

ACTA DE SENTENCIA DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL NRO. 80/06.

General Roca, 23 de Octubre de 2006.

AUTOS Y VISTOS:

En acuerdo los señores miembros del Consejo de la Magistratura de la Segunda Circunscripción Judicial Dres. ELIZABETH QUESADA, HUGO CONCELLON y GUSTAVO ARIAS en representación de los abogados; los Legisladores Ing. BAUTISTA MENDIÓROZ, Dra. NOEMI SOSA y Dr. GUSTAVO COSTANZO por la Legislatura Provincial; la Dra. MARIA EVELINA GARCIA por el fuero Penal de la Ila. Circunscripción Judicial, bajo la Presidencia del Dr. VICTOR HUGO SODERO NIEVAS, Presidente Subrogante del Superior Tribunal de Justicia, actuando como Secretario que certifica la deliberación el Dr. JUAN MANUEL MONTOTO GUERRERO, para resolver en autos: "CM/0489/06, RODRIGUEZ ADEMAR JORGE LEGISLADOR S/ PRESENTACIÓN"

1. El día 23 de Octubre de 2006 se celebró el debate en estos obrados con la presencia de los Sres. Consejeros aquí presentes, de la Sra. Procuradora General Dra. Liliana Piccinini, del enjuiciado **Dr. Alberto Guido Cariato**, cuyos datos obran en su legajo personal en razón de ser magistrado del Poder Judicial de esta Provincia, y de su abogado defensor Dr. Jorge Luis García Osella.

Abierto el acto por el Sr. Presidente, por Secretaría se procede a la lectura de la requisitoria fiscal. En dicha pieza procesal, conforme el artículo 32 inc. c) y 34 inc. a) de la ley 2434 la Sra. Procuradora General, en su condición de fiscal en autos, acusa al **Sr. Juez titular del Juzgado de Instrucción, Familia y Sucesiones Nro. 20 de Villa Regina** habiendo determinado los siguientes hechos imputados:

La Sra. Procuradora aclara que los hechos reprochados se refieren a la actuación del sumariado en la tramitación de la rogatoria (oficio ley 22.172, registrado bajo el Nro. 126/06) que con fecha 6 de marzo de 2006 le cursara el Sr. Juez Dr. Jorge O. Cañón, a cargo del Juzgado de Primera Instancia de la Familia y del Menor de la

ciudad de Santa Rosa, Provincia de La Pampa, en autos: “Corrales, Marcelo Octavio c/Santini, Karina Marcela s/restitución de hijos”, Expte. Nro. 116/06 de ese Juzgado, mediante el cual se exhortaba “... que disponga lo conducente a los fines de la ubicación de los menores Facundo Thomas Corrales (DNI. Nro. 43.216.484) y Federico Marcelo Corrales (DNI Nro. 39.649.725) y haga entrega de los mismos a su progenitor Sr. Marcelo Octavio Corrales...”. En el texto del oficio el Juez Exhortante hace saber el presunto domicilio de los menores, transcribe el proveído que lo ordena, faculta a su diligenciamiento al padre de los menores y/o a la Sra. María de los Angeles Glusko. En el lapso de tiempo que se inicia el 7 de marzo de 2006 a las 10.30 horas (fecha de cargo del exhorto) y hasta la madrugada del día 10 de marzo de 2006 (allanamiento de la vivienda sita en Larrea Nro. 216 de Villa Regina) acaecen los hechos enjuiciados.

En este contexto, individualiza los hechos de la acusación del siguiente modo:

Primer Hecho: La omisión de dar vista o intervención al Ministerio Pupilar, ello por encontrarse dos menores en el centro de la diligencia solicitada (previsiones de los artículos 59 del Código Civil y artículo 77 de la Ley 2430).

Segundo Hecho: La suerte de celada o engaño que se encierra en la estrategia implementada por el magistrado sumariado, de por un lado convocar a la madre de los menores en cuestión al Juzgado y paralelamente comisionar a la Secretaría para que retire los menores del domicilio en que se encontraban, impidiendo el derecho a ser oída de aquella.

