

PROCESO CONTRAVENCIONAL DE LA CABA - DETENCIÓN POR INFRACCIÓN AL ART 83 CC - PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.

Expte. n° 6925/09 “Bara, Sakho s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Mbaye, Ibrahima s/ inf. arts. de la ley 23.098 (Habeas Corpus)”

Buenos Aires, 11 de agosto de 2010

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta

1. Bara Sakho interpuso recurso de queja (fs. 80/94) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 72/78) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 43/71. Éste, a su vez, fue articulado contra la resolución de esa misma sala (fs. 31/42) que rechazó la acción de *habeas corpus* preventivo interpuesta el 15/01/09.

2. A su turno, este Tribunal había revocado el pronunciamiento de la Sala III que había confirmado el rechazo de la acción *habeas corpus*. La decisión de este Estrado se basó en que el *a quo* había denegado en forma arbitraria la producción de una audiencia y otros medios probatorios requeridos por los actores.

3. En el recurso de inconstitucionalidad que defiende la queja presentada ante este Tribunal, se expusieron los siguientes motivos de agravio: a) vulneración del derecho a la libertad ambulatoria, garantizada en los arts. 14, 18 y 19 de la CN, art. 7 de la CADH, arts. 9, 10, 12, 14 y 16 de PIDCyP; b) existencia de una conducta discriminatoria por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público Fiscal que contraría los arts. 5 (a), (b) y (d.i) de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de

Discriminación Racial y el art. 26 del PIDCyP y que también afectaría el derecho a la igualdad (arts. 16, CN y 24, CIDH); c) incorrecta apreciación de la Cámara en cuanto consideró que no se encuentra acreditada la amenaza a la libertad ambulatoria; d) invalidez de la interpretación según la cual la venta ambulatoria para mera subsistencia se encuentra prohibida; e) afectación del derecho a la tutela judicial efectiva basado en la denegatoria de la Cámara a la producción y/o incorporación de prueba al expediente; f) lesión al derecho de defensa en juicio al no garantizarse la presencia de un traductor durante todas las etapas del proceso (art. 18, CN; 14.3 PIDCyP; y 8.2, CADH); y g) afectación del derecho a la libertad personal (arts. 18 y 19, CN; 7, CIDH; y 9.1 PIDCyP).

Resumidamente, los actores plantean la violación del derecho a la libertad física y libre circulación, y de los principios de igualdad ante la ley, no discriminación, legalidad, reserva, razonabilidad, protección contra las detenciones o intervenciones arbitrarias y protección especial a migrantes, refugiados y peticionantes de refugio o asilo. Esas lesiones constitucionales estarían vinculadas a una práctica policial racista —avalada por el Ministerio Público local— que derivaría en la incoación injustificada de causas por violación del art. 83, CC, contra un grupo de personas pertenecientes a la comunidad senegalesa que se dedican a la venta de relojes y bijouterie en la vía pública. En este sentido, ellos se agravan de que la Cámara —sin argumentos suficientes— haya descartado la afectación de derechos denunciada; y, además, denuncian el desconocimiento de la garantía de debido proceso y de los derechos de defensa en juicio y acceso a la justicia en tanto la Cámara de Apelaciones no permitió la producción de parte de la prueba ofrecida por la actora y no garantizó la presencia de un intérprete desde el primer contacto de los agentes estatales con los presuntos contraventores.

4. Los jueces de la Sala I denegaron el recurso de inconstitucionalidad por considerar que la parte recurrente no había logrado articular un caso constitucional, que los agravios que pretendía traer a conocimiento de este Tribunal eran fruto de una reflexión tardía o, directamente, que se trata de agravios aparentes que no muestran correlación con lo sucedido en la causa.

5. El Fiscal General Adjunto, en su dictamen, consideró que la queja debe ser rechazada (fs. 98/99). Sostuvo que el presente es un caso aparente y que no se encuentra configurado un caso constitucional.

6. Una vez que las actuaciones se encontraban en estado de ser resueltas (fs. 100) fueron requeridos los autos principales correspondientes a esta queja (fs. 103). Posteriormente —atento a que de la deliberación efectuada entre los integrantes del Tribunal surgió que no se había logrado conformar la mayoría establecida en el art. 25 de la ley nº 7 para resolver la

queja interpuesta— se procedió a integrar el Tribunal en la forma prevista legalmente (fs. 107). En consecuencia, luego de cumplidos los pasos pertinentes (fs. 108, 114/119 y 123/124), el Dr. Balbín tomó intervención en este proceso. Por último, el Tribunal requirió a la Cámara el envío del registro audiovisual de la audiencia celebrada en ese tribunal, en el marco de esta acción, los días 12 y 13 de agosto de 2009 (fs. 119).

Fundamentos

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. La queja interpuesta por los actores a fs. 80/94 debe ser admitida, toda vez que el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender plantea agravios relacionados en forma directa con la inteligencia de cláusulas constitucionales (arts. 16, 18 y 43 de la CN y 15, 14, 13 incs. 4, 5 y 11 y 12 inc. 6 de la CCBA). Los actores se agravian de la forma en que el *a quo* resolvió sus planteos vinculados con el derecho a la libertad ambulatoria (art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y el derecho de defensa (arts. 18 de la CN, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial). A ello, agregan que los procedimientos policiales denotan una actitud de discriminación racial tanto hacia los actores como hacia todos los miembros del colectivo cuya representación han solicitado. En apoyo a su postura citan los arts. 14, 18, 19 de la CN, arts. 9, 10, 12, 14 y 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 5, incs. (a), (b) y (d.i) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

2. El referido recurso de inconstitucionalidad contiene los siguientes agravios. Primero, que la Policía Federal discrimina, por cuestión de raza y/o nacionalidad, contra senegaleses y etnias africanas que realizan venta ambulante en la vía pública. Dicen que se produce un caso de *“...discriminación indirecta – también conocida como ‘discriminación de facto’ o ‘impacto desigual’/ ‘efecto inverso’ – se produce cuando una práctica, norma o condición es neutral nominalmente, pero sus efectos recaen de manera desproporcionada, excesiva, sobre determinados grupos”*. De lo que deducen que los jueces debieron realizar una ponderación de los bienes en juego y, sobre esa base, determinar que la conducta en cuestión no podía ser perseguida por los agentes estatales. Relatan que la Cámara entendió, para supuestos como los denunciados, que la venta ambulante para mera subsistencia contemplada en el último párrafo del art. 83 del CC *“...se trata de una conducta jurídicamente desaprobada o desvalorada, que configura un injusto contravencional, debiendo analizarse la presencia de una situación de mera subsistencia en el ámbito de la reprochabilidad”* (fs.

50) y que, “[e]s claro que la aplicación del art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y del 4.1.2 del Código de Faltas a supuestos de actividades callejeras de mera subsistencia [...] Si bien esas restricciones están impuestas por la ley, estas resultan totalmente desproporcionadas atento los bienes en juego y a los grupos sociales involucrados, alterando su sustancia” (fs. 50 vuelta). Dicen que la interpretación del a quo del último párrafo mencionado no resulta adecuada y que “...del texto surge que son cuatro las conductas ‘que no constituyen contravención’ (a) la venta ambulatoria de baratijas, (b) artesanías, (c) y, en general la venta ambulatoria de mera subsistencia, // siempre que no impliquen un competencia desleal efectiva para el comercio establecido, ni (d) la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria” (fs. 65 vuelta).

Luego, en el recurso se tacha de arbitraria la sentencia impugnada sobre la base de que si bien entendió correctamente que se trataba de un supuesto de *habeas corpus* colectivo “...durante el trámite del recurso de apelación y previo a la audiencia, la Sala excluyó prueba fundamental para presentar el caso de modo colectivo, por ‘extemporánea’ (más allá de que no se había realizado aún la audiencia) y se limitó escuchar solo aquella referida a los tres amparistas. Esto violó, al mismo tiempo, el artículo 43 de la Constitución Nacional y 14 y 15 de la Constitución de la Ciudad” (fs. 54). En similar sentido, agregan que “[n]inguna actividad probatoria se realizó a fin de identificar el resto de los 1997 [distintos de los tres accionantes] miembros del colectivo, o —más sencillamente— solicitar informes estadísticos a la oficina de identificación del ministerio público, clasificados por nacionalidad (como se había solicitado en la prueba rechazada por no resultar indispensable)” (fs. 55). Finalmente, a este respecto, sostiene que la sentencia incurre en “arbitrariedad fáctica” porque no valoró correctamente la prueba, lo que la llevó a desconocer que había sido acreditada la discriminación del colectivo de senegaleses.

Con relación con el punto anterior, aduce que “[e]n nuestro caso el tribunal no garantizó este derecho a la protección judicial al colectivo amparista. En primer lugar, la sentencia pareció no entender quién era el colectivo que solicitaba tutela. En segundo lugar, no permitió las probanzas del caso de modo colectivo” (fs. 58 vuelta).

Por último, se agravia de que la Cámara no haya garantizado el derecho de la comunicación inmediata, en todos los casos, de los derechos que asisten a quienes son objetos de un procedimiento policial en situaciones como las descriptas. Sostiene que “...el tribunal analiza qué ocurre en los casos de coacción directa, mencionando simplemente que se ‘intensifica la necesidad de comunicación’, y concluye que ‘se impone el cumplimiento de la obligación [de proveer un traductor] sin demora’. Asimismo, el tribunal consideró que es el momento de la intimación fiscal (artículo 41 de la ley 12) que el presunto contraventor debe contar con un traductor. Este análisis del procedimiento deja fuera los casos donde no es necesaria la coacción directa [...] De este modo, el tribunal consideró que

para la 'intimación y notificación de derechos' establecida por el artículo 37 de la ley 12 no resulta necesaria la traducción", lo que afecta el derecho constitucional de defensa en juicio (fs. 61 vta.; el texto entre corchetes corresponde al texto transcripto).

3. Resulta dudoso que el cauce bajo el que tramitó el presente proceso sea el adeudado para las cuestiones que aquí se ventilan. Las pretensiones tramitadas en este proceso, denominado como *habeas corpus*, parecen más propias de un amparo. Tanto la CCBA como la ley nacional nº 23.098 establece que en los procesos de *habeas corpus*, no resulta exigible el recaudo de legitimación —indispensable como regla para instar la actividad judicial— y que "cualquier persona" puede instar la acción a favor del afectado (cfr. art. 15, CCBA e incs. 3 y 4 del art. 4 de la ley nacional nº 23.098). Ello tiene como fundamento que el objeto de ese tipo de procesos —al menos en su exégesis originaria— es la protección de la libertad ambulatoria de quienes por encontrarse privados de ella no pueden acudir a los tribunales. La situación presentada no es de esa especie, no obstante, como veremos, en el *sub judice* concurren otras razones que determinan la posibilidad de que los actores insten el accionar de los jueces con el alcance grupal que solicitan. En este marco, sin perjuicio de la salvedad realizada acerca del trámite del proceso, el *nomen juris* no puede sellar la suerte de las pretensiones de los actores, sobre todo cuando la contraparte no ha alegado que ello haya afectado su derecho de defensa.

4. Los actores pretenden ejercer, además de la representación propia, la de un colectivo definido como "*...todos aquellos africanos y afrodescendientes que trabajan en el barrio de Constitución, Ciudad Autónoma de Buenos Aires*" (fs. 35; sentencia de Cámara) y hacen especial énfasis en aquellas personas de nacionalidad senegalesa (como los actores) que, según denuncia, en su mayoría se encuentran en nuestro país con status de refugiados. Sostienen, básicamente, que hay discriminación en el modo de proceder de los agentes de la Policía Federal, que persigue a ese colectivo, cuyos miembros realizan venta ambulante en la vía pública, por sus características raciales y/o nacionales y que ello se manifiesta en que las fuerzas de seguridad los detienen y secuestran la mercadería que venden, mientras que no hacen lo mismo con personas de otras nacionalidades o etnias. Arguyen que la actividad que realizan no se encuentra prohibida por la ley, ya que se trataría de venta ambulante de baratijas para mera subsistencia, accionar que, entienden, debe ser encuadrado en el último párrafo del art. 83, CC. Sostienen también que se vulnera su derecho de defensa porque la lectura de la Cámara de las normas adjetivas contravencionales no garantiza la presencia de un intérprete durante todas las etapas de los procedimientos que involucran a estas personas que, en su mayoría, no hablan en forma fluida el español.

5. La CCBA estructura ciertos derechos como de incidencia colectiva y, entre ellos, otorga legitimación a todos los habitantes para instar acciones “contra alguna forma de discriminación” (art. 14, segundo párrafo, de la CCBA). Sobre este punto y, en general, sobre los efectos de la ampliación de la legitimación me expedí en “Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado Expte. n° 6542/09 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’”, expte. n° 6603/09, sentencia del 4 de noviembre de 2009 y sus citas, argumentos a los que corresponde remitir.

Esta situación, así como la índole de las pretensiones en juego, impactan sobre las características que adquiere el proceso, y proyectan significativas consecuencias en relación con las categorías que tradicionalmente lo estructuran (vrg. legitimación y caso), el alcance de la sentencia y su ejecución.

Esta acción persigue, principalmente, que los jueces establezcan cómo deben comportarse en el futuro los agentes policiales. Para ello, sin entrar en consideración sobre la prueba aportada, sus promotores asumen que este comportamiento será ilegítimo, pues sostienen que estos actuarán bajo estándares discriminatorios, que no respetarán el derecho de defensa de quienes sean sometidos a procedimientos y que reprimirán una conducta que entienden legítima.

Si es difícil ya actuar judicialmente sobre lo que aún no ha ocurrido tanto más es hacerlo cuando esos futuros acontecimientos caen bajo la presunción de ser contrarios a las leyes. Aún cuando el concepto de causa pueda abarcar, cumplidos ciertos recaudos, la prevención de situaciones futuras (afectación inminente) con el objeto de garantizar el acceso a la justicia, asumir que un agente gubernamental actuará de forma contraria a lo que mandan las leyes importa lo mismo que permitir a los jueces expedirse sobre consultas, es decir, fuera de una causa judicial o controversia. En el caso, no puede asumirse que los agentes de la Policía Federal realizarán acciones discriminatorias o detenciones fuera del marco legalmente previsto para ello. De presentarse esa situación, los legitimados podrán cuestionar ese accionar mediante el cauce que corresponda, sea atacando la validez del procedimiento desarrollado en forma ilegítima, sea instando la responsabilidad de los agentes involucrados, o ambos. Sin perjuicio de ello, resulta posible despejar algunas incertidumbres respecto de la correcta inteligencia de las normas que sustentan el accionar policial, a los efectos de determinar sus consecuencias sobre la actividad desarrollada por los actores. La situación es sustancialmente diferente con relación a la afectación del derecho de defensa por ausencia de intérpretes capaces de hacer comprender sus derechos a quienes deben padecer la actividad de los agentes de la Policía, pues no se está buscando prevenir un tipo de conducta ilícita sino un defecto de comunicación cuyo impacto en la defensa, y, en verdad, en la persona misma del afectado, está inescindiblemente

unida a ese defecto de comunicación, con independencia del carácter ilícito que puede concurrir en ciertos casos.

6. Si bien la Cámara entendió que no había sido acreditada la existencia de un comportamiento discriminatorio por parte la Policía Federal, los extremos que entendió probados resultan suficientes para tener por configurado un supuesto en el que, aún sin que se pueda sostener que existe animosidad por parte del personal policial, sí puede entenderse que la prohibición de venta en la vía pública, medio de subsistencia de los actores y el colectivo que representan, repercute en forma diferencial sobre quienes participan de este colectivo respecto de quienes no forman parte de él. Así, por ejemplo, han sido tenidos como válidos los informes presentados por Liguori y Sukama los que se da cuenta que entre los años 2007 y 2008 han recibido informe de 45 personas de origen senegaleses que efectivamente han tenido problemas con procedimientos vinculados con la venta ambulante. Si bien ese número puede no ser extremadamente abultado, se torna relevante si se lo compara con los 2000 inmigrantes de ese origen que, según lo establecido en el expediente, viven en Buenos Aires. También ha sido acreditada la existencia de más de un procedimiento de características violentas que involucra a miembros del colectivo, conforme lo expresaron los testigos. Asiste razón a los jueces de mérito en que este tipo de conductas por parte de los agentes policiales pueden configurar delitos y, por ende, resulta acertada la extracción de testimonio y notificación a los órganos competentes. No obstante ello, esas probanzas sí resultan suficientes —sin perjuicio de lo que determinen las autoridades a las que se remitió testimonio— para tener por configurada una situación de especial afectación de la norma en cuestión sobre el grupo representado por los actores.

7.1. Comencemos por el agravio relacionado con la posibilidad de que la conducta que los recurrentes denuncian realizar, y para cuya futura reiteración buscan mayores garantías, sea pasible de persecución estatal. Como adelanté, se agravian de la interpretación atribuida por la Cámara al art. 83 del CC. Sostienen que debe optarse por aquella interpretación que proteja en mayor medida los derechos de las personas. También tachan de irrazonables los arts. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones y 4.1.2 del Código de Faltas, por constituir, a su entender, restricciones desproporcionadamente impuestas por la ley a la venta en la vía pública atento la importancia de los derechos en juego y a los grupos sociales involucrados (ver fs. 51 vta./ 52).

Por las razones que expondré a continuación, no asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la conducta llevada a cabo por los miembros del colectivo que representa es permitida, aunque tampoco comparto la interpretación que el *a quo* asigna al art. 83 del CC.

Dicho art. 83 del CC reza así:

Quien realiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, es sancionado/a con multa de 200 a 600 pesos.

Quien organiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, en volúmenes y modalidades similares a las del comercio establecido, es sancionado/a con multa de 5.000 a 30.000 pesos.

No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria (el subrayado es propio).

7.2. La Cámara entendió que “...los supuestos contenidos en la citada norma [art. 83, CC] no participan de la misma naturaleza jurídica, en la medida en que aluden a cuestiones distintas; de modo que mientras los primeros se vinculan con la configuración misma del ilícito, la venta de mera subsistencia debe entenderse como una causal de inculpabilidad (c. ‘More Castillo, Rosario s/infracción del art., 83 CC’, del 16/9/05). A partir de ello, no puede concluirse que se trata de una conducta jurídicamente desaprobada o desvalorada, que configura un injusto contravencional, debiendo analizarse la presencia de una situación de mera subsistencia en el ámbito de la reprochabilidad. Siendo ello así, no resulta fiable afirmar, como pretenden los accionantes que la venta de mera subsistencia se trata de una conducta lícita”. Seguidamente, el a quo hace referencia a las disposiciones del Código de Habilitaciones y Verificaciones y sostiene que “[l]a ley exige, además, que se requiera a la autoridad administrativa habilitación para desarrollar actividades comerciales de cualquier tipo en el espacio público” (fs. 40).

