, sin embargo, hace detonar la bomba (dolo de segundo grado); en cambio, si bien en el **dolo de tercer grado** (dolo eventual) el agente tampoco busca realizar directamente la conducta típica, sabe que *posiblemente* *-y no seguramente-* la desplegará, en otras palabras, si bien en el dolo de segundo grado el sujeto se representa el delito como consecuencia inevitable de su acción u omisión, en el dolo de tercer grado el mismo advierte que la ejecución del delito sólo es posible, en otras palabras, que sólo se representa o se entiende que se representó la materialización del resultado (que incluso podía angustiarse o no ser lo que aspiraba que ocurriera) como algo posible y no como algo seguro. Así, actúa con dolo eventual el sujeto que, a pesar de saber que posiblemente lesionará el interés penalmente tutelado p. ej. la vida, sin embargo, despliega su obrar aceptando, asintiendo, consintiendo, asumiendo, abarcando, tolerando, afirmando o conformándose con tal circunstancia que, en definitiva, se incluye dentro su organización o planificación y, por tanto, dentro del dolo.

Como puede apreciarse, en los tres supuestos el agente, gracias a su saber causal, es decir, fundamentado en lo que estima puede ocasionar (delitos de acción) o no evitar (delitos de omisión), se propone desplegar una acción u omisión, con la diferencia en que en el primer caso (dolo de primer grado o dolo directo) existe una perfecta correspondencia entre lo que el sujeto desea y su comportamiento encaminado a lograrlo o, desde otra perspectiva, entre lo que desea y el resultado perseguido (desea provocar el daño y lo hace, desea poner en peligro el interés protegido y lo hace), mientras que en los otros dos (dolo de segundo y dolo de tercer grado) no existe tal perfección, pero no por ello dejar de ser considerada dolosa la conducta en esos supuestos, pues igualmente existe un nexo entre lo que el mismo conoce que *seguro* o *posiblemente* (respectivamente) ocasionará y su comportamiento y, sin embargo, encamina su actuación hacia su objetivo a pesar de ello, en evidente ultraje hacia el interés jurídico penalmente tutelado.

Así pues, el elemento diferenciador entre la primera forma de dolo (dolo de primer grado o dolo directo) y las otras dos (dolo de segundo y dolo de tercer grado, es decir, dolo indirecto y dolo eventual) estriba en la perfecta correspondencia o no entre la aspiración del sujeto y su conducta. Mientras que el elemento diferenciador entre el dolo de tercer grado o dolo eventual y las otras dos formas de ese elemento subjetivo descansa en que en aquel el agente *no está seguro* de que a través de su conducta vulnerará el bien jurídico-penalmente tutelado, sino que solo es posible que ocurra tal desenlace *que no busca ni se propone alcanzar*

directamente (a diferencia del dolo directo o de primer grado) y, no obstante, continúa desplegándola asumiendo tal posibilidad y, por tanto, menospreciando el objeto de tutela del orden jurídico-penal y abarcando en su dolo ese resultado.