Tercer Hecho: Llevar adelante un allanamiento en horas de la madrugada en el que los menores fueron retirados de los brazos de su madre merced a una decisión arbitraria y a la que se llega y da trámite con ostensible violación de distintas **previsiones** legales, muchas de ellas expresas y de rango constitucional, como el artículo 21 de la Constitución Provincial que permite, sólo en circunstancias de extrema excepcionalidad, el allanamiento en horas nocturnas, exigiendo una fundamentación que lejos está de poder brindar el magistrado.

En lo referido al encuadre jurídico de tal reproche sostiene que tales hechos primero, segundo y tercero configuran la causal de mal desempeño de la función prevista en el art. 199 inc. 1ro. ap. a) y d) de la Constitución Provincial. Menciona

los deberes de los artículos 21, 33 y 200 de la Constitución Provincial, en cuanto manda a resolver las causas con fundamentación razonada y legal; todo ello en concordancia con los arts. 23 inc. a) de la ley 2434, en función de la tipicidad que le asigna el art. 24 de la misma ley en sus incisos a) realización de actos reiterados de manifiesta arbitrariedad, b) dejar de cumplir en forma reiterada obligaciones expresamente señaladas en las disposiciones vigentes y d) demostrar reiteradamente ignorancia inexcusable de la legislación vigente, por errónea aplicación de la misma, en autos resoluciones y/o dictámenes del mismo cuerpo normativo.

Así menciona la reiteración de actos de manifiesta arbitrariedad por parte del magistrado en el procedimiento de restitución de los menores (arts. 23 inc. a) de la ley 2434, en función del art. 24 inc. a).

También entiende configurada la causal de mal desempeño del artículo 23 inc. a) de la ley 2434, en función del artículo 24 incisos b) y d) , en lo relativo a dejar de cumplir en forma reiterada, obligaciones expresamente señaladas en las disposiciones vigentes y demostrar reiteradamente ignorancia inexcusable de la legislación vigente, por errónea aplicación de la misma. En este sentido dice que actuó contrariando las previsiones del artículo 77 de la ley 2430 y 59 del Código Civil.

En relación al segundo hecho agrega que el impedimento de la madre de ser oída, lo que implica su indefensión en los términos del art. 18 de la CN. y 22 de la C. Pcial.

Respecto del tercer hecho, considera afectados los incisos b) y d) del art. 24 de la ley 2434 , 23 inc. a), b) y d) de la ley 2434. y 18 CN. y 21 de la Constitución Provincial además de las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

2. Leída que fue la acusación, se resuelve la cuestión preliminar invocada por la Sra. Procuradora y el Sr. Presidente preguntó al acusado si esta dispuesto a efectuar sus descargos respecto de la acusación de la Sra. Procuradora General, a lo que manifestó remitirse a su declaración informativa ante el Dr. Marcó –causa penal y a la de fs. 192/200 de este expediente ,sin perjuicio del

derecho de ampliar. El Presidente le hace saber que puede prestar declaración o abstenerse de declarar sin que ello implique presunción alguna en su contra respecto del hecho por el cual se efectuara el requerimiento, pero que el debate continuará aún sin su declaración.

Seguidamente se recibe declaración testimonial a los Sres. Karina Marcela Santini, Domingo Santini, Claudia Vesprini, Debora Jadzinsky, Marcelo Omar Gomez, Víctor Fernando Monópoli, Ricardo Luis Gutierrez, Pedro Dario Mella, Jorge Antonio Kaiser, Felipe Omar Azanza, Juan Espinoza, Sandara R. Benito, Horacio Pagliaricci, Marcelo Octavio Corrales. Acto seguido el Sr. Presidente procede a incorporar la prueba oportunamente ofrecida por las partes y proveída a fs. 322/327.