En el fallo *in re* “More Castillo” que cita, la Cámara sostuvo que el último párrafo del art. 83, CC, contiene dos supuestos que merecen calificaciones distintas dentro de la dogmática penal y, por lo tanto, producen consecuencias también distintas. Allí dijo que “...una adecuada interpretación de la norma indica que se trata de hipótesis independientes y autónomas, que se conforman, la primera de ellas, con la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas, artículos similares o artesanías que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido y, la segunda con la venta de mera subsistencia que no implique una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido”. Luego, de realizada la distinción sostuvo que “[s]e observa entonces que las características, propias de cada caso, de lo que constituye el objeto de esta contravención, es decir la sustancia y número de los efectos que configuran la actividad lucrativa, su calidad y cantidad, sea que se trate de artesanías, baratijas o artículos similares, inciden en la conformación misma del injusto y por ello se trata de supuestos de atipicidad de la conducta. Así, la acción atípica no merece ser castigada porque carece

de relevancia jurídico contravencional// En cambio, la venta de mera subsistencia -aplicada por el Juez en el caso de autos- se relaciona con las condiciones personales del autor en la medida en que para establecer si el producido de la venta se destina a la mera subsistencia no puede prescindirse de la valoración de la situación personal, económico social, en la que se encuentra el autor. Así, mientras la ausencia de ilícito impide un juicio negativo sobre el hecho, la configuración de una causal de exclusión de la culpabilidad solo prohíbe un juicio similar sobre el autor. Este último es el supuesto objeto de estudio en el que -a diferencia del anterior- cabe afirmar la desvaloración del hecho, pues se trata de un hacer jurídicamente desaprobado, en relación al cual resta abordar el estudio acerca de si corresponde traspasar al autor el juicio negativo sobre el hecho, de modo que la ubicación del problema se mueve del hecho hacia el autor (Maurach, ob. cit., p. 551)".

7.3. Para poder determinar qué quiso establecer el legislador en el último párrafo del art. 83, es necesario realizar una lectura integral del plexo normativo que rige la actividad que denuncian practicar los actores. Concuero con la Cámara *a quo* en que la intención legislativa fue dejar a resguardo de la represión estatal los supuestos de ese tercer párrafo, pero no es igualmente fácil determinar de qué forma buscó hacerlo. Ciertamente es que el lenguaje empleado por el legislador (“[n]o constituye contravención”), interpretado en su significado académico, lleva a suponer que, cuando la acción de venta ambulante sin autorización puede ser encuadrada dentro de ese párrafo, queda eliminada la tipicidad de la conducta. Sin embargo, no es ésta una guía ineludible de la interpretación judicial. El legislador no es un académico cuyas afirmaciones puedan ser estimadas como verdaderas o falsas. Muy por el contrario, es quien representa la voluntad del pueblo de darse ciertas normas con alcance general y dentro del marco constitucional, uno de cuyos componentes es que las restricciones a la libertad individual deben tener un fundamento adecuado y pesar por igual sobre todos los individuos que conforman la voluntad general o los que voluntariamente se someten a ella concurriendo al ámbito territorial sobre el que impera esa voluntad general.

En el marco de esa premisa, conviene tener presente cuáles son los componentes de la voluntad legislativa, a saber, a) no castigar al necesitado, b) tutelar la vía pública como bien colectivo y c) evitar una competencia desleal convirtiendo al uso de la vía pública en un privilegio inaceptable. La interpretación que, ateniéndose al texto entendido como expresión de voluntad de ordenar la vida en común antes que como exposición académica, mejor acomode a estos fines será la que, en mi opinión, corresponde adoptar a los jueces¹.

¹ Dejaré de lado, por no tener relación con lo que se ventila en autos, la última parte del párrafo en cuestión. No está en tela de juicio que cuando el legislador dispuso que “[n]o

Para llevar a cabo este análisis, cabe comenzar por el art. 10 del Código de Faltas, que dispone:

La comisión de una contravención no exime de la responsabilidad por falta atribuible a otra persona por el mismo hecho, en cuyo caso la sanción por falta se aplica sin perjuicio de la pena contravencional que se imponga.

El artículo establece que, cuando un mismo hecho se encuentra encuadrado como falta y contravención, esa doble calificación no exime de la sanción por falta a quienes no encuentre alcanzados por la figura contravencional. Una lectura a *contrario sensu*, como la que sugiere el texto y sus consecuencias, determina que quien realiza una conducta pasible de sanción como contravención y como falta sólo puede ser castigado por la norma contravencional.

Aun cuando la interpretación *a contrario* de un texto legislativo no constituye un método certero, no debe ser descartada cuando concurren otros elementos de juicio que permiten comprender la voluntad legislativa. Ello es así, pues el lenguaje cuenta con la posibilidad de comunicar por la vía de hablar de la solución de un supuesto que la solución será la contraria para el otro. Pero, no es ésta una comunicación inequívoca si no viene acompañada de otros elementos que permitan asegurar que el dicente pretende precisamente ser entendido *a contrario*, esto es, que busca que quien recibe su discurso comprenda que tuvo presente la alternativa no mencionada y que su voluntad fue distinguir aquéllo de lo que habló de aquello otro acerca de lo que guardó silencio (ver mi voto *in re* "Pinto Barros, Diego Hernán c/ GCBA s/ impugnación actos administrativos s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6602/09, sentencia del 4 de noviembre de 2009). Para ilustrar el punto, una disposición que prohibiera ingresar animales domésticos a vehículos afectados al transporte público no puede ser leída como una autorización para hacerlo con bestias salvajes. Por su parte, aquella otra que requiriera un permiso para acumular residuos cuyo peso supere las cinco toneladas, admite la técnica del *contrario sensu* porque por debajo de la cantidad legalmente estipulada se ha decidido tolerar la conducta y la tramitación del permiso no es exigible; en sentido estricto ese comportamiento quedaría al amparo del art. 19 de la CN pero, aún así, la interpretación *a contrario* sería admisible.

Volviendo a nuestro art. 10, si lo leyéramos en el sentido de que tampoco exime de responsabilidad a quien comete una conducta encuadrada a un mismo tiempo como falta y como contravención, ello llevaría a penalizarlo doblemente. En tanto ésta es modalidad que

constituye contravención [...] la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria", estableció un supuesto distinto al previsto en la primer parte del párrafo bajo análisis. La hipótesis relevante en autos es aquella relativa a la venta para mera subsistencia.

suponemos excluida de nuestro orden jurídico, podemos inferir que quien perpetra una conducta sancionada en ambas categorías solamente recibirá la sanción que le quepa por una de ellas, como principio, la contravención, y será eximido de la otra. En un escalón más de esta inferencia no lógico-formal sino propia de la comunicación mediante el lenguaje ordinario, en el cual está presente el propósito del comunicador, podemos suponer que si una persona es eximida de la pena como contraventor también lo será de la pena como autor de una falta. Ello así, puesto que resulta, como principio, inconciliable la finalidad de eximir de castigo en un caso y propinarlo en el otro. Esto no ocurre, en cambio, cuando una conducta no está tipificada como contravención sino tan sólo como falta. En este supuesto, no tenemos elemento alguno que permita excluir la sanción, ni aun la interpretación que extraigo del art. 10 *sub* análisis. Ello implica que considerar atípica, desde el ángulo del CC, la clase de conducta que nos ocupa es incompatible con la exclusión, con base en el texto del art. 10 del CF, de la sanción por falta, si así estuviera contemplada, y lo está en el art. 4.1.2 de dicho cuerpo normativo. Además, la interpretación propuesta tiene correlato con el hecho de que el régimen contravencional conlleva, como principio, un sistema sancionador con penas más gravosas y, por ello, median en él también mayores garantías para los imputados. Sin entrar en la discusión relativa a si en estos casos la doble persecución se encontraría o no vedada por normas constitucionales, la inteligencia atribuida a las normas en juego se corresponde con el razonable principio interpretativo de que, en caso de duda, debe presumirse que el mismo legislador no buscó imponer dos sanciones por un mismo hecho.

7.4. En suma, el juego que este art. 10 realiza entre los regímenes contravencional y de faltas determina la inteligencia del último párrafo del art. 83 del CC. Resulta claro para el *a quo*, para los actores y también para mí que el legislador buscó librar de castigo a quienes realicen la conducta prevista en el artículo mencionado en las circunstancias que nos ocupan. Si tomáramos esas previsiones como causales de justificación o supuestos de atipicidad de la conducta, estaríamos frente a la posibilidad de que ese accionar fuera sancionado por el art. 4.1.2 del Código de Faltas, por tratarse de ventas sin autorización en el espacio público. En cambio, si lo previsto en el párrafo en cuestión fuera entendido como una excusa absolutoria, se trataría de un supuesto en que el legislador decidió no castigar, sin perjuicio de que la conducta configurase una contravención. En definitiva, al ser calificada de esa forma, la conducta quedaría exenta de la sanción impuesta por el régimen de faltas (por tratarse de una contravención) y, por otro lado, no sería castigada como contravención, a pesar de serlo, esto es, de tratarse de una reprochable.

De lo expuesto se sigue también, en atención a que ni la culpa ni el dolo son recaudos necesarios para sancionar una falta, que la ausencia del elemento subjetivo del tipo contravencional deja en pie la responsabilidad

impuesta por el régimen de faltas del autor de la acción penada por ambos plexos normativos. Basta pensar en la situación de quien viola una prohibición de tránsito sin que concurren a su respecto los elementos subjetivos que llevan al castigo de la contravención (cfr. Capítulo III del CC y Sección 6, Capítulo I del Código de Faltas). De ello, se deduce que tampoco esta categorización de los elementos contenidos en el párrafo tercero el art. 83 *sub examine* arrojan un resultado armónico con lo que parece constituir una concepción compartida acerca de cuál es la voluntad del legislador.

Por lo demás, cuando el legislador de la Ciudad quiso que concorra en forma paralela a la sanción contravencional un sistema de responsabilidad administrativo, así lo dispuso expresamente. En el título undécimo, "Sistema de Evaluación Permanente de Conductores" (SEPC), del Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad se prevé la pérdida de puntos de la licencia de conducir para aquellos conductores que realicen una contravención o una falta, sin descartar la responsabilidad que les quepa por el régimen que corresponda en cada caso. Incluso la modificación al CC introducida por la ley nº 2641 dispone que la quita de puntos que corresponda por el SPEC será también aplicada en aquellos supuestos en que se realice una suspensión del proceso a prueba en las contravenciones vinculadas con la conducción de vehículos (arts. 111 a 114 del CC).

Lo antedicho me lleva a considerar que lo que quiso incorporar a su régimen el legislador fue una excusa absolutoria. Esta causal de exclusión de la pena no supone eliminación de la antijuridicidad, tampoco de la culpabilidad, sino que sobre la base de la concurrencia de ciertos elementos objetivos excluye la sanción de una conducta cuya ilicitud permanece intacta. Al referirse a las excusas absolutorias, Soler sostiene que "*[s]on circunstancias que no afectan ni la antijuridicidad ni la ni la culpabilidad de la acción, sino que solamente se vinculan con la aplicación de la pena; son verdaderas causas de impunidad establecidas por razones de utilidad, pues la injusticia del hecho y la culpabilidad permanecen intactas. Por eso son causas personales (art. 185, in fine [del Código Penal]), intransferibles, y dejan subsistentes la responsabilidad civil por el hecho. El cómplice del sujeto que robó algo a su padre es punible, aun cuando no lo sea el autor principal; para éste subsiste la responsabilidad civil [...] es muy distinta la situación, según la pena sea excluida por una causa de justificación, por una causa de inculpabilidad o por una mera excusa absolutoria*" (Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", tomo II, Ed. Tea, Buenos Aires, 1992, págs. 239/240). Sobre el punto, aunque bajo la voz "causas de exculpación", Jescheck dice que "*[h]ay hechos que son en verdad típicamente antijurídicos y, además, fueron cometidos por un autor con capacidad de culpabilidad y actuando con conocimiento del injusto, pero que, sin embargo, permanecen impunes, ya que, bajo ciertos requisitos, el ordenamiento no formula reproche alguno de culpabilidad*". Dicho autor sostiene que "*[e]l hecho justificado es **aprobado** por el ordenamiento jurídico, mientras que el exculpado sólo es **tolerado**. De ahí que en el primero se excluya la*

participación punible, que en el segundo es, por el contrario, jurídicamente posible. Que el partícipe quede también exculpado depende de las circunstancias que concurran personalmente en el mismo” y agrega que las causales de exculpación “...producen ciertamente una disminución del contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho [...] Sin embargo el injusto no desaparece por completo, ya que el desvalor del resultado del hecho sólo se reduce, atendiendo a que éste sirve, a la vez, a la protección de valores. Procede negar asimismo la plena exclusión de la culpabilidad, porque la situación excepcional concurrente al cometerse el hecho no elimina la capacidad de culpabilidad ni el conocimiento de la prohibición. Las causas de exculpación deben contemplarse así como causas de disminución del injusto y de la culpabilidad, a las que el legislador atribuye el efecto de la impunidad, dado aunque no se alcanza el límite del merecimiento de pena” (Jescheck, Hans-Heinrich, “Tratado de Derecho Penal”, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, págs. 430/432; las negritas son del original, el subrayado reemplaza las itálicas del original).

Un examen de los elementos en sí del tercer párrafo bajo análisis y de su inserción en el CC apunta en la misma dirección. Primeramente, la circunstancia de que el CC trata las causales de inimputabilidad en el art. 11, sin que haya razones para creer que el legislador quiso incorporar alguna específica para la conducta prevista en el art. 83. Una segunda razón es que la venta sin autorización afecta el bien tutelado, consista ésta en la de baratijas o sea para la mera subsistencia, aunque quizás en distinta medida. Ciertamente es que el artículo requiere que no haya competencia desleal, pero no menos lo es que la competencia leal no es el único bien resguardado ni probablemente el principal. Una tercera es que se trata de circunstancias no vinculadas a la voluntad o al entendimiento pero sí al autor, antes que a la acción, por un lado, y a las características de la mercadería, por otro. Esta última tiene una visible relación con la mera subsistencia del autor. La virtualidad que la ley otorga a la inexistencia de competencia desleal con los comercios supone eximir de la sanción en la medida en que lo que permanece afectado no es ya interés de un particular —el comerciante— sino el de la sociedad en el uso del espacio público.

Esta interpretación, a diferencia de la que ve en el párrafo examinado una causal de exclusión de la antijuridicidad, mantiene el castigo para quien esté, eventualmente, detrás de quien vende para su subsistencia.

7.6. Como surge de la interpretación realizada por la Cámara y la propuesta por los recurrentes, tampoco existe acuerdo sobre si el precepto en cuestión incluye uno o varios supuestos (según vimos de exculpación); es decir si los elementos allí enumerados deben encontrarse todos para excluir la sanción o basta con que se presente sólo alguno. No corresponde aquí determinar cuál es la correcta interpretación del último párrafo del art. 83 del CC con relación a este punto, ni a otros como, por ejemplo, cuál es el significado que corresponde asignar al término “ambulatorio”. Ello será

propio de las causas en dónde se desarrollen esas defensas y, como principio, privativo de los jueces de mérito, sin perjuicio de la intervención que corresponda a este Tribunal en su competencia extraordinaria.

7.7. La tacha de irrazonable que el recurrente dirige al régimen de los Códigos de Faltas y de Habilitaciones y Verificaciones debe ser descartada por carecer de los fundamentos mínimos para configurar un agravio que habilite la intervención de este Tribunal. El recurrente se limita a buscar fundamento a su afirmación en “los bienes en juego y los grupos sociales afectados” (fs. 50 vta.), obviando toda relación con disposiciones de rango constitucional y un desarrollo suficiente de su argumentación.

7.8. Esta interpretación de las normas no priva a los órganos facultados para hacerlo de su capacidad para controlar que las actividades que se desarrollen en el espacio público cumplan con los requisitos legales, en el caso de la comercialización de mercancías, con la autorización pertinente (cfr. “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ezquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA]’”, expte. n° 6162/08, sentencia del 5 de marzo de 2009). Tanto la policía como el resto de los órganos estatales dotados de competencias a esos fines deberán requerir a quienes realicen actividades la exhibición de los permisos necesarios y en caso de que no cuenten con ellos ordenar que cese la actividad. Sin embargo, cuando la conducta esté encuadrada dentro de lo previsto en el último párrafo del art. 83 del CC, deberán abstenerse de tomar las medidas precautorias contempladas en el 18 y ss. de la LPC (ley n° 12), tanto sobre las cosas como las personas en cuestión. Cuando no tengan certeza, pero existan señales claras de que una conducta captada por el art. 83 podría ser de aquellas no punibles con arreglo a su último párrafo, deberán observar, en el ejercicio de las competencias que les acuerda la ley, el máximo esfuerzo para evitar medidas compulsivas que luego se muestren inconducentes por decisión del Ministerio Público Fiscal de no ejercer la acción respectiva. A ese fin, deberán hacer los máximos esfuerzos para poner la situación en conocimiento de los agentes de dicho Ministerio tan pronto como sea posible y no proceder a cualquier medida de las de los arts. 18 y ss. de la LPC sin su previa indicación o, si constataren la imposibilidad de hacerlo, evaluando por sí, tan completamente como fuere posible, si la conducta puede ser encuadrada en el último párrafo del art. 83.

8. El agravio relativo a la afectación del derecho de defensa por ausencia de un intérprete capaz de hacer conocer sus derechos desde el primer momento que el presunto contraventor toma contacto con los agentes estatales, en virtud de lo desarrollado en este punto, debe ser atendido.

El derecho de defensa consagrado en el art. 13, incs. 3 y 4 de la CCBA, art. 18 de la CN encuentra su regulación, para lo que aquí importa, en los arts. 4 y 37 de la LPC.

El art. 4 dispone:

Se debe designar un intérprete cuando el imputado o imputada no pudiere o no supiere expresarse en español, o cuando lo impusiere una necesidad especial del imputado o imputada.

A su turno, el art. 37 reza:

La autoridad preventora entrega una copia del acta al presunto contraventor/a, si está presente. En tal caso lo intima para que comparezca ante el o la Fiscal dentro de los cinco días hábiles siguientes, bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública. Asimismo le notifica de su derecho a ser acompañado por defensor o defensora de confianza y que, de no hacerlo, será asistido por el defensor o defensora de oficio. Si el presunto contraventor/a se niega a firmar, se deja constancia de las razones aducidas.

Es cierto que estas normas refieren a la comunicación a la persona que se estima incurso en una conducta reprochable de sus derechos, por un lado, y las oportunidades, que pueden ser posteriores al primer contacto de la fuerza de prevención con el hecho reprochable, en que ello debe ser cumplido. Empero, pienso que deben ser entendidas como supuestos específicos de una voluntad legislativa más general de asegurar que quienes enfrentan ejercicios del poder público sean puestos, por regla, en conocimiento de la actividad estatal con posibilidad de comprenderla. En el caso de los miembros del colectivo por el que ha sido impulsada esta acción, ello no sirve tan sólo para posibilitar la defensa sino, frecuentemente, aun para evitar la angustia de la incertidumbre a quien se ve sometido a medidas compulsivas cuya causa, finalidad y/o alcance no comprende.

El medio contemplado en esas normas, el intérprete, también debe ser visto, en la concepción del legislador, como un instrumento de la comunicación, que se aspira a asegurar, antes que como la exclusión de otros dispositivos que resulten más apropiados a la finalidad perseguida. Por lo demás, resulta claro que es imposible que cada procedimiento cuente con intérpretes de todas las lenguas de posibles involucrados. Complica aún más esta situación casos como los de los actores, cuya lengua natal es un dialecto prácticamente desconocido en nuestro país, del que no existen traductores oficiales, y que provienen de un país que no posee representación consular en la Argentina. La audiencia de fecha 16 de junio de 2009 y las dificultades para encontrar intérprete que la precedieron muestran la conveniencia de acompañar la designación de experto de esta especie con otros mecanismos más efectivos tales como carteles o grabaciones de voz con mensajes apropiados para comunicar en qué consiste el procedimiento, cuál es la conducta reprochada, cuáles las

circunstancias que excluyen la sanción, los derechos que asisten a quien es abordado por la fuerza pública, del mismo modo que posibilitar que las manifestaciones que esa persona estime oportuno realizar puedan ser comprendidas en lo indispensable, de manera inmediata, por la fuerza pública, a cuyo propósito pueden emplearse también carteles con mensajes o signos que puedan ser interpretados por quienes no hablan el idioma Wolof.