Desde cierta perspectiva, la diferencia entre el dolo eventual y las otras dos manifestaciones del dolo reposa en el grado de percepción de riesgo por parte del agente sobre su acción, pues, a diferencia de las otras manifestaciones, en el dolo de tercer grado o dolo eventual el agente sólo conoce o debe conocer que su acción será *posiblemente* –y no seguramente– una acción típica (y, por tanto, tampoco coincide perfectamente lo que desea ocasionar con lo que efectivamente ocurre a diferencia del dolo de primer grado): P. ej. En el marco de una relación amorosa, una persona que sabe es portadora del virus del VIH (sida) tiene relaciones sexuales sin protección con otra, a la cual le ha dicho que goza de perfecto estado de salud, confiándole a su “buena suerte”, en diversos contactos similares, no transmitirle el referido virus a la otra, la cual, sin embargo, resulta contagiada en uno de esos encuentros. En ese caso, el portador del virus, aunque incluso le llegue a incomodar la idea de contaminar a la otra persona, advierte que es posible que ocurra tal evento y, a pesar de ello, sin que lo contenga o disuada tal hecho, tiene repetidos contactos con aquella, evidenciándose de esa manera tanto el elemento cognitivo, representado por el conocimiento de la posibilidad de ocasionar la afectación al bien jurídico a través de su conducta, como el volitivo, expresado por la ejecución, a pesar de ello, de la misma, la cual se traduce en la aceptación o asunción de esa posibilidad, es decir, de ese riesgo no permitido. En efecto, en el dolo de primer grado o dolo directo existe correspondencia, coincidencia o congruencia perfecta entre lo que el agente desea lograr y lo que efectivamente consigue, mientras que en las otras dos manifestaciones del dolo no existe tal congruencia, pues en ellas no persigue directamente el resultado causado, sino que sólo se representa, en el dolo de segundo grado o indirecto, que el resultado *seguramente* ocurrirá (incluso aun cuando el mismo le desagrade), mientras que en el de tercer grado o dolo eventual sólo prevé que *posiblemente* acaecerá (aun cuando anhele que no ocurra) y, no obstante, sigue desplegando su comportamiento aceptándolo o incluyéndolo dentro de configuración personal junto con las consecuencias del mismo. Tal aceptación, desde cierto enfoque, es equiparable al elemento volitivo del dolo o, en otras palabras, al “querer”, razón por la que, evidentemente, las tres son formas del dolo, tal como lo ha reconocido la doctrina desde hace más de un siglo. En tal sentido, puede afirmarse que en los tres supuestos (dolo de primer, segundo y tercer grado), si bien hay conocimiento de las circunstancias objetivas del tipo, es decir, si bien hay representación del resultado lesivo, no es menos cierto que el grado de certeza de realización del mismo –conocimiento– es distinto (va de mayor a menor a partir del dolo de primer grado, al menos, el del dolo eventual es claramente distinto a los otros dos) y, por tanto, desde cierto punto de vista, también será especialmente distinto en grado del “querer” tal circunstancia (decreciente a partir del dolo de primer grado). No obstante, debe resaltarse que, en definitiva, el conocimiento o “consciencia” es denominador común en ellas al igual que el querer o “voluntad” para los partidarios de otra corriente doctrinal, razón por la que, se insiste, las tres son especies de dolo y no de otro elemento subjetivo.

Si bien, tanto en el dolo eventual (o dolo de tercer grado) como en la culpa consciente (con representación o previsión) el sujeto se representa la lesión al bien jurídico (penalmente tutelado), en esta última el mismo la descarta (o al menos se entiende que la descartó) y, en consecuencia, obra a expensas racionales de su seguridad en la no producción de la referida lesión, generalmente asociada la escasa probabilidad de producción del hecho penalmente vulnerador (si no tiene esa convicción en el momento de desplegar el comportamiento y, sin embargo, actúa o no ejerce la acción ordenada por la norma jurídica, esa acción u omisión será dolosa pues refleja que agente dejó la producción del resultado –*lato sensu*– en manos del azar), lo cual es pasible de prueba no sólo a través de datos subjetivos sino también de circunstancias objetivas vinculadas a la conducta manifestada, entre otras, en general: conocimiento de la situación en la que se actúa (“conocimiento situacional”), peligrosidad de lesión al interés jurídico protegido por la norma (más allá del riesgo permitido) a través de la conducta, magnitud del daño o del peligro causado, motivos para conformarse con el resultado lesivo al bien jurídico tutelado, capacidad y esfuerzos de evitación del resultado y cobertura o aseguramiento de ese bien jurídico. En un caso concreto esas circunstancias pueden apreciarse, p. ej., en un hecho de tránsito, en el tipo y estado del vehículo para el momento del mismo (situación de los sistemas de freno, luces, bocina, etc.), el estado del conductor, la velocidad en la que conducía, las características de la vía, el estado del tiempo, la hora, la señalización vial, la maniobras para evitar los riesgos típicamente lesivos, las maniobras en general, las posibles marcas de los cauchos (llantas) en el pavimento, la disposición y estado del o de los vehículos y de los demás objetos y sujetos involucrados, los daños causados, el comportamiento del agente antes y durante el hecho, etc.

Así pues, tales datos ayudan a determinar si la conducta que se juzga formó o no parte del plan de sujeto activo, si obró o no con indiferencia o menosprecio hacia el interés jurídico, en fin, si su actuación se puede imputar o atribuir al dolo o no.