3. Posteriormente se concedió la palabra en primer término a la Sra. Procuradora General para que manifieste su alegato. El Ministerio Fiscal consideró que con las probanzas rendidas en autos, se encuentran acreditados los hechos que formaron parte del requerimiento. Hace referencia a que La Procuradora General del Poder judicial de la provincia y por art. 41 de la ley 2434, formulo el alegato con las formalidades del C.P.P. en este enjuiciamiento político se ha traído a decisión la conducta del Sr. Juez de Primera Instancia al **Dr. Alberto Cariatore**. Tal como quedara expresado en el requerimiento de elevación a juicio, en dicha pieza las circunstancias están claras, se relacionan con un exhorto dirigido por el Sr. Juez Cañón de Santa Rosa (L.P.) en expte. 116/06 del Juzgado del Menor y la Familia de dicha Localidad, sobre restitución de menores. En dicho marco analiza la actuación del juez, desarrollados los días 7 al 10 de marzo de 2.006, señalando que en un mismo trámite surgirán diversas circunstancias que darán subsunción a los cargos y finalmente al reproche que se le formula. Se analiza a partir de las 10,30 hs. Del día 7/3/06 a partir de la recepción del exhorto en el juzgado N° 20 hasta el día 10 de marzo en horas en que se operó la entrega de los menores al padre. En ese marco temporal, se fueron desarrollando las conductas que luego define como cargos, base concreta de la imputación al magistrado, por lo tanto base fáctica del juicio, evitándose ocasionar mutaciones sustanciales para no contrariar el principio de congruencia, informando la posibilidad de ampliar la

normativa pero sobre los hechos ya determinados. Recuerda la Sra. Procuradora General en su alegato que los hechos tratados como cargos son los siguientes: 1ro. Omisión de dar intervención al Ministerio Pupilar, habida cuenta que el trámite del exhorto afectaba a dos niños, Federico y Facundo, ambos de apellido Corrales de nueve y cuatro años, que a la fecha citada vivían en casa de sus abuelos y su madre Carina Santini, tal omisión patentiza la omisión enorme del Art. 59 del Código Civil Argentino y el artículo 77 de la ley nº 2.430 –Ley orgánicas del Poder Judicial. Agrega que de lo dicho y de lo indagado tanto en instrucción como en el debate surge que se ha omitido, se ha soslayado algo más que el artículo 59 del Código Civil y el artículo 77 de la ley orgánica del Poder Judicial. Sostiene además que se han soslayado normas supra nacionales, **la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución Nacional que la receta para el orden interno, mencionando que la Convención citada es de carácter operativo, por lo tanto no necesita una ley para hacerla operativa, lo es “per se”**, desde que nuestro País la ha ratificado. La omisión de dar intervención al Ministerio Público que está llamado a intervenir en temas de menores, y tal como lo dicen los pactos, estos menores, son sujetos, no objetos de derechos. Esta omisión de intervención a la Asesora de Menores, que nuestro Código Civil manda a intervenir de manera necesaria y obligatoria. La ley orgánica del Poder Judicial habla de la intervención del Ministerio Pupilar en “todo” trámite, siempre corresponde que así lo haga. Considera además que si no se hubiere soslayado, si no se hubiere omitido la intervención de dicho organismo, esta gama de actos irregulares que se analizan, no se hubieren producido, no se hubiesen producido actos de arbitrariedad, no se hubiese tolerado que los niños no hubieren sido oídos. Es decir que aquel organismos hubiere actuado técnicamente en pos de evitar el desencadenamiento de estas circunstancias y los resultados nefastos. Esta omisión constituye un acto grave de arbitrariedad. Ello porque se ha desconocido la legislación, la Constitución y de las leyes que rigen específicamente el tratamiento de los menores, niños y adolescentes. **Con ello se desatendió el interés del niño, no se los oyó, se los privó de la defensa técnica que la ley manda, y no se generó un clima de diálogo y audición de lo que el niño quería o sentía.** Sostiene que surgió