En definitiva, es necesario que el Estado extreme las medidas para garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los presuntos contraventores y también evitar que los padecimientos que implica a una persona estar sometido a un procedimiento contravencional se intensifiquen sobre un grupo de personas que poseen muchas razones para sentirse más violentados o temerosos, por su condición de inmigrantes y por las dificultades que conlleva el hecho de no tener un dominio pleno del idioma castellano. Para ello deberá dotar a los preventores o quienes se encuentren a cargo de los procedimientos contravencionales de los medios más adecuados para garantizar una comunicación eficiente de los agentes del poder público con las personas que soportan un procedimiento.

El mecanismo que se utilice para comunicarse con los presuntos contraventores, también deberá ser utilizado para determinar con la mayor inmediatez posible, y en el estado propio de un procedimiento de esa especie, si se encuentran ante una conducta que podría ser encuadrada dentro de la excusa absolutoria del último párrafo del art. 83, CC.

9. Como dije, tanto la pretensión requerida por los actores como la representación que pretenden ejercer brinda características especiales al proceso y también a la sentencia que puede dictarse en el *sub judice*. Sin perjuicio de ello, sigue recayendo sobre los jueces la obligación de pronunciarse en el marco de una causa o controversia y de dictar órdenes concretas que sean pasibles de ejecución posterior. Es por ello que para garantizar el más amplio ejercicio del derecho de defensa en condiciones igualitarias, debe ordenarse a la Policía Federal, GCBA y Ministerio Público Fiscal que se dote a los agentes que realicen procedimientos contravencionales de carteles, grabaciones o cualquier otro medio que permitan realizar una comunicación eficiente de sus derechos a los integrantes del colectivo representado por los actores desde el momento en que se establezca el primer contacto con quienes se estime incurso en contravención por realizar venta en la vía pública sin el debido permiso. Asimismo, también debe ordenarse que los agentes que realicen los procedimientos deberán maximizar los esfuerzos para comunicar al Fiscal correspondiente con la mayor inmediatez posible en los casos en que se encuentren involucrados los miembros del colectivo al que pertenecen los demandantes antes de adoptar medidas precautorias, a fin de que éstas sólo sean consecuencia de la decisión de un magistrado. Por último, con el objetivo de garantizar igualdad de trato y evitar vejaciones innecesarias a los

miembros del colectivo que lidien con los agentes estatales, corresponde disponer que los agentes preventores se abstengan de tomar medidas precautorias como las previstas en el los arts. 18 y ss. de la LPC cuando existan indicios suficientes de que la conducta del presunto contraventor pueda ser encuadrada en el último párrafo del art. 83 del CC.

10. Los agravios vinculados con el rechazo de prueba involucran cuestiones de derecho procesal, ajenas como principio, a esta instancia extraordinaria.

11. Por lo expuesto, corresponde admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y: I. Ordenar a la Policía Federal, al GCBA y al Ministerio Público Fiscal que extreme los medios necesarios para que exista una comunicación eficiente de sus derechos desde el momento desde el primer contacto con el presunto contraventor, conforme lo desarrollado en el punto 8. II. Ordenar a la Policía Federal que realice todos los esfuerzos para garantizar la intervención en forma inmediata del Ministerio Público Fiscal, de acuerdo a lo establecido en el punto 7.8. III. Ordenar que, cuando existan indicios suficientes de que la conducta puede estar encuadrada en el último párrafo del art. 83 del CC, los agentes preventores se abstengan de tomar las medidas precautorias previstas en los arts. 18 y ss. de la LPC sobre las cosas o las personas involucradas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud de un recurso de queja que interpuso el Sr. Bara Sakho contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, que desestimó su recurso de inconstitucionalidad. Este último tiene por objeto impugnar la resolución a través de la cual la Cámara confirmó el decisorio de primera instancia en cuanto dispuso rechazar la acción de habeas corpus.

De fs. 80 vuelta a 93 del recuso de queja, el apelante desarrolla los agravios que planteó al interponer el recurso de inconstitucionalidad, cita los fundamentos utilizados por los Sres. Camaristas para desestimarlos y realiza una crítica particularizada de estos últimos.

Entiendo que la queja es procedente dado que los Sres. Camaristas debieron indicar por qué la interpretación que sustentan no afecta los derechos y garantías constitucionales invocados. La deficiencia señalada cobra aún más trascendencia si tomamos en consideración que se trata de una acción de habeas corpus que contiene una denuncia de racismo, que los propios magistrados han calificado de “sumamente grave” (fs. 75 vuelta).

La carencia señalada no queda subsanada por las afirmaciones dogmáticas y generales que contiene el auto denegatorio, alguna de las cuales se citan a continuación: “no se advierte con claridad un cuestionamiento específico a lo resuelto por este Tribunal cuya revisión extraordinaria se reclama” (fs. 76); “el agravio (o grupo de agravios referidos al tema) resulta aparente o, cuanto menos, exagerado o inhábil para convocar la atención de la instancia extraordinaria” (fs. 77); “este agravio... cuestiona la interpretación que el Tribunal de mérito realizara de normas de índole procesal. Ella, al igual que las cuestiones de hecho y derecho común, también resultan por regla ajenas a la instancia a la que se pretende acceder” (fs. 77 vuelta); “la consideración de este Tribunal entraña, en principio, la interpretación de una norma de derecho común que, si bien seguramente admite otras alternativas, su dilucidación resulta ajena a la extraordinaria competencia del Tribunal al que se pretende acceder” (fs. 77 vuelta/ 78).

Recurso de inconstitucionalidad

1. Corresponde ahora analizar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley n° 402).

Coincido con el Sr. Juez de trámite, en que el recurso de inconstitucionalidad plantea agravios relacionados de forma directa con cláusulas constitucionales (arts. 14, 16, 18, 19 y 43 CN; arts. 15, 14, 13 incs. 4, 5 y 11 y 12 inc. 6 de la CABA; arts. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 9, 10, 12, 14 y 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y arts. 5 incs. (a), (b) y (d.1), y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial).

Asimismo comparto la caracterización de los agravios constitucionales formulados por los accionantes, que consta en el punto 2 del voto de mi colega, a la que me remito en honor a la brevedad.

2. De la vía.

La Cámara calificó a este proceso como un habeas corpus preventivo y colectivo (fs. 34 vuelta) con apoyo en el fallo CSJN “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”.

También dijo en el mismo sentido que “no existe obstáculo para admitir una acción colectiva en tanto y en cuanto se cumpla con los requisitos mínimos para ello —como ocurre en el caso—, de identificar claramente la composición del grupo de personas del que se trate, la idoneidad de quien asume la representación, y las cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas que por acción u omisión lesionen, restrinjan, alteren o amenacen la libertad ambulatoria de ese colectivo de personas.” Y agregó que “desde un principio la acción fue planteada en su favor por los tres ciudadanos senegaleses que la suscribieron, y de todos

aquellos africanos y afrodescendientes que trabajan en el barrio de Constitución, Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (fs. 35).

Por fin, los magistrados destacaron que más allá de que la acción fuera un hábeas corpus o una modalidad del amparo “puede adquirir las características pretendidas en la especie” (fs. 35 vuelta).

3. Del objeto.

El objeto del proceso está definido con claridad por el señor juez de trámite en el apartado 5 de su voto: “esta acción persigue principalmente, que los jueces establezcan cómo deben comportarse en el futuro los agentes policiales. Para ello, sin entrar en consideración sobre la prueba aportada, sus promotores asumen que este comportamiento será ilegítimo, pues sostienen que estos actuaron bajo estándares discriminatorios, que no respetarán el derecho de defensa de quienes sean sometidos a procedimientos y que reprimirán una conducta que entienden legítima”.

Las violaciones a la CN, a la CCBA y a las normas internacionales de aplicación obligatoria que han sido denunciadas por los accionantes son fundadas, e implican la afectación de derechos y garantías constitucionales (derecho de defensa, el debido proceso, prohibición de discriminación y arbitrariedad de sentencia).

En los apartados que siguen trataré por separado cada uno de los agravios aunque está implícita en la presentación del recurso, y también en los argumentos de mi voto, que hay puntos de convergencia donde las afectaciones señaladas se superponen o pueden ser leídas y acreditadas desde diversas perspectivas.

4. Defensa en juicio / Debido proceso / Falta de comunicación inmediata de los derechos que asisten a los denunciados.

El análisis de los elementos acumulados en la causa acredita que desde la intervención policial en la etapa de prevención, se afectan garantías constitucionales.

Es importante tener en cuenta que los denunciados son extranjeros que desconocen el castellano, que son interceptados e interpellados en la calle por la policía, que en algunos casos son llevados a una comisaría y en otros a la oficina de identificación del Ministerio Público, que ven cómo se decomisan las mercaderías que tenían en su poder, que no reciben asistencia de la defensa pública en todo ese trámite y que no tienen posibilidad de comprender el motivo de su aprehensión ni pueden dar respuesta a las preguntas que se le formulan. Volveré sobre esta cuestión en el apartado 6.

Esta situación también es relevada por el señor juez de trámite (apartado 5 de su voto) como una afectación “del derecho de defensa por ausencia de intérpretes capaces de hacer comprender sus derechos a quienes deben padecer la actividad de los agentes de la Policía, pues no se está buscando prevenir un tipo de conducta ilícita sino un defecto de

comunicación cuyo impacto en la defensa y, en verdad, en la persona misma del afectado, está inescindiblemente unida a ese defecto de comunicación” (conf. voto del Juez Lozano).

El debido proceso se debe garantizar desde sus inicios. Los dichos de los testigos y de los comisarios prueban que no fue así (conf. acta de audiencia obrante a fs. 464/493 vuelta, autos principales). El propio Fiscal Fernández reconoció la afectación de derechos al afirmar que “[l]e hubiera gustado que se le hubiera informado al colectivo de sus derechos, que no están obligados a firmar las actas, que también les deberían haber dicho que si firman el acta no se están incriminando porque el acta no es prueba sólo es *notitia criminis*. Entonces estas situaciones que les generan violencia les deberían ser explicadas” (fs. 489 vuelta/490, autos principales).

En mi opinión, la afectación no se detiene allí. El problema del idioma, la falta de traductor, la desvalorización de la lengua de los denunciantes queda evidenciada en todas las etapas procesales.

A fs. 40 vuelta dice la Cámara: “Se pensará, y con razón, que el manejo de nuestra lengua requerido para comprender la solicitud de identificarse no resulta de una sofisticación tal que requiere el asesoramiento de un traductor o intérprete. No obstante, en esta instancia de intermediación las necesidades de comunicación fehaciente se van incrementando desde el punto de vista normativo.” Y más adelante (fs. 40 vuelta/41) afirma que la obligación determinada por el art. 4 de la ley 12 “que dispone que se debe designar un intérprete cuando el imputado/a no pudiere o no supiese expresarse en español” solo aparece “como deber del órgano Fiscal de oír al presunto contraventor (art. 41, ley 12)”.

La argumentación de la Cámara para la cual sólo es necesario algo de conocimiento para entender el procedimiento policial es una manifestación de prejuicios coloniales, según los cuales las lenguas de los estados colonialistas (y por extensión el idioma nacional de un Estado) son parte de la cultura universal —presuponiendo así la obligación de saberlas por parte de aquellos que son colonizados o en su defecto que conforman una minoría lingüística— mientras que las lenguas propias de las culturas que fueron sometidas al orden colonial o que se desconocen por variadas circunstancias son reducidas a un particularismo exótico, sin reconocimiento institucional. Esta concepción incide directamente en el reconocimiento y la protección de los derechos de ciertos individuos o grupos.

Dice la Cámara que no puede pretenderse que “aquella persona que deba ser identificada o frente a la cual deba labrarse un acta documentada del procedimiento, tenga derecho a frustrar esa actividad oficial al privilegiar su derecho a transitar libremente por la Argentina” (fs. 36). De esa manera desconoce las observaciones sobre Argentina realizadas en el año 2004 por el *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial* de Naciones Unidas, donde exhortó al Estado Argentino a que aumente sus esfuerzos para mejorar las condiciones de protección y las salvaguardias en el caso de refugiados, en particular, facilitando servicios de interpretación (conf. punto

13). El desconocimiento de los jueces de la Sala I que vengo señalando no se hace cargo de la imposibilidad de comunicación y de la carencia de traductores oficiales de wolof, que no sólo fueron invocadas por los accionantes, sino que quedaron probadas en las audiencias que se celebraron en el Tribunal Superior y en la propia Cámara, y reconocida por ésta al punto de que cree necesario informar al Consejo de la Magistratura de esta Ciudad de la “dificultad para la obtención de traductores del dialecto wolof... a los efectos que se estime corresponder” (fs. 41).

Sin embargo, son los mismos jueces los que admiten que no pueden ignorar “las dificultades a las que se enfrenta cualquier ciudadano extranjero fuera de su tierra, que resultan mayores si sus condiciones socioeconómicas son desfavorables, la excursión foránea no es del todo voluntaria, y si por sus características se distinguen de la gran mayoría de los habitantes del ámbito que los recepta” (fs. 38 vuelta/39).

Si estos hechos no se pueden ignorar, y se los ignora antes y durante el transcurso de un juicio, parece indudable que el derecho a la defensa y el debido proceso han sido omitidos, como ocurrió en este caso.

Es necesario insistir en que el derecho a ser oído, entendido y de comprender es parte de la garantía del debido proceso y del derecho a la defensa, y que no pueden verse limitados en ningún caso en el que estén en juego derechos humanos. Como señala Seyla Benhabib:

“[se trata] de la reivindicación del derecho de todo ser humano ‘a tener derechos’, es decir, a ser una persona legal, con ciertos derechos inalienables, no importa cuál sea su condición de membresía política. La condición de forastero no debería privarlo a uno de derechos fundamentales... [Este modelo] debe acomodarse con prácticas que sean no discriminatorias en su alcance, transparentes en su formulación y ejecución y justiciables cuando sean violadas por estados y otros órganos de tipo estatal”.²

Desde una línea de análisis distinta dice Appadurai que:

“...las minorías son una categoría social y demográfica reciente, y en la actualidad generan nuevas preocupaciones relativas a derechos (humanos y de otros tipos)... debido a su ubicación en la insegura zona gris que se extiende entre los ciudadanos propiamente dichos y la humanidad en general, promueven nuevos modos de análisis de las obligaciones del Estado, así como de los límites de la humanidad política... [Y] sus idiomas exacerban las preocupaciones sobre la coherencia cultural de la nación. Sus estilos de vida son un modo

² Seyla Benhabib, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 14-15.

sencillo de desplazar las tensiones comunes de la sociedad, especialmente en las sociedades urbanas.”³

5. Arbitrariedad

La Cámara entiende que el habeas corpus es procedente cuando exista un amenaza cierta de sufrir seguimientos u hostigamientos arbitrarios por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público, sustentados en motivos raciales (fs 36).

A partir del encuadre puesto a fs. 36, como se verá en lo que sigue, los jueces incurrieron en distintas formas de arbitrariedad en la etapa probatoria.

5.1. La acción interpuesta involucra una violación de derechos humanos. Por ello, la carga de desvirtuar tales denuncias la tiene el Estado, ya que es el obligado a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos en virtud de los compromisos internacionales asumidos en la materia y, paradójicamente, el presunto perpetrador a través de sus diversos órganos —entre los cuales se encuentran inclusive los Tribunales— de la violación de derechos denunciada.

En estos autos, es notoria la deficiencia probatoria del Estado, representado en el juicio por el Ministerio Público Fiscal y los responsables de las Comisariías nº 16 y 8. Ninguna de sus aportaciones puso en crisis las manifestaciones ni la prueba de los actores. Es más, algunas de sus consideraciones corroboran la denuncia.

Así por ejemplo, el letrado de la PFA afirmó que “[p]ersonalmente ha asistido a cientos de funcionarios policiales en procedimientos judiciales denunciados... por no reprimir venta ambulante, etc. Hay que ponerse de acuerdo sobre que se hace: ¿se le dice a la policía que haga o que no?... No existe necesidad de traducción o lectura de derechos” (fs. 489, autos principales).

Los jueces intervinientes, que están comprendidos dentro de la obligación estatal de asegurar la plena vigencia de derechos, afirman en su sentencia, tener en claro la dimensión del problema social al que se enfrentan, “a las problemáticas socioculturales que han quedado expuestas a lo largo de la audiencia” (fs. 39) y a las dificultades de todo orden que padecen los inmigrantes y/o refugiados extranjeros (fs. 38 y vuelta ya citado).

Sin embargo ni siquiera intentaron suplir de oficio la ineficiencia de los otros funcionarios ordenando, por ejemplo, medidas para mejor proveer.

³ Arjun Appadurai, *El rechazo de las minorías. Ensayo sobre la geografía de la furia*, Barcelona, Tusquets, 2007, pp. 59-60/63.

5.2. Los denunciantes declararon pormenorizadamente y en coincidencia con el escrito de inicio, cuáles eran los actos, expresiones y procedimientos irregulares que motivaran la interposición del habeas corpus colectivo. Aportaron, además, diversos medios probatorios.

Sin embargo, la prueba producida por la actora fue calificada por la Cámara como insuficiente con argumentos insostenibles frente su propia inacción y a las consideraciones que incluyera en la sentencia, algunas de las cuales ya han sido referenciadas y otras aparecerán en los próximos apartados.

5.3. Otra forma de arbitrariedad de la Cámara se expresa en la desvalorización injustificada de las declaraciones de testigos oculares, que no han sido desvirtuadas en la causa, pese a que los jueces calificaron a una de ellas (vg. declaración de M. Miera, fs. 38) como insoslayable, porque “no pertenece a dicha comunidad y expresa que después de tantos años de venta en la calle ha tenido muchas causas y que los procedimientos se realizan contra los pobres y las personas que menos tienen.”

Es preciso detenerse en las manifestaciones de Meira (fs. 474 vuelta /475 vuelta). Lleva casi veinte años trabajando en Constitución, es pensionada y vendedora ambulante desde los años noventa, “estuvo catorce meses detenida por la venta ambulante y después no pudo ni ser acusada por el fiscal”, pertenece a una organización denominada “Madres de Constitución” y presenció el procedimiento policial del día 6 de enero “que tuviera como eventual protagonista a una persona de la comunidad afro, que vio otros procedimientos en su contra y contra otros compañeros que estaban caminando por la calle Brasil”. Dice que varios patrulleros se dirigieron hacia el lugar, que la policía les sacó la mercadería, que “se prestó a ser testigo pero no la quisieron tomar... esta gente no hablaba castellano, les decían que los iban a llevar porque no tenían documento y ellos mostraban los documentos”. Agrega que le llamó la atención que la policía venía con dos personas “uno de ellos menor y los traen como testigos cuando saben que eran unos delincuentes que trabajan como proxenetas repartiendo tarjetas para ir a los prostíbulos” y exhibe una de esas tarjetas. Continúa declarando que lo “detuvieron de mala manera, lo subieron al patrullero y querían llevarse las baratijas sin control y sin acta. Que fue a la fiscalía y allí no fueron, fueron primero trasladados a la seccional policial... el detenido no entendía el idioma, no le leyeron sus derechos, no llamaron a un médico a pesar de que uno de los señores pedía médico. Agrega que ve habitualmente estos procedimientos, que los persiguen a ellos por pobres y por ser los de abajo. Con otros senegaleses que fueron llegando se dirigieron a la fiscalía donde “no sabían nada y la persona detenida no estaba allí. Lo trajeron después en el patrullero cuando habían pedido por él, aclara que la fiscalía es la que se encuentra en la calle Combate de los Pozos”.