En el dolo de tercer grado o dolo eventual aunque el sujeto no quiere, no acepta, no admite o no asume **directamente** que se produzca el hecho penalmente dañoso (a diferencia del dolo de primer grado –directo- y, desde cierto enfoque, de segundo grado –indirecto-), sin embargo, admite su eventual realización, de allí que lo eventual no es precisamente el dolo si no la consecuencia de la conducta (el dolo eventual es dolo y no *eventualmente dolo*), es decir, el resultado típico, entendido como la lesión o puesta en peligro del interés jurídico penalmente tutelado que, como se sabe, en algunos tipos penales (que tutelan bienes jurídicos tangibles), se traduce en la producción de un evento separado en el tiempo y en el espacio de la conducta (tipos de resultado –material-), p. ej. el homicidio, las lesiones, los daños, etc., en los que reviste mayor complejidad e interés la determinación de la relación de causalidad, como primer estadio de imputación objetiva –del resultado-.

En razón de ello, puede decirse que las denominaciones dolo de tercer grado o dolo de consecuencias eventuales (o posibles) designan con mayor precisión el objeto que comúnmente significarse mediante la denominación “dolo eventual”: si el dolo es eventual, antes de lo eventual no habrá nada, ni siquiera dolo, el cual sólo será eventual, de allí que tal denominación lleve a pensar en una *petitio principii* (petición de principio). En efecto, la denominación *dolo eventual* refleja una falacia pues incluye (explícitamente) la proposición a ser probada –el dolo- entre las premisas: dolo eventual. Así, en ella, a lo que sólo es eventual se antepone el dolo que, al ser tal, no puede ser *eventual* pues está allí, es decir, no puede *no estar* por ser *eventual*, sino que al ser dolo siempre está, por lo que, en todo caso, lo *eventual* no es el dolo, sino el resultado representado por el sujeto del dolo (dolo eventual como asunción de la eventual posibilidad de vulneración del interés jurídico tutelado ante la considerable probabilidad de ello). Probablemente se acuñó el término *dolo eventual* para simplificar el término correcto: dolo de consecuencia eventual. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que esa denominación defectuosa y contraria a la lógica jurídica (dolo eventual) ha impedido en muchos casos una mejor comprensión de esta categoría jurídica fundamental, al igual que ha derivado en una afectación de las garantías constitucionales, tal como ocurrió a través de la sentencia objeto de la presente revisión constitucional.

En este orden de ideas, es importante precisar que el *dolo eventual* es una denominación creada y tradicionalmente aceptada para designar un concepto elaborado por los estudiosos del Derecho con el propósito de reconocer como dolosas aquellas conductas en las que el autor conoce y acepta (quiere) desplegarlas pero no tiene la certeza de que a través de las mismas efectivamente producirá el resultado desvalorado por el tipo penal y, sin embargo, sigue actuando a pesar de ello. Por ello comúnmente se afirma que el dolo eventual es el dolo de menor entidad que pudiera determinar algún trato privilegiado respecto de las otras formas de dolo, sobre la base de alguna circunstancia atenuante (pero se ratifica, no por ello deja de ser dolo).

Al ser una categoría fundamentalmente doctrinal y jurisprudencial no necesariamente debe ser referida –al menos directamente- en los textos legales, máxime si sobre varios aspectos sustanciales de la misma la doctrina y la jurisprudencia aun no llegan a un acuerdo; en todo caso, en el contexto de nuestro Código Penal, la misma se encuentra, al igual que el dolo de primer y segundo grado, señalada en el artículo 61 (fórmula general que ni siquiera define el “dolo” ni discrimina entre sus clases o formas de manifestación, sino que simplemente alude a la “intención” –entendida allí como dolo *lato sensu*-, pero lógicamente ello no debe interpretarse como la inexistencia del *dolo* en el Código Penal) y en los artículos que contienen los respectivos tipos dolosos, p. ej., en el artículo 405 *eiusdem*.