del debate que hay circunstancias que no están señaladas puntualmente y no constan en los cargos de la imputación, por ejemplo el trato que les prodigó el Sr. Magistrado a los niños, cuando se presentó el día 7 de marzo en horas de la tarde en el domicilio de la familia Santini, instaurando un pseudodiálogo a través de una reja, para dar respuestas mecánicas, para explicarle “que lo que debía ser debía ser hecho, por las buenas o por las malas”, esto no es oír a los menores, ni por el resultado ni por el ámbito. La prueba rendida en la audiencia en el primer cargo es por demás elocuente, sumándole la documental arrimada por lectura, particularmente el Expte. 116/06 del Juzgado del Menor y la Familia de Santa Rosa, en el que tramitó el exhorto, de donde surge que no dio intervención al ministerio pupilar, cuestión que se ve reforzada por el testimonio de la Dra. Claudia Vesprini, Secretaria del Juzgado, en el que admitió que “ni siquiera fue considerado” esto de dar intervención al ministerio pupilar. A ello se suman los testimonios de Domingo Santini, de Karina Santini, del Sr. Víctor Monópoli, de la propia psiquiatra, ellos dan cuenta que debían oírse a los menores, respetando sus derechos, esto no fue ni siquiera considerado. Esto que pasó fuera del domicilio de la familia Santini, ese supuesto diálogo con gritos, discusiones, eso no es a lo que aspira la ley. Analizando los dichos del sumariado en relación a este cargo, dijo “que no era necesaria”, que la intervención del Asesor de Menores, debía ser dado por el Juez de La Pampa, en el trámite que allí tramita. Esta intervención debe darse en todo trámite donde esté en juego el interés del menor. Refiriéndose especialmente a lo actuado por el Sr. Juez de La Pampa, de los testimonios de Alejandro Corrales, la Dra. Sandra Benito, los dichos de la propia Sra. Karina Santini, surgen dichos datos, plantea la Procuración que ello no es materia de juzgamiento en este juicio, en el que estamos analizando la conducta de un Juez rionegrino, en el marco de un trámite en el Juzgado de Familia que involucraba a dos niños. En cuanto al **segundo cargo:** que fue descrito por el Instructor como “celada o engaño” convocando a la madre al juzgado y enviando a la Secretaria, acompañada por Corrales y presencia policial al domicilio de los abuelos para retirar a los niños comprendidos por el exhorto, estas circunstancias están plenamente probadas. El Juez con decreto simple dispuso esas dos

medidas, convocar a la madre por un lado y enviar a la Secretaria por otro lado a la vivienda. Se tiene probado por la Dra. Vesprini que esto fue analizado previo ver otras opciones como ir a retirar a los niños en el ámbito escolar. Tenemos el testimonio del Sr. Corrales, quien no obstante alguna parquedad para algunas respuestas, su elocuencia para otras y su soberbia, terminó admitiendo que estuvo reunido con el Sr. Juez, para evaluar si el Sr. Antonio Santini era un interlocutor válido. Menciona la acusación que el Juez estuvo reunido con una de las partes del juicio de La Pampa, para armar la estrategia para llevar adelante la restitución, el Sr. Corrales dijo que no era conveniente que estuviera la señora, no conocía el horario escolar de los niños, la Secretaria lo admitió, no sabían el horario de salida del niño menor, si iba al jardín o primaria. A partir de allí tiene sustento la celada o el engaño. La pregunta es si hubo algo que le impidió al magistrado convocar a los padres para definir el mejor modo, el menos traumático para realizar la restitución. Lo fueron diciendo: Corrales dijo que la Sra. Santini era irascible, no se podía armar una reunión con ella. Por ello armó esta estrategia diría desleal, no hacía las partes, sino al proceso. La testigo Santini dijo que sentía que el Dr. Cariatore era su enemigo, dijo que "lo sintió como un enemigo" porque advertía, percibía que el Juez Cariatore estaba inclinado a favorecer a la otra parte y a no escuchar sus argumentos. Una sensación bastante fundada a la luz de lo que estaba ocurriendo. Si la estrategia estaba dada para que se haga en un marco no conflictivo, la acusación se pregunta cómo es esto de citar a la Sra. Santini al Juzgado y en simultáneo, ejecutar la medida de restitución, la mujer no había comprendido lo que estaba ocurriendo y mientras tanto se estaba queriendo ejecutar la medida. En relación a este segundo cargo, surge del propio expediente y en el trámite del exhorto que la Sra. Karina Santini fue convocada por el Juez, no hay un acta que señale lo que el juez le informó, por otra parte el oficio que llevaba la Secretaria, estaba dirigido a la propia Karina Santini, y a los abuelos, pero la madre, estaba en el juzgado. Señala que eso de hacer entrega de los menores a la secretaria, como objetos, no estaba autorizada la funcionaria para hacer uso de la fuerza pública, no obstante ello el patrullero estaba allí, no se realizó en un ámbito de tranquilidad. El **tercer cargo**: debo señalar que esto ocurrió luego que el