Por su lado, Héctor Diego Martínez Gutiérrez (fs. 476/ 477) quien pertenece a un movimiento que trabaja por los derechos de los afrodescendientes desde hace más de veinte años, manifiesta que “la inserción de las personas africanas en este país es muy complicada, que ha sido testigo y víctima de maltrato. “En este caso en particular, refiere que vio como le sacaron las cosas a un afrodescendiente... le dijeron negro de mierda... que molestan a la comunidad afro por el único motivo de ser negro o tener cara de indio, ningún otro motivo”. En lo demás coincide con Meira en que no hubo traductor, ni le leyeron sus derechos ni le informaron del marco en que la causa se realizaba. Añade que ha presenciado otros procedimientos similares.

5.4. El modo en que la Sala I desconoce toda relevancia a los informes técnicos aportados en el expediente agravan la arbitrariedad de la resolución que dictara. Aquí como en el caso de la testimonial, no se trata siquiera de discutir la pertinencia de estándares internacionales de evaluación de pruebas en materia de DDHH, sino del apartamiento inexplicable e inexplicado de la práctica que más habitualmente, casi como una rutina procesal, siguen los jueces respecto de los elementos glosados a un expediente ordinario.

Es así que del informe de CAREF (fs. 432/462, autos principales), que no fue desvirtuado por el Estado, la Cámara se limita a indicar que fue producido en la etapa de la audiencia, sin analizar su contenido. El fiscal en su alegato, sólo intenta una burda descalificación *ad hominem*, al poner en duda la idoneidad de la Sra. Ligouri (fs. 491 vuelta, autos principales), sin ofrecer prueba alguna que desvirtúe la información contenida en el informe.

Insisto, es arbitraria la actuación judicial cuando omite toda referencia a una documentación cuyo contenido no fue objeto de impugnación por el Ministerio Público Fiscal, y del que surgen datos que guardan estrecha vinculación con las cuestiones debatidas en el proceso.

Respecto del informe del Sr. N. C. Sukama, la evaluación fue también arbitraria. La Cámara objetó sin sustento pericial la idoneidad de la metodología utilizada por el investigador, afirmando simplemente que “45 no es un número representativo sobre 2.000”. Paradójicamente la cifra de 2.000 que la Cámara toma como referencia válida para descalificar la muestra como insignificante, fue aportada por el propio Sr. Sukama. Esto es un claro ejemplo de la lectura selectiva y parcial que realizara la Cámara de la información brindada por el investigador, sin tomar en consideración la relevancia de esa información, si tomamos en cuenta que la Argentina carece de registro oficial alguno que dé cuenta del número de residentes afro y afrodescendientes.

Esta circunstancia no pasó inadvertida en el último informe sobre Argentina del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial fechado el 15/02/10, donde se recomienda:

“que el Estado parte consulte ampliamente para la preparación de su próximo informe periódico con las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en el campo de la protección de los derechos humanos, en particular en la lucha contra la discriminación racial [y se afirma que] el Comité observa que el Estado parte está por realizar un nuevo censo poblacional en 2010 que contará con preguntas de auto-identificación, en particular para su población indígena y afro descendiente. Al igual que en las observaciones finales de 2004, el Comité recuerda al Estado parte que dicha información es necesaria para evaluar la aplicación de la Convención y supervisar las políticas en favor de las minorías y los pueblos indígenas” (conf. puntos 32 y 18 respectivamente).

En las complejas sociedades de hoy, los grupos de extranjeros, migrantes, refugiados se cuentan por miles:

“sus movimientos, mezclas, estilos culturales y representación en los medios de comunicación crean profundas dudas acerca de quiénes exactamente se hallan dentro del ‘nosotros’ y quienes dentro del ‘ellos’... Las formas de tal incertidumbre, ciertamente, son varias. Un tipo de incertidumbre que es reflejo directo de las preocupaciones relativas al censo: ¿cuántas personas de tal o cual condición existen realmente en un territorio dado? O, en el contexto de una emigración rápida o movimiento de refugiados, ¿cuántos de ‘ellos’ están ahora entre nosotros?... Al final, estas variadas formas de incertidumbre crean una ansiedad intolerable respecto a la relación de muchos individuos con los bienes provistos por el Estado, desde vivienda y salud hasta seguridad y condiciones de salubridad, pues estos derechos con frecuencia están ligados a quién eres ‘tú’ y, por lo tanto, a quiénes son ‘ellos’”⁴

Por otro lado es importante señalar que afirmaciones tendientes a relativizar la denuncia a partir de la calificación de los casos como “pocos” es una forma de invisibilizar las prácticas cotidianas que a nivel micropolítico — por usar la conocida expresión foucaultiana— sostienen la naturalización de las prácticas racistas. Aquí qué mejor ejemplo que la larga historia que tuvieron que atravesar los movimientos contra las violencias de género para que estas sean reconocidas como tales. Violencias cuyo reconocimiento aún no se ha logrado de forma acabada y respecto de la cual la audiencia de fecha es un triste ejemplo. El relato de uno de los comisarios acerca del modo en que se llevan a cabo los procedimientos policiales por las contravenciones previstas en los arts. 81 y 83 del Código, según el cual “respecto de ‘los travestidos’ **ni siquiera** se llama al fiscal” (el destacado es mío), no mereció consideración alguna por parte del Sr. Fiscal de Cámara (en violación del mandato contenido en el art. 125 de la CCBA y en el art. 17

⁴ Arjun Appadurai, *El rechazo de las minorías. Ensayo sobre la geografía de la furia*, Barcelona, Tusquets, 2007, pp. 18-19.

inc. 2, Ley nº 1.903) ni de los Sres. Camaristas respecto de la violación de la identidad de género de las travestis ni de la manifiesta arbitrariedad del procedimiento —tal como surge del registro audiovisual de la audiencia y de fs. 480 vuelta—. El acta labrada contra el Sr. Bara por “cuatro cadenitas y una cadenita dorada” (fs. 29) es otro ejemplo contundente de cómo funciona el hostigamiento a pequeña escala.

5.5. De la importancia del testimonio de los denunciados, la Cámara tampoco dio cuenta de manera acabada, ni realizó ningún esfuerzo por articular prueba indiciaria. En lo que hace a la importancia del testimonio de las víctimas y al valor de la prueba indiciaria, la decisión recurrida contradice criterios consagrados por la Corte IDH, sin dar razones que justifiquen esa postura. Así en el caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, del 08/09/2005, la Corte sostuvo que:

“Las manifestaciones de las presuntas víctimas tienen un valor especial, al igual que las manifestaciones de los familiares, ya que son ellos quienes pueden proporcionar mayor información sobre las consecuencias de las violaciones que pudieron haber sido perpetradas en su contra [Cfr. Caso Yatama, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C, Nro.127, párr. 116; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 16, párr. 43; y Caso de la Comunidad Moiwana, (Sumo) Awas Tingni. Excepciones Preliminares, Sentencia del 1 de febrero de 2002, Serie C nº. 66, párr. 84.]”

A su vez en el caso *Velázquez Rodríguez* del 29/07/88, la Corte afirmó que “la práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia”, y que “la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse”.

5.6. En síntesis, tiene entidad constitucional el agravio por arbitrariedad de la sentencia, en atención a que la consideración de la prueba tal como se hiciera en este juicio viola garantías constitucionales: la legalidad del proceso, la imparcialidad y fundamentación de la decisión judicial, o dicho en otros términos el debido proceso y el derecho de defensa, y como se verá en lo que sigue, desconoce la discriminación denunciada.

6. De la discriminación denunciada

6.1 Dada la arbitrariedad con que fue evaluada la prueba en este proceso, corresponde ahora analizar si asiste razón a la demandante, respecto de la alegada discriminación racista y xenófoba sufrida por inmigrantes africanos —en especial senegaleses— que realizan venta ambulante en el barrio de Constitución, en virtud del accionar sistemático de los agentes de la Policía Federal.

Según la accionante tal discriminación sería tanto directa como indirecta. La primera estaría configurada por el trato violento, denigrante e injurioso que reciben; y la segunda por el impacto desigual que los procedimientos iniciados por invocación del art. 83 del Código de Convivencia de la CABA, tienen en la colectividad afro.

En virtud de su objeto, la denuncia de autos, debe ser considerada en el marco de los estándares prescriptos por el sistema de protección integral de los derechos humanos, consagrado por los tratados internacionales que integran nuestra Constitución Nacional. El mismo establece una serie de garantías que protegen en términos generales contra la discriminación, y una serie de garantías y derechos especiales en función de la condición de las supuestas víctimas.

6.2. Tal como ya señalé, en el caso se trata de un colectivo pasible de sufrir en forma simultánea discriminación u opresión por múltiples variables, a saber: el color de su piel, su origen nacional y étnico, su condición de migrantes —en muchos casos en carácter de refugiados—, su idioma y la situación de pobreza, entre otros.

A su vez, el ámbito geográfico en el que se sitúa la denuncia posee características socioeconómicas que profundizan la situación de especial vulnerabilidad.

Según el *Anuario Estadístico 2007. Panorama social y económico de la Ciudad de Buenos Aires* publicado por la Dirección General de Estadística y Censos del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad, ps. 94/96/103:

“Históricamente, la zona sur se ha caracterizado por presentar la peor situación social y económica de la Ciudad, tanto en sus aspectos demográficos, educativos y de salud como en los concernientes al mundo del trabajo, donde se observan guarismos elevados en los niveles de desocupación y subocupación en relación al resto de los habitantes de la Ciudad y un mayor peso relativo de puestos de trabajo precarios e informales. Precisamente, en esta zona se verifica una presencia mayor de población en ‘villas de emergencia’ y ‘asentamientos’... [D]urante 2007 la zona sur presenta los indicadores más desfavorables del mercado de trabajo, registrando 5,5% de población desocupada y 52,6% de ocupados. Al contrario, la zona norte registra la mejor situación dentro del mercado laboral porteño en la medida en que presenta simultáneamente altos niveles de ocupación (61,5%) y baja proporción de población desocupada (2,8%) ... En cuanto a la precariedad de la inserción laboral por zona de residencia de los trabajadores se observa claramente que los de la Zona C (sur) son los más afectados por esta problemática ocupacional: 41,2% de los trabajadores está bajo condiciones de vulnerabilidad laboral”

En el mismo sentido, el *Anuario Estadístico 2007* publicado por la misma dependencia, indica que la zona sur es la que registra el mayor

porcentaje de hogares por debajo de la línea de pobreza: 12.1, cifra que en la zona norte se reduce al rango de 0.0 – 3.9 (conf. Mapa 6.2, p. 436).

Esta situación de carencia socio-económica, es puesta de manifiesto a su vez en el *Primer y Segundo Informe de Conflictividad* (correspondientes a los años 2007 y 2008 respectivamente), elaborados y publicados por el Ministerio Público de la Ciudad, a través de los mapas de distribución territorial del conflicto contravencional. Significativamente, la zona a la que se le atribuye mayor conflictividad es la de Constitución (p. 43 y 92 respectivamente), lugar donde se labra la mayor cantidad de actas de toda la Ciudad por presunta violación de los arts. 81 (oferta y demanda ostensible de sexo) y art. 83.⁵

Se cumple de esa forma, aquello que teorizara Étienne Balibar, al afirmar que:

“los temas que legitiman el racismo como una suerte de reacción defensiva de una identidad nacional y de una seguridad social ‘amenazadas’ son ampliamente admitidos por numerosos estratos en todas las clases sociales, aun si sus formas más extremas generalmente no son aprobadas (¿o todavía no lo son?): en especial, la idea de que la presencia de gran cantidad de extranjeros o inmigrantes, supondría un riesgo para el nivel de vida, el empleo, la paz pública, y la idea de que ciertas diferencias culturales —a veces, demasiado molestas— constituirían obstáculos insuperables para la convivencia”⁶ [y que] “toda pertenencia estigmatizada o ‘histerizada’ tiene tendencia a coincidir con relaciones de explotación, de competencia o de desigualdad económica... [prácticas] que sugieren una especie de retirada de la capacidad hegemónica del Estado (en el sentido de Gramsci) hacia una función simplemente coercitiva o represiva, combinada con la gestión defensiva de las obligaciones monetarias”⁷

Por lo tanto, a la situación de pobreza y vulnerabilidad compartida por la mayoría de los habitantes de la zona sur de de la Ciudad, se suman en el caso los múltiples factores de vulnerabilidad señalados *supra*. Esto obliga a los agentes estatales —y en especial a los jueces— a aplicar con la máxima rigurosidad y cuidado los múltiples estándares internacionales en materia antidiscriminación.

Al respecto, en el *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de*

⁵ Según el primero de dichos informes, el 53% del total de actas labradas durante el 2007 son en virtud de esos dos artículos, ver gráfico nº 14, p. 52.

⁶ En *Violencias, identidades y civilidad. Para una cultura política global*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2005, p. 49.

⁷ En *Derecho de ciudad. Cultura y política en democracia*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2004, pp. 38-39.

Intolerancia, celebrada en la Durban del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, se afirma que:

“Reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico y que las víctimas pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexos, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición (punto 2)... Observamos con preocupación que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia pueden verse agravadas, entre otras cosas, por una distribución no equitativa de la riqueza, la marginación y la exclusión social (punto 9)... Recalamos que la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social y las desigualdades económicas están estrechamente vinculadas con el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las prácticas conexas de intolerancia y contribuyen a la persistencia de actitudes y prácticas racistas, que a su vez generan más pobreza (punto 18)”

6.3 Tal como ya adelanté, en el marco de un proceso en el que se evalúa la posible violación de derechos humanos por causales discriminatorias, el régimen de prueba y su calificación posee características particulares. Esto se debe a que las concepciones tradicionales de los litigios contradictorios no dan cuenta de la situación de desventaja —o, en muchos casos, imposibilidad absoluta— de las víctimas de violaciones de DDHH para producir prueba, máxime cuando el denunciado es el propio Estado. De allí que la carga de desacreditar la denuncia de una violación de derechos humanos recaiga fundamentalmente en el Estado.

En el caso, los accionantes han aportado prueba testimonial y documental para dar sustento suficiente a su denuncia. Tal como señalé, algunas de dichas pruebas no fueron consideradas, otras lo fueron de manera arbitraria, y en ninguno de los dos casos fueron desvirtuadas de manera fundada ni por los representantes de la Policía, ni por el Ministerio Público ni por los jueces intervinientes. En el reciente caso conocido como “Campo Algodonero” del 16/11/2009 la CIDDDH reafirmó (conf. punto 289) el criterio que había establecido en el ya citado caso *Velázquez Rodríguez*, a saber:

“la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona... debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus

hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado” (conf. punto 147).

En sentido similar en el caso *Opuz c/ Turquía* del 09/06/09, la Corte Europea de DDHH sostuvo que:

“los procedimientos de la Convención no en todos los casos llevan a una aplicación rigurosa del principio *affirmanti incumbit probatio* (aquel que hace un alegato debe probar dicho alegato *Aktaş vs. Turquía* (extractos), no. 24351/94, § 272, ECHR 2003-V). En ciertas circunstancias, donde los eventos en cuestión recaigan enteramente, o en gran parte, dentro del conocimiento de las autoridades, la carga de las evidencias puede recaer en que las autoridades den una explicación satisfactoria y convincente” (conf. punto 179).

Por su parte, la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, al informar el caso *Wallace de Almeida c/ Brasil* del 20/03/09, sostuvo que:

“en la práctica de motivos racistas, resulta extremadamente dificultoso. La obligación del Estado en cuestión de investigar todo tono racista de un acto violento, consiste en emplear sus mejores esfuerzos” (conf. punto 140).

Asimismo debo destacar que los denunciantes han dado testimonio más de una vez en el proceso, sin que sus dichos parezcan haber tenido peso alguno en la conformación de la opinión de los jueces, contrariando lo dispuesto en el caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, ya citado.

Alguna sospecha no explicitada respecto de la veracidad de esos testimonios parece atravesar la actuación de los magistrados que intervinieron a lo largo de todo el proceso. Y a ello se añade un cierto desinterés respecto de los posibles efectos negativos del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, en la propia administración de justicia y en la imparcialidad de sus juicios. Tal vez el mejor ejemplo sea cómo fue indagado el testigo Sukama cuando presentó su informe. Las consultas que le fueran formuladas acerca de la obra de Senghor (conf. 478 vuelta) —de total irrelevancia para lo discutido en autos— constituyen una forma de violencia institucional que parece tener como única finalidad poner en duda públicamente su experticia. Aún cuando la intención fuera otra, no deja de ser una manifestación racista bajo la óptica que Edward Said desarrollara en su conocida obra *Orientalismo*.

Por fin, la sospecha respecto de la veracidad de los testimonios de los denunciantes y los testigos, implica ignorar el riesgo de sufrir represalias que corre una persona en situación de extrema vulnerabilidad, que a pesar de su precaria situación decide formular una denuncia contra autoridades públicas. La detención por el lapso de 14 meses de la Sra. Meira —testigo

en esta causa— en ocasión de la reforma del Código de Convivencia y su posterior sobreseimiento, son una buena demostración de lo que vengo señalando.

6.4. Resta por abordar la cuestión relativa a existencia o no de un perfil de actuación de contenido racista o xenófobo.

La *Recomendación nº 11 Contra el Racismo y la Discriminación Racial en la Actividad Policial* de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, que fuera citada por los denunciados, define a la expresión “creación de perfiles raciales” como la utilización de bases tales como la raza, el color, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico para el control, la vigilancia o las tareas de investigación que involucren detenciones, revisiones, controles de identidad, requisas personales entre otros actos (conf. apartados 1 y 36). Asimismo establece que “de la misma manera que la discriminación racial, la creación de perfiles raciales puede tomar la forma de discriminación racial indirecta... En otras palabras, la policía puede utilizar (sin una justificación objetiva y razonable) criterios que aparentemente son neutrales, pero que impactan de manera desproporcionada sobre un grupo de personas individualizado en base a su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico” (conf. apartado 38).

Los denunciados no han producido prueba tendiente a desvirtuar la presunción de accionar racista o basado en perfiles raciales. Al respecto, el Ministerio Público sólo citó cifras totales de la cantidad de actas labradas en los últimos años en virtud de la aplicación del art. 83. Por su parte, el letrado de la PFA en la audiencia de fecha 12/08/09, se limitó a afirmar que: “[La] intervención [de la policía] no es selectiva, sino normal y habitual y controlada por los fiscales de la ciudad... [y que l]a estadística por sí sola no dice nada. Si se dice que mueren 38 personas por gripe A, es mucho; pero si se lo compara con más de 3.000 que mueren por gripe común no es una proporción tan importante” (fs. 467, 488 vuelta y 489).

A esta altura importa volver sobre los informes de *Gestión* y de *Conflictividad* del Ministerio Público Fiscal y agregar lo que sigue.