Los cuerpos legales están fundamentalmente compuestos por reglas, pero también por principios, valores y, ocasionalmente, definiciones. El rol de la doctrina jurídica es determinar esa normatividad, interpretarla, sistematizarla, formar conceptos, definiciones, teorías, plantear instituciones e, incluso, principios. Por su parte, la jurisprudencia también aplica una serie de operaciones intelectuales dirigidas a desentrañar el contenido y alcance de la ley, valiéndose generalmente de la doctrina y otras fuentes del Derecho para alcanzar ese cometido, esta vez, en orden a la recta aplicación del ordenamiento jurídico.

Sin lugar a dudas, pretender que los textos legales sean compendios de doctrina o jurisprudencia implicaría desnaturalizar la propia idea de la Ley, además de atentar contra una serie de principios fundamentales, entre los que se encuentra la propia seguridad jurídica. La Ley pretende regular conductas a través de prohibiciones y mandatos, mientras que la doctrina y la jurisprudencia persiguen interpretar, sistematizar y formular juicios de valor sobre aquella (y otras fuentes del Derecho), la primera con una finalidad científica, mientras que la segunda con el objeto de aplicarla.

Precisamente por ello, en lo que concierne al Código Penal, no se define, p. ej. la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, así como tampoco se describe su esencia, contenido, finalidad, alcance o relaciones con el resto del plexo doctrinal o normativo, pero no por ello dejan de ser las categorías elementales sobre las cuales el Poder Judicial fundamenta y debe fundamentar constantemente la responsabilidad penal de las personas sometidas a juicio.

Asimismo, en el Código Penal Venezolano no se define ni caracteriza el dolo de primer grado (dolo directo), mucho menos el dolo de segundo (de consecuencia necesaria o segura) y el de tercer grado (dolo eventual o de consecuencia eventual), pero no por ello se debe de dejar de reconocer su existencia dentro del mismo. Ello implicaría tanto como desconocer la causalidad, la imputación objetiva, la culpa (imprudencia *lato sensu*), el error y otras instituciones fundamentales en el ámbito del Código Penal y del resto del ordenamiento jurídico-penal.

Que el dolo eventual haya sido señalado en tal o cual Código Penal (p. ej., en el artículo 22 del código penal de Colombia se indica lo siguiente: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. *También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*”), o en tal o cual proyecto de reforma de nuestro Código Penal (p. ej. en el artículo 52, único aparte, dl Proyecto de Código Penal presentado por el Ex-Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros, se establece que “*habrá dolo eventual cuando el agente se representa como probable la consecuencia de su ejecutoria pero continúa procediendo igual*”) mientras que en el nuestro no se haya incluido una referencia de ese tipo *no incide sobre su reconocimiento por parte del mismo y*, por tanto, no lo excluye de nuestro orden legal y, para ser más precisos, no excluye la posibilidad de sustentar una sentencia condenatoria por el delito de homicidio intencional sobre el sólido cimiento del dolo eventual.

Al respecto, señalar que como en nuestro Código Penal no se ha hecho discriminación alguna respecto del dolo y que, por tanto, no existe en él el dolo eventual, sería tanto como decir que, como en el citado texto legal colombiano o en el referido proyecto de Código Penal no se aludió expresamente al dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, entonces no existe tal figura en ellos y, por tanto, no se podría fundamentar la responsabilidad penal sobre la base de ese concepto (con relación a ese último, en caso de llegar a ser efectivamente una ley).

Si bien se tiene en cuenta la complejidad del dolo eventual, no por ello es imperativa su descripción en el ordenamiento jurídico, así como tampoco es imperativa la definición de los criterios generales de imputación al tipo objetivo, de las diversas formas de error o de todas las causas de exclusión de la antijuridicidad.

Al respecto, es importante tener siempre en cuenta que la legislación es uno de los ejercicios más emblemáticos de la soberanía de un Pueblo, de allí que cualquier pretensión de otorgarle carácter de fuente negativa o efecto derogatorio de nuestra ley a la legislación foránea implica una aspiración que, sin lugar a dudas, socaba ese inalienable atributo de la Patria (con lo que, por supuesto, no se excluye la relevancia del Derecho Comparado en el estudio del Derecho: pero un aspecto es tratar de conocer nuestro Derecho a través de sus posibles orígenes en leyes y otras fuentes del Derecho foráneo y otra muy distinta es darle fuerza derogatoria o anulatoria a normas jurídicas de otros Estados sobre las nuestras).