día 8 de marzo pasara con “calma chicha”, también el jueves 9 de marzo en que el magistrado convocó a la siquiatra para que fuera a ver a los chicos. El cargo reza llevar adelante un allanamiento en horas de la madrugada violando el art. 21 de la Constitución Provincial, que autoriza este tipo de allanamientos en casos extremos. Está demostrado que en la madrugada del día 10 de marzo, se procedió a ingresar a la vivienda de la familia Santini, con la intervención de la BORA, los niños fueron sacados de su casa, la familia estaba entregada al descanso, los niños fueron llevados a la comisaría, se accedió a que la madre los viera, no los besara, les trajera ropas y que el Sr. Corrales se los llevara hacia La Pampa, junto a su tío y su pareja. El instructor reprochó la violación del art. 21 de la Constitución Provincial, por la nocturnidad. Esto iba más allá de no haber cumplimentado las circunstancias de excepcionalidad que marca el artículo. Aquí no había hecho punible, no había indicio vehemente de criminalidad, habían dos niños en casa de sus abuelos, bajo la custodia de la madre y no otra cosa. Aquí se realizó un allanamiento totalmente ilegal, de nada vale analizar estas circunstancias a la luz de otros procedimientos. Bien cierto es que la Constitución Nacional cuando habla de esta garantía habla de que serán reglamentadas bajo los modos, que son reglamentados por los códigos de procedimientos, penal y civil. El Código de Proc. Civil que rige en la provincia, tiene un solo artículo, el 214, donde se hace referencia a la facultad de usar la fuerza pública y proceder al allanamiento para llevar adelante un mandamiento de embargo. Cuando se intima de pago y de haber resistencia se requiere el auxilio de la fuerza pública para embargar y secuestrar “objetos”, cosas. Se lo mire del lado de la normativa del C.P.P. aquí se equivocó, no había indicios de criminalidad, no hubo sospechas de comisión de delitos de parte de esa madre. Surge de lo dicho por los policías, que nunca un juez les ordenó un allanamiento de estas características para restituir a los menores. Los policías deben estar convencidos que actuaron bien, estaban bajo las órdenes de un juez. Si lo miramos desde el Código Procesal Civil, no es esta la situación. Consiguientemente tiene por probado cada uno de los cargos y cada uno son las distintas parcelas que integran todo este reproche, ha valorado los dichos del Dr. Cariatore, sin encontrar ningún punto de su descargo que atempere,

aminore, la fuerza, la contundencia del cargo y la gravedad de los hechos. Ha también ponderado su actitud, en el desarrollo de su declaración frente al sumariante instructor, indicando que no ha detectado una sola frase de reflexión, lo cual hubiera obrado como atenuante, y así lo hubiera pedido al Consejo. No hubo un solo gesto, o palabra que diera la pauta que el Juez, se desdijera, sigue manteniendo que obró conforme lo facultaba la ley.