En el *Primer Informe Anual de Gestión. Abril 2007 / Mayo 2008*, se publican las conclusiones de una investigación ordenada por la resolución FG nº 96/07, a los efectos de monitorear el uso y la adaptación por parte de las fiscalías de primera instancia al sistema JusCABA. Bajo el título “Sobre el autor del hecho” se detalla la forma y los motivos por los que se registra información referida a los imputados/as de contravenciones, de la siguiente forma:

“A medida que en JusCABA se van ingresando datos de imputados, éstos conforman un listado... este listado, tal como la planilla de alta de expedientes, posee una serie de campos obligatorios que comprenden nombre, apellido, tipo y número de documento. Luego, respecto de otros campos de importancia como **género**, la **edad**, **domicilio** y

nacionalidad, resultaría de alta relevancia que su carga sea obligatoria. Ello **sería de suma utilidad tanto para la gestión procesal como para el análisis de los patrones de conducta que determinan la conflictividad y, además, para otras evaluaciones de política criminal o contravencional...**/ La carga normalizada (listados taxativos y predeterminados de calles, plazas, estaciones, etc.) del lugar del hecho tiene el potencial de proveer a los magistrados del Ministerio Público Fiscal de mapas de su zona de trabajo donde se reverencien los focos de conflictos y las conductas más reiteradas, una visión integral que se traduce en una herramienta de suma utilidad para la investigación... Se presenta como necesaria la implementación de campos obligatorios adicionales al momento de la carga de datos personales de los imputados **a fin de trazar perfiles de edad, género, nacionalidad, etcétera**" (pp. 247 y 255 el destacado es mío).

Se publican también los informes particulares de cada una de las fiscalías de primera instancia con competencia en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas. En el elaborado por la n° 3 a cargo de Marcela A. Solano y Adrián N. Martín, se destaca que:

"Otra dificultad no menor que afrontó la unidad durante el año de gestión 2007 ha sido la de procurar eliminar la denominada **'estadística policial'** que se sostiene en el **labrado de actas contravencionales en casos en los que no existe contravención alguna** o bien haciéndolo sin los medios probatorios mínimos que permitirían dar continuación al procedimiento contravencional. Dentro de éstas la fiscalía destacó las previstas en los artículos 71, 79, 80, 81 y **83** del código contravencional" (p. 147).

Las transcripciones de documentos oficiales y públicos, sumados a la arbitrariedad de la evaluación de la prueba de los denunciantes, hace presumir entonces la existencia de la práctica denunciada.

7. Conclusiones generales.

7.1. Como anticipara en los apartados anteriores, corresponde hacer lugar al recurso contra la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara.

Son fundados los agravios expuestos por los accionantes, y han quedado demostradas las violaciones a la defensa en juicio, al debido proceso, a la obligación de comunicación inmediata de los derechos que asisten a los denunciantes, como así también la arbitrariedad de la sentencia en la valoración de la prueba y la discriminación de la que son víctimas miembros de la comunidad afro —y muy especialmente la senegalesa— en el ámbito del barrio de Constitución.

7.2. En cuanto a la interpretación del artículo 83 del Código Contravencional entiendo que es una cuestión ajena al objeto de la acción de habeas corpus, que no fue materia de decisión del tribunal superior de la

causa. Ello me exime de ingresar en su tratamiento, sin perjuicio de dejar señalado como *obiter dictum*, que ya he expresado opinión en cuanto al sentido del artículo 83 CC (conf. mis votos en Expte. n° 6162/08 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’”; Expte. n° 6495/09 “Medina, Raúl Dionisio c/ GCBA s/ amparo (Art 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”; y Expte. 6217/08 “Mena, Ubaldo Alberto s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Mena, Ubaldo Alberto c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’”).

7.3 Coincido con el Sr. juez de trámite en que debe admitirse la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y ordenar a la Policía Federal, al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Ministerio Público Fiscal, las medidas que mi colega el juez Lozano individualiza en los puntos I y II del dispositivo de su voto.

7.4 Ahora bien, habiendo admitido los agravios referidos a la arbitrariedad de la sentencia y a la discriminación que padecen los accionantes es imprescindible, en mi opinión, ampliar las obligaciones que se imponen al Estado en consonancia con los mandatos, sugerencias y recomendaciones que emanan de reglas del derecho internacional y de decisiones de tribunales internacionales.

El *Programa de Acción de Durban*, el *informe 2010 sobre la Argentina del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas*, la *Recomendación n° 11 Contra el Racismo y la Discriminación Racial en la Actividad Policial* de la U.E., el fallo *Campo Algodonero* de la Corte Interamericana —ya citados en otros apartados— conforman un plexo normativo y una guía hermenéutica relevante en situaciones como las que han quedado demostradas en esta causa y que, por su especificidad no pueden ser ignorados por ninguno de los poderes del Estado argentino, incluídos los locales.

La institución policial, los organismos administrativos de prevención y de modo muy particular los magistrados y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal deben asumir la responsabilidad de erradicar toda práctica que suponga la afectación de derechos y garantías de grupos cuya vulnerabilidad extrema es la consecuencia de la confluencia de múltiples formas de discriminación, como ocurre con quienes denunciaron en esta causa la situación del colectivo de senegaleses residentes en la Ciudad de Buenos Aires.

Quiero transcribir, por su pertinencia y a la luz de la sentencia que fuera objeto de recurso en estas actuaciones, el apartado 243 del fallo *Campo Algodonero* de la Corte Interamericana:

“La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre 261 (Cfr. *Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111.).”

Asimismo, el punto 30 del *Programa de Acción de Durban* insta a los Estados a que:

"Garanticen que los migrantes, independientemente de su situación, que hayan sido detenidos por las autoridades públicas sean tratados de forma humana e imparcial y reciban protección jurídica y, en su caso, la asistencia de un intérprete competente de acuerdo con las normas pertinentes del derecho internacional y de derechos humanos, particularmente durante los interrogatorios... [Asimismo respecto de los refugiados] exhorta a los Estados a cumplir sus obligaciones dimanantes de la normativa internacional de los derechos humanos y del derecho de los refugiados y humanitario que se refieren a los refugiados, los solicitantes de asilo y las personas desplazadas e insta a la comunidad internacional a que les brinde protección y asistencia de forma equitativa y teniendo debidamente en cuenta sus necesidades en diversas partes del mundo, de conformidad con los principios de la solidaridad internacional, el reparto de la carga y la cooperación internacional, para compartir las responsabilidades... [y] a que reconozcan el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a que están expuestos los refugiados al intentar integrarse en la vida de las sociedades de sus países de acogida y alienta a los Estados a que preparen estrategias para hacer frente a esta discriminación y a que faciliten el pleno disfrute de los derechos humanos de los refugiados, de acuerdo con sus obligaciones y compromisos internacionales. Los Estados Partes deberían procurar que todas las medidas relacionadas con los refugiados estén en perfecta consonancia con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967" (conf. puntos 30 y 35).

La Recomendación nº 11 *Contra el Racismo y la Discriminación Racial en la Actividad Policial* ya citada, recomienda:

“II.5. Garantizar que la prohibición legal de discriminación racial directa e indirecta alcance a las actividades de la policía; 6. Entrenar a la policía en materia de derechos humanos, incluyendo el derecho a no sufrir racismo ni discriminación racial, y en las disposiciones legales

contra el racismo y la discriminación racial en vigor; 7. Tomar medidas para que la policía sea consciente del hecho de que los actos de discriminación racial y las conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza no serán tolerados;... 8. Establecer mecanismos de apoyo y asesoramiento a las víctimas de la discriminación racial o de conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza por parte de la policía; 9. Garantizar una investigación eficaz de los presuntos casos de discriminación racial o de conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza por parte de la policía, y garantizar que los autores de estos actos sean adecuadamente sancionados; 10. Establecer un cuerpo, independiente de la policía y de los titulares de la acción pública en materia penal, encargado de la investigación de presuntos casos de discriminación racial y de conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza por parte de la policía... / I. En lo que concierne a la creación de perfiles raciales: Definir claramente y prohibir por ley la creación de perfiles raciales. A los efectos de la presente Recomendación, se entenderá por creación de perfiles raciales a: 'La utilización por la policía, sin una justificación objetiva y razonable, de bases tales como la raza, color, idioma, religión, nacionalidad o el origen nacional o étnico para el control, la vigilancia o las actividades de investigación' (apartado 1 de la Recomendación)... / 28. La creación de perfiles raciales es el uso por la policía de determinadas bases para el control, vigilancia o actividades de investigación, sin una justificación objetiva y razonable. El uso de estas bases no tiene una justificación objetiva y razonable si no persigue un fin legítimo, o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue. / 29. La ECRI acentúa que aun cuando en términos abstractos existe un objetivo legítimo (por ejemplo la prevención de desórdenes o delitos), el uso de estas bases para el control, vigilancia o actividades de investigación difícilmente se pueda justificar fuera de los casos en que la policía actúa en base a una descripción específica de un sospechoso dentro de los límites temporales correspondientes, es decir, cuando se sigue un indicio específico relativo a las características que identifican a una persona implicada en una actividad delictiva específica. Para que la policía evite la creación de perfiles raciales, el control, vigilancia o actividades de investigación, deben basarse estrictamente en el comportamiento individual y/o la inteligencia acumulada... / 36. La expresión 'creación de perfiles raciales' se refiere al control, vigilancia o actividades de investigación. Entre los actos que entran en esta definición se incluyen: detenciones y revisiones; controles de identidad; inspección de vehículos; requisas personales... Si bien esta lista no es exhaustiva, las actividades policiales que se llevan a cabo con fines distintos al control, vigilancia e investigación (como el tratamiento de personas privadas de su libertad) no entran en la definición de la ECRI de creación de perfiles raciales. Sin embargo, estas actividades también pueden estar en contra de la prohibición de discriminación racial (en este punto, véase la Sección II)... / 38. De la misma manera que la discriminación racial, la creación de perfiles raciales puede tomar la forma de discriminación

racial indirecta (ver la definición de discriminación racial indirecta a continuación en el apartado 49-b). En otras palabras, la policía puede utilizar (sin una justificación objetiva y razonable) criterios que aparentemente son neutrales, pero que impactan de manera desproporcionada sobre un grupo de personas individualizado en base a su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico. Por ejemplo, la creación de un perfil que exhorta a la policía a detener a todas las mujeres que lleven un pañuelo en la cabeza podría constituir la creación de un perfil racial en la medida en que afectaría de manera desproporcionada a las mujeres musulmanas y no tendría una justificación objetiva y razonable. La prohibición de creación de perfiles raciales alcanza también a estas formas indirectas. Además, del mismo modo que la discriminación racial, la creación de perfiles raciales puede tomar la forma de discriminación por asociación. Esto ocurre cuando una persona es objeto de discriminación sobre la base de su asociación o contactos con personas individualizadas por uno de los motivos mencionados arriba.../ El apartado 5 de la Recomendación: Garantizar que la legislación que prohíbe la discriminación racial directa e indirecta alcance a las actividades de la policía.../ 49. Con esta recomendación ECRI reitera su llamado a los Estados Miembros, ya realizado en su GPR 7, para llevar a la actividad policial al ámbito de la legislación contra la discriminación. En la GPR 7, la ECRI define la discriminación racial directa e indirecta de la siguiente manera: a) 'discriminación racial' denotará toda diferencia de trato basada en una razón de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, que carezca de una justificación objetiva y razonable. El tratamiento diferenciado no tiene justificación objetiva y razonable si no persigue un fin legítimo, o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue. b) 'la discriminación racial indirecta' denotará los casos en los que un factor aparentemente neutro, como una disposición, criterio o práctica resulten menos fáciles de satisfacer por, o constituyan una desventaja para, personas pertenecientes a un grupo designado en base a la raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico de sus miembros, a menos que este factor tenga una justificación objetiva y razonable. Este último sería el caso si persigue un objetivo legítimo y si hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue.../ El artículo 8 de la Recomendación: 'Establecer mecanismos de apoyo y asesoramiento a las víctimas de la discriminación racial o de conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza por parte de la policía'.../ 51. Las víctimas de discriminación racial y de conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza por parte de la policía se encuentran en una situación especialmente vulnerable, ya que los agentes de policía son, en principio, los interlocutores naturales de las víctimas de estos actos cuando son cometidos por terceros.

7.5. Las reglas internacionales citadas en el apartado anterior proporcionan una base interesante para trabajar en la elaboración de un

Protocolo de Actuación al que debería ajustarse la actividad de prevención policial y la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos que involucren a extranjeros, migrantes o refugiados. Para la discusión y redacción de un documento de tales características es aconsejable constituir una Comisión integrada por miembros del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos, del Ministerio Público Fiscal, de la Policía Federal y de la Policía Metropolitana. Esa Comisión informará periódicamente al Tribunal Superior de Justicia acerca del estado de situación.

8. Por lo expuesto, voto por 1) admitir la queja, 2) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, 3) revocar la sentencia impugnada y: I. Ordenar a la Policía Federal, a la Policía Metropolitana, al GCBA y al Ministerio Público Fiscal que extremen los medios necesarios para que exista una comunicación eficiente de los derechos desde el momento del primer contacto con el presunto contraventor; II. Ordenar a la Policía Federal y a la Policía Metropolitana que realicen todos los esfuerzos para garantizar la intervención en forma inmediata del Ministerio Público Fiscal; III. Ordenar la conformación en el plazo de 30 días de una Comisión integrada por miembros del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos, del Ministerio Público Fiscal, de la Policía Federal y de la Policía Metropolitana. a fin de redactar un Protocolo de Actuación adecuado a las directivas reseñadas en el punto 7.4 de este voto, al que deberá ajustarse la actividad de prevención policial y la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos que involucren a extranjeros, migrantes o refugiados. Esa Comisión informará periódicamente al Tribunal Superior de Justicia acerca del estado de situación.

El juez Carlos F. Balbín dijo:

I. Los actores – refugiados y peticionantes de refugio de nacionalidad senegalesa- interpusieron acción de hábeas corpus colectivo preventivo a su favor y de todos aquellos afrodescendientes que se encuentran en iguales condiciones. Solicitaron el cese de las amenazas de restricción de la libertad y detenciones que la Policía Federal y el Ministerio Público Fiscal realizan por motivos raciales contra ese grupo con motivo de la venta de mercadería de escaso valor y para mera subsistencia de manera ambulatoria en la vía pública.

Al cabo de la sustanciación de la causa y luego de diversas contingencias procesales, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas confirmó el pronunciamiento del juez de primer grado que rechazó el *habeas corpus*.

Contra esa decisión los accionantes interpusieron recurso de inconstitucionalidad, cuya denegatoria fue impugnada mediante la presente queja, circunstancia que motiva la intervención de este Tribunal.

II. Coincido con el juez de trámite sobre **la admisibilidad del recurso de queja interpuesto** y la descripción de los agravios de índole constitucional vertidos por Bara Sakho en el marco del **recurso de inconstitucionalidad**, esto es; *“a) vulneración del derecho a la libertad ambulatoria; b) existencia de una conducta discriminatoria por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público; c) incorrecta apreciación de la Cámara en cuanto consideró que no se encuentra acreditada la amenaza a la libertad ambulatoria; d) invalidez de la interpretación según la cual la venta ambulatoria para mera subsistencia se encuentra prohibida; e) afectación del derecho de tutela judicial efectiva basado en la denegatoria de la Cámara a la producción y/o incorporación de prueba al expediente; f) lesión al derecho de defensa en juicio al no garantizarse la presencia de un traductor durante todas las etapas del proceso”*.

III. En cuanto a **la procedencia de la vía procesal intentada**, cabe recordar que el art. 43 de la Constitución Nacional dispone que *“Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera a su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”*. Por su parte, el art. 15 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece que *“Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, en cualquier situación y por cualquier motivo, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición de personas, la acción de habeas corpus puede ser ejercida por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez debe resolver dentro de las veinticuatro horas, aun durante la vigencia del estado de sitio. Puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión lesiva”*

En particular, la CSJN ha dicho en los autos “Mignone” (Fallos 325: 524) que *“si bien la actora inició la presente acción invocando las normas del amparo del art. 43, primer párrafo de la Constitución Nacional, cabe recordar que la misma norma dispone en el párrafo cuarto ‘cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuere la libertad física o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención [...] la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor...’ (art. 43, cuarto párrafo, Constitución Nacional)”*.

En esa misma línea, el Tribunal precisó en los autos “Verbitsky” (Fallos 328: 1146) que *“pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente,*

es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla” y que “la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad”.

A su vez, es dable señalar que *“Como se ha planteado históricamente, en la conformación de la reparación del derecho lesionado, que en el caso del Hábeas corpus, se integra la libertad ambulatoria, lo que está en juego, como valor fundamental a resguardar, es la seguridad, que se obtuvo con la conquista del individuo-persona frente al Estado. El individuo tiene derecho a ser protegido contra sus iguales y contra los abusos del Poder de los gobernantes y de la policía. De igual manera, en el Hábeas corpus se resguarda el valor justicia, y con ello, el aseguramiento de la esfera de la libertad en la cual sea capaz de desarrollar su personalidad. Ahora bien, aún cuando como consecuencia de la primacía de estos valores, se logra la unidad de aplicación del derecho en la casación, la defensa y amparo ante la arbitrariedad de los poderes públicos tienen igual rango de importancia y protección”* (cf. Esquivel, Claudio Liliana, “Petición originaria de Hábeas Corpus y su operatividad casatoria en la provincia de Buenos Aires”, en *Temas de Derecho Constitucional*, IX Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional e Instituto de Derecho Procesal USAL, Ed. Lajoune, Buenos Aires, 2008).

Así las cosas, entiendo que el camino procesal intentado es idóneo toda vez que los actores interpusieron la acción de hábeas corpus colectivo preventivo con el objeto de no ser privados de la libertad por los agentes estatales por motivos raciales en el contexto en que se persigue la presunta comisión de la contravención prevista en el art. 83 del Código respectivo.

Más aún, los hechos que originan esta causa pueden ser delimitados en los siguientes términos. Las fuerzas policiales y los funcionarios del Ministerio Público Fiscal, en los operativos de control que llevan a cabo con sustento en presuntas contravenciones, actúan de manera discriminatoria contra el grupo de refugiados senegaleses atentando contra su libertad ambulatoria mientras pretenden ejercer su derecho a trabajar. Es más, la actuación de los agentes públicos, según el criterio de los actores, es realizada sin respetar el debido proceso y, particularmente, el derecho de defensa del colectivo afectado.

IV. Así las cosas, trataré en primer lugar **el agravio relacionado con la existencia de una conducta discriminatoria por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público** contra el grupo colectivo bajo análisis.

Cabe advertir que si bien el presente proceso tramitó formalmente como hábeas corpus colectivo en tanto los jueces sostuvieron que “es dable discernir dos dimensiones, a los fines de evitar confusiones. Lo que se resuelve en el hábeas corpus ocurre en un plano distinto y nunca se superpone con el juzgamiento de los delitos que pudieron haberse cometido ..”. Ciertamente es que los jueces le imprimieron el cauce propio del hábeas corpus individual porque “en el caso dicha dualidad de cuestiones han sido presentadas indisolublemente mezcladas...”.

Por ello, más allá del recurso de inconstitucionalidad y sus límites consecuentes, corresponde que este tribunal por las peculiaridades y especificidad del proceso colectivo y en particular sus efectos propios y plurales analice los hechos y las pruebas colectadas por los Sres. Jueces en los estadios anteriores de este proceso o, en su caso, valore los medios probatorios tal como surge del voto del juez de trámite (Punto 6).

Asimismo, cabe señalar que en el marco de este caso es difícil deslindar, sin recortar indebidamente el objeto litigioso, entre las cuestiones de hecho y derecho. Es más, ello puede resultar notoriamente impreciso toda vez que el material fáctico y normativo bajo análisis está fuertemente entrelazado, de modo tal que para decidir sobre el derecho aplicable es imprescindible hacer hincapié en los otros extremos.

En este contexto en donde los aspectos de hecho exhiben una vinculación estrecha y no escindible con la cuestión jurídica a resolver, cabe hacer una excepción al principio general en la medida necesaria para dar una respuesta adecuada al planteo formulado por el recurrente y, ante todo, proveer el debido resguardo de los derechos constitucionales objeto de protección (Sagües, Néstor Pedro, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2009, § 171, p. 187 y 188).