El concepto de dolo eventual o dolo de tercer grado, como buena parte de la creación doctrinal y jurisprudencial, al describir el dolo que aquí se estima válido calificar como perimetral, es decir, el dolo que está en la parte más alejada del núcleo doloso (dolo de primer grado) y que es necesario delimitar especialmente de la culpa o imprudencia, además de ser el dolo que exige la mayor precisión y estudio posible, redundante en garantía de no ser procesado y condenado por un delito doloso que en realidad fue culposo (cuyos elementos entonces deben ser íntegramente verificados y explicitados en la sentencia respectiva) o simplemente no fue delito, y, por tanto, es garantía de legalidad, seguridad jurídica, expectativa legítima, defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva para las personas que están sometidas o pudieran estar sometidas a un proceso penal.

Como ha podido apreciarse, aun cuando al señalar que el dolo eventual no tiene asidero en nuestro ordenamiento, la Sala de Casación Penal pretendió tutelar el principio de legalidad penal, lejos de ello lo que hizo fue precisamente contrariarlo al desconocer con ello la propia figura del dolo en el marco de nuestro orden jurídico.

En efecto, siendo que el dolo eventual es sencillamente dolo y siendo que con aquel concepto lo que se busca es explicar una de las varias formas de expresión del obrar doloso, el cual constituye la principal dirección volitiva objeto de la legislación penal, tal como se desprende del artículo 61 del Código Penal en relación con la mayoría de tipos penales que son lo que incluyen el dolo dentro de su dimensión subjetiva, negar tal figura es tanto como negar el dolo de consecuencias necesarias (dolo de segundo grado) e, incluso, el dolo directo (dolo de primer grado) pues, al fin y al cabo, las tres son manifestaciones de la conducta dolosa.

Al respecto, esta Sala debe señalar que no sólo quebranta el principio de legalidad considerar como delictivo un comportamiento que no está previsto como punible en la ley, si no también declarar que no está tipificado como delito una conducta que sí lo está, tal como ocurre en el presente asunto en el que la Sala de Casación Penal señaló que el *homicidio intencional a título de dolo eventual* “*no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal*”, aun cuando el homicidio doloso, el cual, como ha podido apreciarse, también incluye en su esencia el dolo de consecuencia eventual o dolo eventual, sí está tipificado en el Código Penal (artículo 405 –

en su forma básica-), circunstancia que descarta la supuesta aplicación analógica de la Ley penal –en perjuicio del reo- considerada en el fallo *sub examine*.

Sobre el principio de legalidad penal, esta Sala ha señalado reiteradamente lo siguiente: “...el PRINCIPIO DE LEGALIDAD funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho. A mayor abundamiento, tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.(...)”

La formulación básica de este principio se traduce en que todo el régimen de los delitos y las penas, debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esta primera exigencia del principio de legalidad, referida al rango de las normas tipificadoras –y que por ende constituye una garantía formal-, se cristaliza en la noción de reserva legal.

En tal sentido, la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal (sentencia n° 2338/2001, del 21 de noviembre). Una de esas trascendentales materias es la sancionatoria, y concretamente, la materia penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de delitos; es decir, sólo la Asamblea Nacional tiene la competencia para escoger entre todos los comportamientos humanos, cuáles son los más lesivos a los bienes jurídicos más importantes y describirlos en una norma jurídico-penal, para así establecer cuál debe ser el correlativo castigo.

Este principio esencial del régimen constitucional venezolano, se encuentra contemplado en el artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual restablece lo siguiente:

“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:(...)”

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional”.

Aun y cuando los orígenes del principio de legalidad los podemos encontrar en la obra de ROUSSEAU, cabe resaltar que fue BECCARIA uno de los primeros pensadores que desarrolló sustancialmente dicho principio con relación a los delitos y las penas, quien sobre el particular señaló de manera lapidaria que “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad” (Cfr. BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. Con el comentario de Voltaire. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Alianza editorial. Madrid, 1998, p. 34).