En efecto, la cuestión de constitucionalidad no está centrada en la interpretación de la ley, salvo el aspecto procesal que luego desarrollaré, si no en la aplicación de ésta confundiendo así cuestiones de hecho y derecho en el análisis y resolución del caso.

A su vez, en el caso en examen el aspecto más relevante es que la prueba agregada en estos autos debe ser analizada a la luz de los informes de los organismos internacionales que permiten contextualizarla adecuadamente tratándose del proceso de hábeas corpus colectivo.

Así las cosas, no es necesario adentrarse en el análisis de la supuesta arbitrariedad de la sentencia bajo estudio, planteada por los recurrentes, con el objeto de estudiar las cuestiones de hecho y prueba ventiladas en el presente proceso.

IV.1. Previo a ello, corresponde realizar una breve referencia sobre **el material jurídico relevante** que protege en nuestro país a las personas contra toda forma de discriminación.

La igualdad ante la ley es un principio básico del Estado Social y Democrático de Derecho. A su vez, la Constitución Nacional no sólo consagra el principio de igualdad formal ante la ley (artículo 16), sino que establece el mandato de que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (artículo 75 inc. 23).

A su vez los tratados internacionales, muchos de los cuales tienen jerarquía constitucional (artículo 75 inc. 22, Constitución Nacional) reconocen en forma categórica el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de realizar discriminaciones arbitrarias. Así ocurre, entre otros, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículos 1, 2 y 7); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 23 y 24); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 3) y, en lo que concierne más directamente al tema debatido en el *sub lite*, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada por Argentina por medio de la ley 17.722.

Este instrumento internacional define qué debe entenderse por “discriminación racial” e impone las obligaciones que debe cumplir el Estado para garantizar la no discriminación de las personas.

Así, el artículo 1 apartado 1 establece que *“la expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”*

A su vez, el apartado 4 del citado artículo dispone que *“Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”*.

En cuanto a las obligaciones estatales, el artículo 2 del texto bajo análisis dispone que los Estados partes *“se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la*

discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto:

- a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;*
- b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;*
- c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;*
- d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;*
- e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial.*

Asimismo, la Convención dispone que “2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”. (Artículo 5).

En particular y “en conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

- a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;*
- b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;*
- d) otros derechos civiles, en particular:*
 - i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;*
- e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:*

i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria;

.....

f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques (Artículo 6).

Finalmente, *“Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación”.*

Por su parte, en el ámbito local, la Constitución reconoce a todas las personas idéntica dignidad y establece que *“son iguales ante la ley”*. Así pues, la Constitución local rechaza las discriminaciones y segregaciones por razones o pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción y menoscabo. Además, establece que *“La ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”* (art. 11).

IV.2 Este marco normativo relacionado con el derecho a la igualdad y las políticas contra la discriminación en general y racial en particular, debe completarse con el mandato más específico de protección a los refugiados, dada la condición de refugiados y peticionantes de refugio de los actores en el presente proceso judicial.

En este sentido, la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (Ley 26.165) establece que *“La protección de los refugiados se regirá por las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la República Argentina, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, así como por cualquier otro instrumento internacional sobre refugiados que se ratifique en lo sucesivo y por lo que dispone la presente ley”.*

A su vez, la norma dispone que *“La protección de los refugiados en la República Argentina se realizará con arreglo a los principios de no devolución, incluyendo la prohibición de rechazo en frontera, no discriminación, no sanción por ingreso ilegal, unidad de la familia, confidencialidad, trato más favorable y de interpretación más favorable a la persona humana o principio pro homine. Conforme al carácter declarativo*

que tiene el reconocimiento de la condición de refugiado, tales principios se aplicarán tanto al refugiado reconocido como al solicitante de dicho reconocimiento” (art. 2º).

Además, el mandato normativo dice que “Las disposiciones y principios mencionados en los artículos 1º y 2º se aplicarán desde que el solicitante de la condición de refugiado o el refugiado se encuentre bajo jurisdicción de las autoridades argentinas y se extenderán hasta que alcance una solución. Asimismo se le aplicará el principio del trato más favorable, y en ningún caso, el menos favorable que el concedido a los extranjeros en las mismas circunstancias” (art. 3).

En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el principio de no devolución de los refugiados en el art. 22.8.

Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), definió la calidad de refugiado incluyendo en dicho concepto a toda persona que tuviera *“fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”* (art. 1.2)

Poco tiempo después se aprobó el Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados que amplió el ámbito personal de aplicación. Luego, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados incluyó dentro de este grupo a las personas que debieron huir de sus países por encontrarse en riesgo su vida, su seguridad o su libertad, o por encontrarse amenazados por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos o circunstancias que perturben gravemente el orden público.

Por su parte, la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994, amplió el universo protegido a los desplazados internos, al tiempo que resaltó la importancia de *“fomentar la plena observancia de los derechos económicos, sociales y culturales, a fin de coadyuvar a su desarrollo así como a su tutela jurídica”* (cláusula novena) y *“Reafirmar que tanto los refugiados como las personas que migran por otras razones, incluyendo causas económicas, son titulares de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, circunstancia y lugar. Estos derechos inalienables deben respetarse antes, durante y después de su éxodo o del retorno a sus hogares, debiéndose proveerles además lo necesario para garantizar su bienestar y dignidad humana”* (cláusula nº 10).

Cabe simplemente concluir que *“una de las principales causas de los éxodos de nacionales de su propio territorio está constituida por las violaciones a los derechos humanos... El menos voluntario de todos los desplazamientos humanos es quizá el de los refugiados, adquiriendo*

singular importancia el respeto a sus derechos y garantías antes del pedido de solicitud de refugio, durante el trámite correspondiente de acuerdo a las regulaciones internas y después de haber obtenido el reconocimiento de su calidad de refugiado” (Albanese, Susana, Garantías Judiciales, Ed. Ediar, Edición actualizada 2010, Buenos Aires, pág. 249).

V. Así las cosas, luego de describir el bloque normativo a aplicar en el presente caso cabe determinar, conforme las **circunstancias de hecho y pruebas**, si la Policía Federal y el Ministerio Público Fiscal incurrieron, en el ejercicio de sus respectivas competencias sobre control y juzgamiento de las contravenciones en la Ciudad de Buenos Aires y en particular con motivo o en ocasión de las conductas tipificadas por el art. 83 del Código, en discriminación por motivos raciales.

Es decir, y tal como advertimos párrafos atrás, el tribunal debe rever las pruebas arrojadas y analizarlas en el contexto propio del hábeas corpus colectivo y de conformidad con las observaciones del Comité internacional.

Cabe recordar que la Corte en el precedente “Gioldi” ha dicho, respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ésta debe aplicarse “en las condiciones de su vigencia ..., esto es, tal como la Convención .. efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.”

De modo que las observaciones del Comité antes citado, más allá de las diferencias con el antecedente de nuestro Tribunal, no deben desconocerse en el análisis del presente caso.

V.1 En primer lugar es necesario y razonable contextualizar el trato que reciben comúnmente estos grupos en nuestro país por parte del Estado. Así, cabe recordar las observaciones formuladas recientemente por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial” sobre el informe presentado por nuestro país (76 período de sesiones, 15 de febrero a 12 de marzo de 2010).

En particular, en el punto C, sobre los motivos de preocupación y recomendaciones, tras reconocer los *“esfuerzos que está iniciando el Estado parte para lograr el reconocimiento y la integración de las personas afro descendientes en el Estado parte”*, expresó su *“seria preocupación de la percepción generalizada que en el Estado parte no existe población afro descendiente y su aparente invisibilización en las políticas públicas nacionales. El Comité recomienda al Estado parte de continuar sus esfuerzos para reconocer e integrar a las personas afro descendientes en el Estado parte, así como los migrantes afro descendientes, y continuar los esfuerzos por lograr su pleno desarrollo y disfrute de derechos humanos”* (punto 24).

Más adelante, *“El Comité reitera su preocupación de que en el informe del Estado Parte no se facilite información suficiente sobre denuncias por actos de discriminación racial ni sobre las correspondientes acciones judiciales emprendidas por las víctimas y en su nombre, en particular las supuestas denuncias de ataques racistas violentos y actos de brutalidad policial cometidos por motivos raciales. El Comité pide al Estado Parte que incluya en su próximo informe periódico información estadística desglosada sobre las investigaciones y las causas instruidas y sobre las penas impuestas por delitos relacionados con la discriminación racial y en los que se hayan aplicado las disposiciones pertinentes del derecho interno, en particular ataques racistas violentos y presuntos delitos cometidos por funcionarios encargados de la aplicación de la ley. A este respecto, el Comité recuerda su Recomendación general Nº 13 (1993) relativa a la formación de los funcionarios encargados de la aplicación de la ley en cuanto a la protección de los derechos humanos y alienta al Estado Parte a mejorar la formación de los funcionarios encargados de la aplicación de la ley a fin de aplicar plenamente las normas de la Convención. Refiriéndose a su Recomendación general Nº 31 (2005) (párrafo I.A.1.1, inciso b), el Comité recuerda que la ausencia de causas puede deberse a la falta de información de las víctimas sobre los recursos judiciales existentes, y por tanto, recomienda que el Estado parte vele por que en la legislación nacional existan las disposiciones apropiadas en materia de protección efectiva y recursos eficaces contra la violación de la Convención y que el público en general sea informado debidamente de sus derechos y de los recursos jurídicos de que dispone contra la violación de esos derechos, incluyendo el procedimiento de denuncia individual previsto en el artículo 14 de la Convención (punto 25).*

Es más, *“El Comité toma nota de los esfuerzos del Estado parte por abordar su dimensión multiétnica en su totalidad, pero observa con seria preocupación información recibida sobre la percepción del Estado parte como un país de origen primordialmente blanco y europeo, prácticamente negando la existencia de pueblos indígenas originarios y comunidades de origen africano. El Comité recomienda que el Estado parte intensifique sus esfuerzos para lograr el reconocimiento de sí mismo como un estado multiétnico, que valora y aprende de sus culturas indígenas y de origen africano. En este sentido, recomienda al Estado parte llevar a cabo campañas públicas de concientización de la población y para promover una imagen positiva del país (punto 27).*

Luego el informe advierte que *“Aunque toma nota de los programas puestos en práctica por el Estado parte, al Comité le preocupa la persistencia en el Estado parte de prejuicios y estereotipos negativos que afectan, entre otros, a los pueblos indígenas y a los miembros de las minorías, como las personas afro descendientes.*

En este contexto recomienda que el *“Estado parte...adopte medidas apropiadas para combatir los prejuicios raciales que conduzcan a la*

discriminación racial. El Estado parte debería, en la esfera de la información, promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre los diversos grupos raciales existentes en el Estado parte. El Comité recomienda además que el Estado parte intensifique las campañas de información y los programas educativos sobre la Convención y sus disposiciones, y que refuerce las actividades de capacitación de la policía y de los funcionarios de la justicia penal sobre los mecanismos y procedimientos de la legislación nacional en el campo de la discriminación racial (punto 30).

Finalmente, el informe concluye que “A la luz de Recomendación general N° 33 (2009) sobre el seguimiento de la Conferencia de Examen de Durban, el Comité recomienda al Estado parte que tenga en cuenta la Declaración y el Programa de Acción de Durban, aprobados en septiembre de 2001 por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, así como el Documento final de la Conferencia de Examen de Durban, celebrada en Ginebra en abril de 2009, al incorporar la Convención en su legislación nacional. El Comité pide al Estado parte que, en su próximo informe periódico, incluya información concreta sobre los planes de acción y demás medidas adoptadas para aplicar la Declaración y el Programa de Acción en el ámbito nacional (punto 31).

De lo expuesto, cabe concluir que, según las observaciones del Comité, en nuestro país no se han desarrollado políticas públicas que satisfagan debidamente el respeto de los derechos, en particular la igualdad y no discriminación, de las personas afrodescendientes.

Es más, en tal contexto, el Comité exhortó al Estado a realizar acciones con el objeto de reconocer e integrar a las personas afrodescendientes y a los migrantes afrodescendientes y garantizar así su pleno desarrollo y disfrute de los derechos humanos entre nosotros.

V.2. En el marco descrito en el punto anterior, debemos evaluar puntualmente si los actores –conforme las constancias del proceso- sufrieron tratos discriminatorios con habitualidad y alcance plural (colectivo) por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público.

Así las cosas, resulta necesario valorar la prueba producida en autos, en particular las declaraciones testimoniales.

Cabe recordar que los Sres. Bara Sakho, Serge Lam y Ibrahima Mbaye han denunciado que la policía no sólo los detiene en la vía pública sino que además los amenaza, les quita la mercadería, los lleva a la comisaría, les dice que no vuelvan a Constitución. Además declaran que los agentes policiales no tienen idéntico comportamiento con la gente blanca, es decir, las otras personas que no pertenecen al grupo afrodescendiente.

a) Declaraciones testimoniales

1. Testigo Fernando Pezzini

El señor Pezzini presenció la detención del actor Lam el 6 de enero de 2009. En su testimonio destacó que los accionantes acosados por la policía no estaban ejerciendo la venta en la vía pública sino en el interior de una carnicería. Añadió que la conducta desarrollada por las fuerzas de seguridad parecía un operativo. Dejó sentado que escuchó decir que *“les estaban sacando las cosas porque eran negros”*. Resaltó que *“le habían pedido los documentos y después no se los querían devolver”*. Puso de manifiesto que *“no se llamó médico ni se ofreció traductor”*. Además, frente a la pregunta acerca de si vió otros procedimientos de la policía con la comunidad afro en la zona de Constitución, respondió que *“sí, que todo el tiempo, que hay un racismo, una intención”*. En cuanto a los objetos que los actores venden, expuso que son *“anillos, cadenas; y es algo simple en paragüitas, nada de grandes cantidades sino todo lo contrario”*.

2. Testigo Adela Liguori

La señora Liguori pertenece a la Comisión de Apoyo al Refugiado (CAREF) que cuenta con una clínica jurídica en convenio con la UBA y el CELS, donde se atienden consultas relacionadas con violaciones a los derechos humanos, discriminaciones, maltrato en el ámbito público y orientación. En virtud de las funciones de la CAREF, la declarante señaló que –en un informe de la mentada clínica jurídica- se asentó que *“particularmente en relación a las personas que venden en la vía pública hay procedimientos poco claros del personal policial”*. Respecto de los procedimientos contravencionales, la testigo señala que los consultantes indican que en el marco de tales procedimientos se les pide un documento y ellos sólo cuentan con una precaria solicitud de refugio *“que a veces es considerada y otras no”*. Añadió que los miembros de la comunidad senegalesa consultantes en el año 2007 fueron 14 y luego 58 en el año 2008

3. Testigo Margarita Meira

La señora Meira es vendedora ambulante desde los años 90. Declaró que presenció procedimientos en contra de un integrante de la comunidad afro *“y contra otros compañeros”*. Sostuvo que *“vio que le estaban sacando mercadería que vendía dentro de un local de carnicería”*. Agregó *“Esta gente no hablaba castellano, le decían que los iban a llevar porque no tenían documento y ellos mostraba documentos... El detenido no entendía el idioma, no le leyeron sus derechos, no le llamaron a un médico a pesar de uno de los Sres. pedía médico”*. Por último, se manifestó afirmativamente frente a la pregunta acerca de si eran habituales este tipo de procedimientos.

4. Testigo Héctor Martínez Gutiérrez

El señor Martínez Gutiérrez pertenece al movimiento afrocultural. Dijo haber comprobado infinidad de veces situaciones de “racismo”. En este caso particular, señaló que *“vio como le sacaron las cosas a un afrodescendiente, donde no le respondieron nada”*, al tiempo que lo insultaban. Frente a la pregunta referida a si su movimiento tuvo problemas concretos con la policía, respondió que *“el problema es ese, que molestan a la comunidad afro por el único motivo de ser negro... ningún otro motivo”*. Interrogado acerca de si presenció, en la zona de Constitución, otros procedimientos contra integrantes de la comunidad senegalesa, describió dos ocasiones diferentes. Más aún, añadió que *“siempre hay gente vendiendo en esa zona, negros como él solo los senegaleses, al resto no se los molestó”*. Agregó que, en ningún momento, participó un traductor, ni tampoco observó que se le leyeran sus derechos ni se mencionó en el marco de qué causa se realizaba el operativo.

5. Testigo Nengumbi Celestin Sukama

El señor Sukama preside el ARPIDI, además de ser miembro de la ADC y haberse desempeñado en la CAREF. Trabaja sobre diagnóstico de racismo y discriminación en la Argentina, en particular, respecto de los africanos. En su testimonio, señaló que *“Hay un racismo encubierto contra los africanos”* y destacó que *“Dentro de las prácticas racistas está el accionar policial que de ningún modo termina con la restricción ilegal de la libertad de los africanos”*. Interrogado sobre cómo opera el racismo en este país, contestó que *“[en] la policía, el Ministerio Público Fiscal y las agencias del estado en general existe una cuestión de racismo muy grande, dado que operan en conjunto... es raro ver... a un policía...[decir] ‘Señor’ cuando se trata de personas de color negro... Diría que no hay protección ni se brinda seguridad respecto de la policía en relación a los ‘afros’”*. A ello, agregó que *“Los policías vienen y hacen lo que se les da la gana, incluso privación de la libertad sin justificación, los tratan [a los africanos] de manera despectiva y muy autoritarios”*. Señaló que -sobre una encuesta de 45 ciudadanos africanos (5 senegaleses y 40 del resto de los países de África)- todos fueron detenidos más de una vez por la policía, por ser negros. Destacó que, de los mentados 45 africanos, sólo 3 trabajaban en relación de dependencia y el resto ejercían la venta ambulante. Resaltó –en relación con el trabajo de éstos últimos (vendedores ambulantes)– que *“su mercadería es secuestrada con frecuencia. En un primer momento, les piden un regalo, cuando luego se resisten los amenazan con llevarlos a la comisaría. Una vez allí, se les labran actas, no son asistidos por traductor”*. Añadió que, en la Ciudad de Buenos Aires, habitan cerca de 2000 africanos de los cuales, aproximadamente, 50 son senegaleses y 1950 trabajan informalmente en ferias de villas o como vendedores ambulantes.

b) Estadística del MPF e informes

Por otro lado, resultan evidentes las estadísticas que el propio Ministerio Público Fiscal adjuntó a la causa. En efecto, nótese que –para el año 2007- sobre un total de 3.032.161 habitantes de la Ciudad de origen no senegalés, se labraron 3.967 actas con sustento en el art. 83 CC. En cambio sobre 2000 habitantes de nacionalidad senegalesa se labraron 19 actas con el mismo fundamento y en igual período.

A ello debe agregarse el informe brindado por el señor Sukama, de donde surge que sobre una muestra de 45 personas de aquella nacionalidad, el 100% había sido detenida por la policía en el último año y medio y que el 95%, esto es, 42 personas, de la muestra, había sido interceptada por los efectivos policiales en los últimos seis meses.

c) Falta de prueba sobre el desarrollo de políticas públicas

A su vez, el Estado no ofreció pruebas respecto de las medidas de acción positiva, es decir, políticas públicas de integración y, en particular, aquellas adoptadas en los procesos de persecución de contravenciones en el caso de los grupos en situación de desventaja y exclusión como es el caso que nos ocupa.

Tal como señaló la jueza Ruiz, criterio que comparto, “en el marco de un proceso en el que se evalúa la posible violación de derechos humanos por causales discriminatorias, el régimen de prueba y su calificación posee características particulares De allí que la carga de desacreditar la denuncia de una violación de derechos humanos recaiga fundamentalmente en el Estado.”