Partiendo de lo anterior, se aprecia que de esta primera garantía se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (*nulla poena sine lege*); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia. En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA y en el artículo 1 del CÓDIGO PENAL. Por otra parte, la garantía jurisdiccional está consagrada, fundamentalmente, en el artículo 49, en sus numerales 3 y 4, y en los artículos 253 y 257 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 1 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL; mientras que la garantía de ejecución se encuentra desarrollada por el Libro Quinto de la mencionada ley adjetiva penal, así como también en la normativa contenida en la LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO. Por su parte, a nivel supranacional el principio de legalidad también tiene una acentuada vigencia, pudiendo ubicarse su fuente en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 11 de la

Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en los artículos 9, 22 y 23 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores garantías deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lex praevia*), con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (*lex scripta*), de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (*lex stricta* o *lex certa*), cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas. Con base en lo anterior, podemos resaltar como características fundamentales de dicha institución, en primer lugar, que constituye una EXIGENCIA DE SEGURIDAD JURÍDICA, en el sentido que se tome la existencia y conocimiento previo de los delitos y de las penas, como presupuesto para la imposición de un determinado castigo; y en segundo lugar, que constituye una GARANTÍA POLÍTICA, que se traduce en que el ciudadano no pueda ser sometido por el Estado a cumplir penas cuyo establecimiento no haya sido aceptado por el pueblo. Sobre estas características del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional español ha establecido lo siguiente: "...El principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas y exige la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza qué conductas se hallan prohibidas y qué responsabilidad y, en su caso, qué sanción comporta su realización. El efectivo reconocimiento del principio de legalidad penal obliga en ocasiones a dilucidar si se ha traspasado la tantas veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido..." (STC 156/1996, de 14 de octubre).

Luego, el contenido del principio de legalidad se concreta en la creación del tipo penal –descripción precisa e inequívoca de la conducta en la norma-, cuyo contenido, dentro del edificio conceptual de la teoría del delito, cobra vida al configurarse la categoría de la tipicidad –correspondencia o adecuación de la conducta con la descripción del tipo-, materializándose de esta forma la garantía criminal y la garantía penal, ambas derivadas del principio de legalidad. En otras palabras, el legislador nacional es el único llamado a afirmar, desarrollar, completar, reforzar y concretar la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad.

De lo anterior se colige entonces que la legalidad y la tipicidad se encuentran en una línea de parentesco descendente, en el sentido de que el principio de legalidad (*nullum crimen*) implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

Sobre esta vinculación conceptual entre las dos categorías antes señaladas, FERNÁNDEZ CARLIER afirma que "... la tipicidad es un concepto específico del género que representa el principio de reserva o de legalidad. Uno a otro se relacionan estrechamente, se contienen y hasta se nutren pero no son identificables. La función de la tipicidad es posterior a la legalidad. Ésta necesariamente es anterior a la tipicidad..." (FERNÁNDEZ CARLIER, Eugenio. *ESTRUCTURA DE LA TIPICIDAD PENAL*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Tercera edición. Bogotá, 1999, p. 81)." (Sentencia N° 1744 del 9 de agosto de 2007, caso: Germán José Mundaraín).

El principio de legalidad, en su formulación más general se traduce en la sujeción a la Ley, ante todo de la sujeción del Poder Público al Derecho, razón la que, p. ej., ese Poder no está legitimado para perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho, y, por argumento en contrario, tampoco puede desconocer y no aplicar (a menos que la estime inconstitucional y la desaplique en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad) una norma jurídica que sí está prevista en el ordenamiento jurídico.

Sólo el o los órganos a los cuales el Texto Constitucional le otorga la potestad de crear leyes están legitimados para crear otras que las deroguen y tal atribución no radica en la Sala de Casación Penal ni en ningún otro ente del Poder Judicial, si no, ante todo, en la Asamblea Nacional, tal como se indicó en el criterio plasmado anteriormente. Así como "Ningún magistrado (...) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo", ese funcionario tampoco puede desconocer delitos y penas que sí dispone la Ley.

En tal sentido, de lo precedentemente expuesto se desprende que no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 *eiusdem*) reconocer la existencia de una *norma* que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él como es la que contempla el tipo base de homicidio doloso, prevista en el artículo 405 del Código Penal, la cual no sólo abarca el homicidio doloso de primer grado (dolo directo o directo de primer grado), sino también el de segundo (dolo indirecto, dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencia necesaria) y tercer grado (dolo eventual o dolo de consecuencia

eventual), y así se establece con carácter vinculante. Establecido el anterior criterio, esta Sala Constitucional ordena la publicación en la Gaceta Oficial del presente fallo y hacer mención del mismo en el portal de la Página Web de este Supremo Tribunal. Así se declara.