VI. Reseñado el marco jurídico y los hechos del caso **cabe analizar si el Estado cumple o no con los mandatos normativos.**

VI.1. En primer lugar, corresponde determinar si las normas que rigen el procedimiento contravencional respetan plenamente el derecho de defensa de los accionantes.

Cabe recordar que el art. 4 dispone que “*Se debe designar un intérprete cuando el imputado o imputada no pudiere o no supiere expresarse en español, o cuando lo impusiere una necesidad especial del imputado o imputada*”.

Por su parte, el art. 37 reza así “*La autoridad preventora entrega una copia del acta al presunto contraventor/a, si está presente. En tal caso lo intima para que comparezca ante el o la Fiscal dentro de los cinco días hábiles siguientes, bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública. Asimismo le notifica de su derecho a ser acompañado por defensor o defensora de confianza y que, de no hacerlo, será asistido por el defensor o defensora de oficio. Si el presunto contraventor/a se niega a firmar, se deja constancia de las razones aducidas*”.

El texto normativo no debe ser interpretado en términos literales sino de conformidad con los principios generales que permiten integrarlo con el resto del ordenamiento y, además, conocer su sentido y finalidad. En particular, en este contexto, el principio rector es el derecho de defensa que reconocen la Constitución y los tratados internacionales. A su vez, los mandatos normativos deben interpretarse integralmente, anudando unos con otros de modo sistemático y coherente.

Así, los artículos 4 y 37 antes transcritos deben interpretarse en términos tales que garanticen el pleno conocimiento de la situación y los derechos que le corresponden al presunto contraventor desde el primer momento, es decir, cuando aquél tiene su primer contacto con las fuerzas de seguridad, de conformidad con el principio constitucional ya citado.

Así, tal como propone el juez Lozano, las autoridades que intervienen deben comunicar los derechos en términos eficientes, trátase de grabaciones o cualquier otro medio idóneo, dar intervención inmediata al fiscal y abstenerse de adoptar medidas precautorias.

En otras palabras, no es plausible interpretar las normas de modo que las autoridades sólo estén obligadas a informar en términos ciertos y reales a los presuntos contraventores en el marco del proceso judicial.

En este sentido cabe recalcar que *“El derecho a informar constituye, muchas veces, una garantía de prevención. El estado debe providenciar los mecanismos de información para evitar daños ciertos e inmediatos. Esto no implica...tampoco, que a los extranjeros, los países receptores no deban tratarlos...con todo el respeto, consideración y esmero acorde con las circunstancias especiales que atraviesan”* (cf. Albanese, Susana, op cit., pág. 265/6).

VI.2. En segundo lugar, más allá de la garantía de la efectiva comunicación a los presuntos contraventores, esto es, el modo cierto y oportuno del deber estatal de informar, debe advertirse que en el presente caso es plausible constatar una aplicación arbitraria de la ley por las autoridades competentes.

Es decir, sin perjuicio de la legitimidad de la ley, cierto es que la arbitrariedad se advierte en la ejecución de las normas. Así, cuando el Estado a través de sus órganos competentes aplica las leyes lo hace de modo arbitrario y discriminatorio. Es decir, la ley sólo se aplica de modo estricto sobre ciertos grupos, en particular aquellos más desprotegidos.

En efecto, y valga la reiteración, más allá de la cuestión atinente a la asistencia oportuna de un traductor, lo cierto es que la ley no discrimina, es decir, resulta igualitaria para todos los habitantes, sin embargo la discriminación se constata en la aplicación por parte de las autoridades responsables de cumplirla y hacerla cumplir.

Resulta elocuente –para arribar a la conclusión precedente- la coincidencia entre los diferentes testimonios brindados por los testigos, en torno a que los accionantes no estaban vendiendo en la vía pública, sino en

el interior de un comercio (declaración de Fernando Pezzini y Margarita Meira). También surge de los testimonios referidos (al que debe sumarse el testimonio del señor Martínez González) el mal trato propiciado a los accionantes y las faltas de respeto de las garantías procesales que deben resguardarse frente a la posible comisión de un delito, contravención y falta.

Nótese que todos los declarantes recuerdan que los funcionarios a cargo del operativo no se presentaron, no les ofrecieron un traductor, no llamaron al médico (a pesar de ser requerido por uno de los actores), no les leyeron sus derechos, no consideraron adecuadamente los documentos exhibidos, no los trataron con el respeto debido, y peor aún, los llevaron detenidos en medio del alto grado de incertidumbre que la situación puede generar en personas que, como los actores, no conocen el idioma ni comprenden lo que está ocurriendo y no saben cuál es el motivo de la detención ni las consecuencias derivadas de tales actos.

Este abuso es corroborado, además, por el testigo Martínez Gutiérrez que, además de destacar que los efectivos policiales *“molestan a la comunidad afro por el único motivo de ser negro”*, puso de resalto la discriminación de la que es objeto la mencionada comunidad ya que -en la zona donde se efectuó el operativo- había otras personas vendiendo que no fueron molestadas por los funcionarios a cargo de las tareas de control.

Tales situaciones de desigualdad son evidenciadas, también, en las declaraciones de Liguori y Sukama –quienes se desempeñan en organismos de investigación y lucha contra la discriminación-. Vale recordar que la primera de las mencionadas advirtió que –ya en un informe del año 2008 realizado por la institución a la que pertenece- se había denunciado los procedimientos “poco claros” que llevaba a cabo la policía respecto de las personas que se dedican a la venta ambulante en la vía pública. Por su parte, el segundo de los testigos citados expresamente se refirió a la existencia de un “racismo encubierto contra los africanos”, al tiempo que coincidió con Liguori en que la policía no cumple con su función como corresponde. En sus propias palabras *“hacen lo que se les da la gana, incluso privación de la libertad sin justificación”*.

En conclusión, la arbitrariedad de las conductas nace de la aplicación discrecional y, particularmente, discriminatoria de la ley vigente.

VI.3. En tercer lugar, debe agregarse que el Estado a fin de asegurar el derecho a la igualdad tiene no sólo la obligación de abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino también el deber de realizar prestaciones positivas. En sentido concordante se ha manifestado la Corte Suprema en las causas “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” (sentencia del 01/06/2000, T. 323, P. 1339) y “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo” (sentencia del 09/04/2002, T. 325, P. 524, del voto del Dr. Gustavo Bossert), entre otras.

Más aún, como vocal de la Sala I del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, tuve oportunidad de señalar que *“el gobierno ha de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos, lo cual comprende medidas de acción positiva tendientes a garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos”* (in re, “Aguilera Penayo, Angelina y otros c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, EXPTE. N° EXP 33885 / 0, sentencia del 19 de noviembre de 2009).

Asimismo, si bien referido a otro grupo vulnerable y con sustento en la Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N° 5 (1994), señalé que *“La obligación de los Estados Partes en el Pacto de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado..., a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. (...)”* (in re, “Santesso, Adriana c/ GCBA y otros s/ Amparo (art. 14 CCABA)”, EXPTE. N° EXP 24799 / 0, sentencia del 30 de mayo de 2008).

Más todavía, la cuestión se relaciona con el principio de autonomía individual que nuestra Constitución consagra en el art. 19 y que consiste en la posibilidad de elegir y materializar su propio plan de vida. Se trata en consecuencia del reconocimiento a la autodeterminación y su fundamento radica en la dignidad de la persona y el respeto a la libertad personal.

Al respecto, se sostuvo que *“el principio de autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, la libertad de movimientos,... la libertad de acceso a recursos materiales,... la libertad de trabajo”* (NINO, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, pág. 167).

Se trata de un principio que proclama el respeto por la persona e implica un derecho de no interferencia y un deber de no coartar acciones autónomas y exige, además, la adopción de comportamientos activos por parte del Estado que hagan posible la inclusión social y, consecuentemente, el goce de los derechos fundamentales.

En efecto, *“el derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social es un derecho fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual (conforme artículo 19 de la*

Constitución Nacional). Esta autonomía consiste básicamente en la posibilidad de cada individuo de elegir y materializar su propio plan de vida. El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio” (Sala I, “Pérez Víctor Gustavo y otros C/GCBA s/Amparo”, expte. 605 del 26/01/01; en sentido concordante, “Benítez, María Romilda y otros c/ GCBA. s/Medida Cautelar” Exp. 2069, J. 2, S. 3 del 16/11/01).

En conclusión no es suficiente con la sola abstención del Estado sino que requiere el desarrollo de conductas positivas, esto es, la planificación y ejecución de acciones de contenido positivo. Ello resulta concordante, a su vez, con lo dispuesto en el artículo 17 de la CCABA, que establece el deber de la Ciudad de desarrollar políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Este deber de reconocimiento y tutela reviste aún mayor relevancia cuando se trata de los miembros de la sociedad que tienen su ámbito de autonomía reducido por razones de exclusión social.

VI.4. En cuarto lugar, debe destacarse que las acciones positivas resultan aún más relevantes tratándose de un grupo vulnerable. En tal sentido, cabe señalar que el grupo colectivo demandante reviste dicha condición, por cuanto constituye un sector desprotegido, excluido e indefenso de la sociedad.

En efecto, por un lado, la mayoría de los miembros del grupo revisten la condición de refugiados o peticionantes de refugio. Por otro lado, les es difícil comunicarse con el resto de la población porque no hablan el español sino su propio idioma (wolof) y, por último, como medio de subsistencia venden mercaderías de escaso valor en las calles de la Ciudad.

En tal sentido, es dable resaltar que frente a grupos vulnerables y desfavorecidos –como es el caso de los actores- *“la obligación primigenia del Estado debe consistir en brindarle un mayor nivel de protección, adoptando medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y dando trato preferente apropiado a esas personas, a fin de conseguir los objetivos de la plena realización e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas, logro que jamás podrá alcanzar si no se satisfacen sus necesidades básicas y mínimas, que son inherentes a su condición de seres humanos”* (CSJN, “Machado, Juana C. y otros c. E.B.Y”, sentencia del 12/06/2007, del voto en disidencia de los doctores Fayt y Zaffaroni según el voto en disidencia del doctor Zaffaroni en “Ramírez” —05/06/2007—, al cual remite)

En síntesis, el Estado no sólo debe prohibir conductas discriminatorias en razón de raza o abstenerse de realizarlas, sino también emprender acciones positivas para el efectivo reconocimiento y goce del derecho a no ser discriminado por motivos raciales.

Esta directriz surge expresamente de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (ley 26.165) que establece que

respecto de este grupo vulnerable se “*aplicará el principio del trato más favorable, y en ningún caso, el menos favorable que el concedido a los extranjeros en las mismas circunstancias*” (art. 3).

La jurisprudencia de la Corte refuerza esta interpretación al decir que “*la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación deben reflejarse en su legislación... y también en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales*” (cf. CSJN, “Partido Nuevo Triunfo”, sentencia del 17/03/2009, Fallos 32:433).

VII. El material jurídico relevante y el análisis realizado precedentemente permite concluir que el grupo accionante ha sido discriminado por el trato desigualitario y arbitrario en razón de su pertenencia e identidad racial.

VIII. Así pues, corroborados los recaudos que hacen procedente el hábeas corpus deducido, corresponde en dicho marco disponer las medidas necesarias para evitar el tipo de conductas que este fallo pretende revertir.

Estas medidas deben adoptarse teniendo en cuenta los derechos involucrados cuya protección reclaman los actores en la acción intentada. Como se ha dicho precedentemente, el hábeas corpus interpuesto pretende que se garantice la libertad ambulatoria del grupo accionante en el marco del ejercicio de su derecho a trabajar, y a su vez y de modo complementario, el respeto del derecho de defensa.

De modo que si bien el objeto específico es la libertad ambulatoria, los derechos antes mencionados están entrelazados de modo que la resolución del tribunal debe ser integral y no sólo parcial porque sólo así es plausible garantizar el derecho específico bajo análisis, dado –insisto- el carácter interdependiente de los derechos fundamentales.

En dicho entendimiento, se ordena a las autoridades involucradas adoptar las siguientes medidas:

a) Implementar de manera inmediata las medidas ordenadas por el señor Juez Lozano individualizadas en los puntos I y II de la parte dispositiva de su voto (comunicación eficiente de los derechos de los presuntos contraventores y comunicación inmediata al Fiscal) y, a su vez abstenerse de realizar medidas precautorias.

b) Llevar a cabo el Protocolo de Actuación que propone la jueza Ruiz.

c) Diseñar políticas públicas tendientes a mejorar el acceso al trabajo del grupo actor a fin de lograr su inserción social a través de cursos de idioma y capacitación laboral.

d) Diagramar un sistema de tutorías y asistencia jurídica a favor de los refugiados.

IX. Admitida la procedencia del hábeas corpus colectivo respecto de la comunidad senagalesa, corresponde analizar el caso particular de los accionantes -en tanto personas que se dedican a la venta de mera subsistencia de productos de escaso valor en la vía pública- de conformidad con la doctrina establecida en el precedente “Ezquivel Pizarro”, donde intervine como juez de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Ello así, toda vez que en este contexto (actuación en carácter de juez subrogante de este Tribunal) no me veo obligado a seguir el criterio establecido en los precedentes de este estrado.

IX.1. Por un lado, el artículo 83 del Código dispone que *“(n)o constituye contravención la venta ambulante en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria”*.

De esta forma, y de acuerdo con los términos expresos de la norma transcrita precedentemente, es claro que el Código Contravencional no considera contravención la venta ambulante en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia.

En tal sentido, en el debate parlamentario de esta última norma —de donde puede extraerse la intención que tuvieron los legisladores al sancionar la ley— se dejó asentado que *“(t)uvimos la preocupación tanto en la parte general como en la especial de dejar a salvo todas aquellas formas de subsistencia o de mera subsistencia, y por si esto fuera poco plantearnos el principio de insignificancia como una garantía de que la función del Estado en relación con estas conductas iba a tener un límite infranqueable...”* (8ª Sesión Esp., Cont., 23/9/2004, p. 118). Es decir, la venta de mera subsistencia fue expresamente tenida en mira por el legislador local, con independencia del carácter de baratija asignable o no a los objetos comercializados.

IX.2. Por el otro, cabe recordar que, por intermedio de la Ley N° 1166, el legislador local modificó el Código de Habilitaciones y Verificaciones —en lo referente a la elaboración y expendio de productos alimenticios y/o su venta ambulante en la vía pública—. Así, la norma citada derogó los capítulos 11.1., 11.3. y 11.10 del mencionado Código y, en su lugar, se ocupó de regular la venta ambulante por cuenta propia, la venta ambulante por cuenta de terceros, la elaboración y expendio de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas por cuenta propia, la ocupación y/o uso de la superficie de bienes del dominio público, y los puestos de venta ambulante. Asimismo, la nueva legislación creó un registro de postulantes para permisos de uso.

Así, en el artículo 11.1.2. del citado Código se prohíbe “la venta, comercialización o ejercicio de actividad comercial y la elaboración o expendio de productos alimenticios, en el Espacio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a toda persona que no tenga otorgado a su favor un permiso de uso, en los términos detallados en la presente Sección”.

Por su parte, el art. 11.1.6. estableció las siguientes modalidades para el desarrollo de las actividades comerciales comprendidas en el espacio público: “a) Elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios, en ubicaciones fijas y determinadas de los puestos móviles y semimóviles; b) Expendio ambulante por cuenta propia; c) Expendio ambulante por cuenta de terceros”.

A su vez y en sentido complementario, el Decreto N°612/04 (conforme texto Art. 1° del Decreto 2.198/004, BOCBA 2088 del 15/12/2004), reglamentario en este aspecto del Código de Habilitaciones y Verificaciones, dispone, en lo pertinente, que “quedan definidas las modalidades de venta como: a) elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas en puestos móviles y semimóviles: es la venta que se realiza por cuenta propia con ubicación fija y determinada, pudiendo contemplar la elaboración de emparedados. Expendio ambulante por cuenta propia: es la venta que se realiza sin ubicación fija e inamovible, pero en todos los casos dentro de un área determinada. Puede efectuarse por medio de triciclos o carritos; b) Expendio ambulante y en ubicaciones fijas y determinadas, por cuenta de terceros: es la venta que se realiza en un área determinada, en puestos móviles o semimóviles, o a través de triciclos o carritos”.

A esta altura del desarrollo normativo corresponde señalar que, tal como surge expresamente de los términos de las normas transcriptas, las tres modalidades de venta reglamentadas en el Código se refieren, en todos los casos, a la comercialización de productos alimenticios y, en consecuencia, no alcanzan a la venta de otros bienes o productos.

En efecto, confirma esta conclusión lo dispuesto en los arts. 11.1.16 y 11.1.18 del Código en cuanto señalan respectivamente que, en relación con todas estas modalidades, “*los permisionarios/as deben observar en su indumentaria y elementos de trabajo las pautas que garanticen la correcta higiene, tanto en la manipulación de los alimentos, como en el aspecto personal*” y, a su vez, que “*queda expresamente prohibido: 1) el fraccionamiento de cualquiera de las bebidas cuya comercialización se autoriza; 2) El expendio de bebidas alcohólicas de cualquier tipo y/o graduación, cualquiera sea su envase; 3) el fraccionamiento de aderezos, que deberán ser de uso único e individual, conforme lo establece la Ley N° 246, B.O.C.B.A. N° 812*”.

Asimismo y en idéntico sentido, si se analizan el capítulo 11.2. que se refiere a la modalidad de venta “Elaboración y Expendio de Productos Alimenticios por Cuenta propia en Ubicaciones Fijas y Determinadas”, y el Capítulo 11.3. que regula la modalidad “Venta Ambulante por Cuenta propia”

se llega a la misma conclusión: el legislador solamente se ha ocupado de regular la actividad de venta en la vía pública de productos alimenticios.

Así, por ejemplo, el art. 11.3.3. del Código dispone que *“se autoriza la venta ambulante de los siguientes artículos: maní en su vaina, descascarado, tostado o sin tostar, castañas, garrapiñadas, manzanas brillantadas, higos, azúcar hilada, pochoclo, barquillos, fruta desecada, descascarada, tostada y seca”*. A su vez, el art. 11.3.6. determina que *“queda prohibida la elaboración de productos en el lugar y la preparación para el consumo de alimentos por los/as permisionarios/as y/o ayudantes/as. Puede terminarse de elaborar a la vista solamente maníes, castañas, garrapiñadas, manzanas brillantadas, higos y azúcar hilada”*.

Por su parte, el Capítulo 11.10 hace referencia a la *“Venta Ambulante y en ubicaciones fijas y determinadas por cuenta de Terceros”* y si bien, al igual que en los otros casos, en el título no lo aclara, de la lectura integral de las normas que conforman este último capítulo también se desprende claramente que se refiere exclusivamente a la comercialización —bajo esta modalidad— de productos alimenticios. En tal sentido, el art. 11.10.1 dispone, por ejemplo, que *“la venta de agua y bebidas sin alcohol, helados, infusiones y emparedados calientes de salchicha tipo Viena, se permite en áreas determinadas, únicamente a elaboradores/as, concesionarios/as o distribuidores/as del producto, constituidos éstos como empresas o cooperativas, quienes deben solicitar el permiso de uso a su nombre. Para el caso de emparedados calientes de salchichas tipo Viena, sólo se permitirá por cada permiso un mínimo de cinco (59 unidades y un máximo de hasta veinte (20) unidades destinadas a la venta del producto...”*.

Por otro lado es necesario hacer notar que también el Decreto N° 612/04 se circunscribe a reglamentar, en los términos del Código, la venta en la vía pública de productos alimenticios. En efecto, en sus considerandos dicha norma expresamente declara que *“el presente Decreto reglamentario ha sido elaborado con el objeto de garantizar el control de la higiene y la calidad de los productos que se ofrecen en la vía pública”* y luego agrega que *“tiene como objetivo ordenar el expendio de alimentos en la vía pública mediante el otorgamiento de permisos...”*. En sentido concordante los fundamentos también señalan que *“se utilizó para la elaboración del presente Decreto lo normado en el código Alimentario Nacional, texto vigente, contemplándose asimismo el Código de Habilitaciones y verificaciones en lo que hace a la materia”*.

IX.3. De conformidad con el contexto normativo antes descripto, considero posible sostener que el legislador no prohibió la venta de baratijas cuando se trate de mera subsistencia ni tampoco reglamentó el ejercicio de ese derecho por medio de restricciones tales como permisos o autorizaciones. Así las cosas, los actores no infringieron el artículo 83 del Código Contravencional.

X. En conclusión, se hace lugar al recurso de queja e inconstitucionalidad deducidos por los actores, admitiéndose en consecuencia el hábeas corpus colectivo y, por tanto, ordenando a la demandada que adopte las medidas dispuesta en el punto VIII del presente decisorio.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Tal como lo sostiene el señor Fiscal General Adjunto “en un estado de derecho **nadie puede pretender** un amparo para **que las autoridades competentes no actúen ante la violación flagrante de normas** tipificadas como falta, delito o contravención”, “**la acción de habeas corpus** [intentada] es manifiestamente improcedente, porque el substrato de la pretensión **parte de una base de imposible concesión por esta vía**, cual es la de ejercer la venta ambulante sin autorización” y “[l]a intención de que pretorianamente se cree un régimen especial para que puedan vender en la vía pública por el solo hecho de **ser inmigrantes** africanos, ignorándose al resto de quienes también pretenden ejercer la actividad y que el Gobierno de la Ciudad, en el marco de sus facultades legítimas, no convalida, **es ajena a esta acción**” (lo destacado es propio y no fue resaltado en el dictamen obrante a fs. 98/99).

Conviene recordar que la ley prohíbe con carácter general el ejercicio de la actividad comercial en el espacio público a toda persona que no tenga otorgado a su favor un permiso especial por parte de la Administración y, en mi concepto, los jueces rebasaríamos ampliamente el ámbito de control que nos permite la Constitución si decidiéramos autorizar a los vecinos —o a un determinado grupo— a apropiarse del espacio público en su propio beneficio al margen de las leyes que gobiernan la cuestión o si les reconociéramos por vía de acciones de amparo o de *habeas corpus* —que han sido consagradas con otros fines específicos— una inmunidad o fuero personal para repeler su aplicación. No desconozco lo delicado de las problemáticas que subyacen al planteamiento que se ha efectuado a lo largo de este juicio, ni la gravedad o la complejidad de las imputaciones que se han plasmado en el marco de las audiencias celebradas en las instancias de mérito, pero la respuesta a estos problemas no es exigible al Poder Judicial por medio de esta acción, cuando lo que se pretende en realidad es que se dicte un pronunciamiento de forma inorgánica y para una situación particularizada en reemplazo de la necesaria participación de los poderes políticos (*mutatis mutandi*, voto que suscribiera junto a mi colega, José Osvaldo Casás, en autos “**Esquivel Pizarro**”, expte. nº 6162/08, sentencia del 5 de marzo de 2009).

A fin de despejar cualquier inquietud sobre las normas que regulan la cuestión referida a la actividad comercial o lucrativa en el espacio público de la Ciudad de Buenos Aires, a modo de *obiter dictum* porque la interpretación contraria del tribunal *a quo* no ha sido un factor determinante de su decisión —tal como lo explica la señora jueza, Alicia E. C. Ruiz—, estimo conveniente

dejar expuesta mi postura de manera íntegra, postura que, aclaro, no resulta coincidente con aquella otra que expone en su voto el señor juez de trámite, Luis F. Lozano. La decisión legislativa de no considerar una contravención a la venta ambulatoria en la vía pública “*de mera subsistencia que no implique una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido*” (art. 83, tercer párrafo, ley nº 1472) excluye a esa acción del ámbito contravencional, en razón de tratarse de un claro supuesto de “*atipicidad*”, para afirmar lo cual resulta necesario evaluar los productos colocados a la venta conforme a los parámetros de la *insignificancia o bagatela* desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, lo que la tornaría irrelevante para la ley contravencional por no afectar el bien jurídico. Esa evaluación, a menos que se presente de manera manifiesta su atipicidad, no está a cargo de la autoridad de prevención (o de la policía de seguridad, según el art. 16, ley nº 12), sino que para determinar el mérito contravencional de dicha conducta primeramente están los fiscales —a quienes les incumbe demostrar y discutir, si corresponde, en juicio oral y público, la adecuación típica y la lesividad del comportamiento—, y luego los jueces y defensores, que, naturalmente, debaten en el marco de un proceso judicial que se inicia con posterioridad a la actuación policial. Ello no equivale a afirmar, por cierto, que la autoridad preventora se encuentre facultada para adoptar “*medidas precautorias*” (arts. 18 y 36, ley nº 12) frente a cualquier conducta, sino tan sólo frente a aquellas que, *en principio*, pueden calificarse *razonablemente* como contravenciones; adopción que debe ser comunicada de manera “*inmediata*” al fiscal y si él decidiera mantener esa medida “*da[rá] intervención al juez*”, en los términos del art. 21, ley nº 12 (mi voto, en autos “**Avalos**”, expte. nº 4852, sentencia del 18 de diciembre de 2006).

Sin embargo, frente al cuadro de situación descrito en el párrafo que antecede, si el integrante del Ministerio Público Fiscal decidiera, en virtud de su discrecionalidad técnica, que el hecho no constituye una contravención (al estar alcanzado por el párrafo tercero del art. 83, ley nº 1472), subsistiría la posibilidad de que se tratase de una infracción al Régimen de Faltas locales (ley nº 451), pues cabe recordar que también ha sido una decisión legislativa que el hecho de vender mercaderías en la vía pública “*sin autorización*” (art. 4.1.2, ley cit.) se encuentre expresamente prohibido por la ley nº 1166 y, por lo menos al día de hoy, esta conducta debe ser investigada y eventualmente sancionada (“**Esquivel Pizarro**”, ya citado). Este Tribunal ha tenido ocasión de remarcar, en reiteradas oportunidades, que la determinación de remitir un expediente a la Unidad Administrativa de Control de Faltas —que interviene como la instancia única, obligatoria y previa “*al juzgamiento*” de las faltas por parte de los órganos permanentes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, además de ser una atribución que incumbe al Ministerio Público Fiscal, en función de las características del sistema procesal vigente (“**Pantigioso Flores**”, expte. nº 2119, sentencia del 9 de abril de 2003), sólo tiene por objeto dilucidar la existencia o no de una falta e implica reconducir y ordenar el proceso, mas no le pone fin (“**González Báez**”, expte. 5603/07, sentencia del 28 de mayo de 2008).

Legalmente, si en esa órbita se suscitara algún cuestionamiento legal o constitucional, éste podría ser finalmente conocido por el fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas, si aquella fuera la voluntad del infractor que fue considerado responsable por la Administración (art. 24, ley n° 1217); crítica o cuestionamiento que podría estar relacionado con la existencia de una causa de justificación personal por razones de *“mera subsistencia”* o de necesidad (**“Leiva Quijano”**, expte. n° 4054, sentencia del 21 de diciembre de 2005). Dicha defensa o excusa deberá ser valorada en primer término por la propia Administración, que pudo otorgar el permiso precario de uso que exige la ley sin distinciones y que por el motivo que sea —por ejemplo, porque no existe una regulación que contemple permisos de esta especie para comercializar algo distinto a *“productos alimenticios”*— no lo hizo. En esta línea parece que se inscribe, precisamente, la última decisión legislativa que se ha dictado en materia de faltas, en la que se previó que **“cuando surja inequívocamente del expediente que la infracción ha sido motivada por las necesidades de subsistencia por parte del infractor, el controlador administrativo y/o el agente administrativo de atención de faltas y/o el juez/a puede aplicar multa por debajo del mínimo e incluso eximirlo/a de la misma”** (cf. ley n° 2195, que modificó el art. 28, ley n° 451; vinculado con los *“Criterios”* para la individualización de las sanciones).

Sinceramente no logro comprender de qué manera se puede insinuar que los inspectores del Gobierno local o los organismos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía, aun con el auxilio de la *“fuerza pública”* para *“asegurar el procedimiento administrativo de comprobación de la falta”* (art. 6, ley n° 1217) ya sea para *“hacer cesar la falta o [para] asegurar la prueba”* mediante el *“secuestro”* de la mercadería (art. 7, ley cit.), pueden resguardar en mayor proporción los derechos de los presuntos infractores al régimen de Faltas, que la actuación que es posible esperar de los órganos permanentes del Poder Judicial de esta Ciudad Autónoma (art. 107, CCABA); máxime, en supuestos en los cuales se tiene por destinatarios a grupos o colectivos que, sin importar su raza, religión o nacionalidad, evidentemente aparecen *a priori* como vulnerables. En función de las leyes vigentes el “expediente” habrá de formarse y el procedimiento de verificación de la falta tendrá lugar, aunque el “infractor” pretenda repelerlo, sin perjuicio de la posibilidad de que finalmente pueda ser eximido —en el mejor de los casos— de la sanción que le hubiese correspondido, por una acción que los representantes del pueblo de nuestra Ciudad, indefectiblemente, desapruiban.

2. Ahora bien, la acción de habeas corpus puede ser instada, según el art. 15, CCABA, *“por el afectado o por cualquiera en su favor”, “[c]uando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, en cualquier situación y por cualquier motivo”*. Durante todo este proceso, los actores han pretendido demostrar que se encuentran reunidos los supuestos de hecho contemplados por el art. 3, ley n° 23.098 (norma nacional que, de momento, rige la acción también en nuestro ámbito), denunciando, de modo

categorico e insistente, que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por medio de su Poder Judicial y de la Policía Federal Argentina, dispone y lleva a cabo procedimientos de prevención de naturaleza selectiva y sistemática sobre un grupo de personas de nacionalidad senegalesa, que despliegan su actividad comercial —que califican, en abstracto, como de “*mera subsistencia*”— en el barrio porteño de Constitución, bajo la aplicación de estándares xenófobos y racistas (en razón de su nacionalidad y su color de piel).

No obstante, el carácter “preventivo” dado a la presente acción por los propios peticionantes exigía una demostración concreta y precisa del estado de amenaza cierto, inminente e *ilegítimo* que colocara en peligro o hiciera al menos previsible un riesgo *evitable* para su libertad ambulatoria. Es evidente que la tutela de la “*libertad física*”, a la que se refiere la Constitución local, no comprende la posibilidad de frustrar, entorpecer o impedir los procedimientos que se desarrollan en el marco de las leyes adjetivas y sustantivas vigentes en esta Ciudad a las que se encuentran sometidas de igual manera todas las personas que incurrir en actividades que —*en principio y razonablemente*— pueden calificarse como contravenciones, o, eventualmente, como faltas. En este sentido, durante la audiencia que se celebró ante los jueces de la Sala I —en cumplimiento a lo resuelto por la mayoría del Tribunal (“**Mbaye**”, expte. nº 6448/09, sentencia del 1º de julio de 2009)—, no se tuvo por acreditada la existencia de ninguna amenaza seria e *ilegítima* a la libertad de los actores, ni la selectividad o sistematicidad alegada, sobre la base de fundamentos de hecho y de derecho que resultan sólidos y suficientes (fs. 508/519). En rigor, los extremos sobre los que han versado las declaraciones prestadas ante la Cámara (que obran agregadas a fs. 465/494), no distan, manifiestamente, de aquellos que ya fueron considerados en nuestra anterior intervención (pto. 6 del voto que suscribiera junto a mi colega, el doctor José Osvaldo Casás, en el precedente antes mencionado) y “*las situaciones [allí] denunciadas por los accionantes ya han sido canalizadas por la vía judicial correspondiente (...) [y aunque] el hecho de desplegar una actividad no permitida no justifica un maltrato o amenaza (...) la vía intentada no puede tener incidencia en dichas cuestiones, pues cada una de las situaciones denunciadas (...) es objeto de investigación en el marco de los respectivos procesos judiciales que (...) se consideraron idóneos para ventilarlos*” (pto. 6 cit., *in fine*).

En orden a lo expuesto, no puedo más que coincidir con lo expresado por los distinguidos colegas de la Sala I, en relación a que “*es dable discernir dos dimensiones, a los fines de evitar confusiones. Lo que se resuelve en el habeas corpus ocurre en un plano distinto y nunca se superpone con el juzgamiento de los delitos que pudieron haberse cometido, pues se busca neutralizar idónea y rápidamente la restricción a la libertad [física] o su amenaza*” (fs. 514; el destacado me pertenece), toda vez que, como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por regla, el *habeas corpus* no autoriza a sustituir a los jueces propios de la causa en las decisiones que les conciernen (Fallos 308:2236; 317:916; entre otros). Finalmente, mas allá de que considero que se encuentra debidamente fundado y demostrado que:

(1) “el universo de sujetos alcanzados por las tareas de prevención y castigo de la venta ambulante prohibida excede notoriamente el colectivo que busca amparo” (fs. 516 vta.) y que (2) “el manejo de nuestra lengua requerido para comprender la solicitud de identificarse [a quien se encuentra ejerciendo una actividad en el espacio público de modo irregular, que la Ciudad no tolera] no resulta de una sofisticación tal que requiera el asesoramiento de un traductor o [de un] interprete” en el procedimiento inicial para garantizar el derecho de defensa en juicio de manera suficiente (fs. 517 vuelta); comparto asimismo la preocupación puesta de manifiesto por el tribunal *a quo* con relación a que, a la luz de los compromisos asumidos por la República, la Ciudad, como parte integrante de la federación, debería extremar los esfuerzos para garantizar la adecuada inserción de los actores a la población, auxiliándolos para superar las dificultades idiomáticas y para que comprendan las obligaciones y —muy especialmente— los derechos que les asisten, como así también los medios o canales legales para que esos derechos sean respetados.

3. Por lo expuesto, voto por **rechazar** la queja interpuesta.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. La queja interpuesta a fs. 80/94 debe ser rechazada pues no ha logrado desvirtuar las razones brindadas por los integrantes de la Sala I de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas para declarar la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia que confirmó el rechazo de la acción de *habeas corpus* intentada.

Tal como lo afirmó la Cámara —y como lo expone en su dictamen el señor Fiscal General Adjunto que actúa ante el Tribunal—, los planteos de los recurrentes remiten a cuestiones que resultan ajenas a la competencia constitucional de este Tribunal (arts. 27, ley nº 402 y 113, inc. 3º, CCABA). La presentación objeto de estudio se refiere, en síntesis, a: *i*) la discrepancia de los recurrentes con la valoración de la prueba producida ante los jueces de mérito; *ii*) el examen de determinados aspectos de derecho procesal infraconstitucional —vinculados al modo de ofrecimiento, admisión y producción de la prueba en el proceso contravencional—; *iii*) la determinación del alcance de las pretensiones de los accionantes; y *iv*) la interpretación de regulaciones contenidas en el Código Contravencional, en el Régimen de Faltas y en el Código de Habilitaciones y Verificaciones de la Ciudad, en tanto ellas reglamentan aspectos relativos a la utilización del espacio público en esta jurisdicción y establecen cuáles son las consecuencias de ejercer actividades lucrativas en la vía pública sin la correspondiente habilitación especial exigida por ley.

Desde esta perspectiva, los desarrollos expuestos en la queja no permiten descalificar lo afirmado por la Alzada, pues los recurrentes no han

logrado establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invocan y el contenido de la sentencia que confirmó el rechazo del *habeas corpus* interpuesto.

2. Además, la decisión de la Cámara que confirmó el rechazo del *habeas corpus* presentado se encuentra, al margen de su acierto o error, debidamente fundada sin que las argumentaciones de los recurrentes logren demostrar que no puede sustentarse como acto jurisdiccional válido.

En cuanto al fondo de la cuestión traída a estudio de este Tribunal, debo decir que las consideraciones que expuse en oportunidad de expedirme en torno a otra queja interpuesta por los recurrentes durante este proceso —consideraciones a las que me remito en homenaje a la brevedad— me eximen de mayores precisiones en cuanto a los motivos por los cuales entiendo que los accionantes sostienen una pretensión que resulta inviable en razón de las regulaciones legales que gobiernan en el ámbito de esta Ciudad. En aquella oportunidad, básicamente, destacué que el presente trámite de *habeas corpus* —calificado por la Cámara en la decisión recurrida como preventivo y colectivo— no podía tener andamio para colocar a los actores al margen de las normas legales vigentes y de las consecuencias que se derivaban de su transgresión, al ejercer actividades lucrativas en la vía pública sin autorización (*in re “Mbaye, Ibrahima y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Mbaye, Ibrahima s/ inf. arts. de la ley 23.098, habeas corpus’*”, expte. n° 6448/09, resolución del 1 de julio de 2009).

3. Finalmente, considero pertinente señalar que los reclamos de los accionantes en torno a la alegada necesidad de contar con intérpretes u otra modalidad que asegure la traducción a su lengua (*wolof*, uno de los varios dialectos de la República de Senegal, país de origen de los recurrentes en esta causa donde el idioma oficial es el francés) de los contenidos de las actas contravencionales a las que se refiere el art. 36 de la ley n° 12 en el momento de su realización en la vía pública, resultan inadmisibles por impracticables y se demuestran innecesarios para asegurar acabadamente el derecho de defensa en juicio con el alcance garantizado en la Constitución. Todo parece indicar que quienes dominan los rudimentos del idioma nacional imprescindibles para interactuar en la vía pública —realizando actividades lucrativas, lo que importa fijar precios con márgenes de utilidad sobre las compras, eventualmente realizar regateos y concertarlos, cobrar los importes convenidos, contar moneda y entregar vueltos— y satisfacer sus necesidades de subsistencia básicas de alimentación, vestido, transporte o vivienda se encuentran en condiciones de poder comunicarse, de algún modo, con el personal de prevención a los fines exigidos en dicha incipiente etapa del procedimiento. Mayores exigencias a las aseguradas en el punto por los jueces de la causa importarían, desde mi punto de vista, tanto como tornar inaplicables —o

poner en suspenso— todas las prohibiciones contenidas en la legislación local respecto de diversos colectivos extranjeros, incurriéndose en excesividad y desproporcionalidad, todo con el loable propósito de brindar la mayor tutela posible a la defensa frente a contravenciones de módico reproche, pero seguramente con severo demérito a las prácticas de la razonable convivencia entre todos los vecinos.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. **Hacer lugar** el recurso de queja agregado a fs. 80/94.
2. **Hacer lugar** al recurso de inconstitucionalidad de fs. 43/71, **revocar** la sentencia de Cámara, del 20/08/09, agregada a fs. 31/42, y, asimismo: I. **ordenar** al GCBA, al Ministerio Público Fiscal, a la Policía Federal y a la Policía Metropolitana que extreme los medios necesarios para que exista una comunicación eficiente de sus derechos desde el primer contacto con el presunto contraventor; II. **ordenar** a la Policía Federal y a la Policía Metropolitana que realice todos los esfuerzos para garantizar la intervención en forma inmediata del Ministerio Público Fiscal.
3. **Mandar** que se registre, se notifique con carácter urgente al titular del Ministerio Público Fiscal, al GCBA por intermedio de la Procuración General de la Ciudad y del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos y a la Policía Federal Argentina; y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.