En virtud de los razonamientos de hecho y derecho antes expuestos, esta Sala observa que, en el fallo *sub examine*, la Sala de Casación Penal, al declarar la pretendida ausencia de tipicidad del homicidio a título de dolo eventual, efectuó una indebida aplicación del principio constitucional de legalidad penal previsto en el artículo 49.6 del Texto Fundamental, resultante en la violación de ese principio jurídico fundamental y en un errado control de constitucionalidad.

En razón de ello, en ejercicio de su atribución de revisión constitucional, es imperativo para esta Sala anular la decisión objeto de la presente solicitud, N° 554/2009, del 29 de octubre, dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, junto a las actuaciones subsiguientes, además de reponer la causa al estado en que la referida Sala, constituida accidentalmente, se pronuncie de nuevo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado Django Luis Gamboa Hernández, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 59.732, actuando en su carácter de defensor privado del ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, titular de la cédula de identidad N° 6.091.619, sin incurrir en los vicios señalados en la presente decisión y con estricto acatamiento de las normas previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los precedentes jurisprudenciales emanados esta Sala. Así se decide.

V DECISIÓN

Por las razones que fueron expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, decide que **HA LUGAR** a la solicitud de revisión constitucional que interpusieron los abogados María Cristina Vispo y Tutankamen Hernández, actuando con el carácter de Fiscales Cuarta y Quinto del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional de este Tribunal, respectivamente, contra la sentencia N° 554/2009, del 29 de octubre, dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, mediante la cual declaró sin lugar la primera denuncia del recurso extraordinario de casación interpuesto, además declaró con lugar las denuncias segunda y tercera del referido recurso, toda vez que sostuvo que el delito de homicidio intencional a título de dolo eventual no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal y que, por tanto, condenar al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo sobre esa base, tal como ocurrió, se traduce en una aplicación analógica de la ley penal, violatoria del principio de legalidad penal consagrado en el artículo 49.6 constitucional, por lo que dictó una decisión propia (al estimar innecesario un nuevo debate) mediante la cual condenó al prenombrado ciudadano a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Penal derogado (hoy 409) y 467 del Código Orgánico Procesal Penal, en consecuencia, **se anula** la referida decisión objeto de la presente solicitud, junto a las actuaciones subsiguientes, además de reponer la causa al estado en que la referida Sala, constituida accidentalmente, se pronuncie de nuevo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado Django Luis Gamboa Hernández, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 59.732, actuando en su carácter de defensor privado del ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, titular de la cédula de identidad N° 6.091.619, sin incurrir en los vicios señalados en la presente decisión y con estricto acatamiento de las normas previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los precedentes jurisprudenciales emanados esta Sala.

Se ordena remitir copia certificada del presente fallo a la Presidenta de la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, así como a todos los Presidentes de los Circuitos Judiciales Penales de la República Bolivariana de Venezuela, para que distribuyan y hagan del conocimiento de los tribunales de su respectiva jurisdicción, el criterio que -con carácter vinculante- ha dejado asentado esta Sala Constitucional.

Se ordena la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en el Portal de la Página Web de este Máximo Tribunal, con la siguiente indicación: "*Sentencia que, con carácter vinculante, interpreta que no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 eiusdem) reconocer la existencia de una norma que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él como es la que contempla el tipo base de homicidio doloso, prevista en el artículo 405 del Código Penal, la cual no sólo abarca el homicidio doloso de primer grado (dolo directo o directo de primer grado), sino también el de segundo (dolo indirecto, dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencia necesaria) y el de tercer grado (dolo eventual o dolo de consecuencia eventual), y así se establece con carácter vinculante*".

Publíquese, regístrese, archívese el expediente y cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 12 días del mes de abril de dos mil once. Años: 200º de la Independencia y 152º de la Federación.

La Presidenta,
LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Vicepresidente,
FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ
Ponente

Los Magistrados,
MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN
ARCADIO DE JESÚS DELGADO
JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER
GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

El Secretario,
JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

FACL/
Exp. N° 10-0681