La calificación:

Los hechos se subsumen en el art. 199 primer apartado, a) y b) de la Constitución Provincial. Deberes del art. 21 y 33 de la Const. Provincial, asimismo en el art. 200 de la Constitución Provincial, que establece la fundamentación de las resoluciones judiciales. El juez puede estar eximido de una orden escrita de allanamiento, de lo que nunca está eximido es de dar una fundamentación expresa sobre la medida, todo ello con art. 23 a) de ley 2434, art. 24, inc. a) , b) y d) de la misma ley. Destacó en primer término la reiteración de actos de manifiesta arbitrariedad del magistrado que llevó a cabo para la restitución de los menores Corrales, lo cual encuadra en el art. 23, inc. a) de la ley 2434 y art. 24 de la misma ley. Puede un solo hecho constituir un ramillete de arbitrariedades, una detrás de la otra, puede en un solo acto, una sola actuación, puede también traslucirse el reiterado desconocimiento de la normativa legal, como ha sido este caso. Reitera en cuanto a la Jurisprudencia que rige, y las citas doctrinarias, las insertas en la Requisitoria de elevación a juicio. A los fines de cuantificar la sanción, al no encontrar atenuantes **y sí varios agravantes como la trascendencia pública**, el tiempo desde la primer medida y la última me indica que tuvo “tiempo” para reever aquello que comenzó mal, y entender que no hubo reflexión en el magistrado, que no hubo arrepentimiento; solicita en orden a lo que establece la Constitución rionegrina en el art. 222, en orden al art. 17 de la ley 2.434, que encontrándose los Consejeros facultados para sancionar en este tipo de enjuiciamientos a magistrados con una sanción mínima de suspensión que va de 1 a 60 días, y hasta el máximo de destitución para el cargo público, cuesta valorar la sanción,

puesta a valorar los cargos y la conducta. Nada le indica que pueda redimir esta falta, por consiguiente no ve que la sanción mínima, la de suspensión, lo lleve a “advertir” no solo del Consejo, sino de la sociedad que lo ha puesto en esta función de dirimir la vida y el destino de las personas. No ve que con la suspensión se logre que el juez reflexione y vuelva a sus funciones, renovado en sus posturas, y en los anhelos de entender y aplicar la ley. Solicitó por tanto que se le aplique la sanción de destitución con la consiguiente inhabilitación para el ejercicio del cargo público.

4. Por su parte alegó la defensa acerca de la complejidad de la causa y sus implicancias jurídicas, en segundo lugar mencionó que se trata del enjuiciamiento de un Juez, que en pie de igualdad con otras personas goza de las mismas garantías, estamos hablando de un magistrado de la provincia. Comienza su alegato con lo que considera una cuestión preliminar criticando el dictamen del Auditor de la Justicia, al que califica de libelo en el sentido estricto de la Real Academia, en el sentido como escrito despectivo, despreciativo, considerando que quien ha venido a poner luz en este proceso ha sido el Sr. Legislador, el Sr. Daniel Sartor y del Secretario del Consejo quienes en su función de instructor sumariante y secretario respectivamente han facilitado notablemente la tarea de la defensa y del sumariado. Sostiene la Defensa técnica del enjuiciado en autos que la actuación del señor sumariante le parece por demás correcta, aunque difiera de la apreciación final y de las acusaciones, manifestando que ve en el Auditor Judicial General una actitud que define como de “caza de brujas” que se vé en el trámite de insustanciales sumarios. De los más de once cargos que formula el Sr. Sumariante lo circunscribe a tres. Considera que de la mucha prueba, tiene la impresión que las aquí tratadas son cuestiones casi “de puro derecho”, escapando quizás de ello el segundo cargo, Considera además que la requisitoria constituye nada más y nada menos “un sofisma”, por cuanto cuando se quiere demostrar lo indemostrable, se acude a un sofisma, opinando que eso fue lo que inconscientemente ha efectuado la Sra. Procuradora. Menciona que se han puntualizado artículos de la Constitución Provincial, de la Nacional del Código de Procedimientos Civil y Penal. Explica al respecto que la actuación del Dr. Cariatore

se movió y estaba regida por los límites de la Ley Convenio –Ley Nacional N° 22.172, esa entre sus artículos prevé que quedan derogadas las normas locales que se opongan a dicho convenio y relata el procedimiento para la tramitación de oficios. Sostiene que hay autores que han llegado a decir que “hasta hay que alejar el procedimiento”. Propone ver hasta qué punto la realización de una medida de ejecución que lleva a cabo un juez por una orden dictado por un juez de extraña jurisdicción es obligación. Se pregunta en dicho marco si la intervención del Asesor de Menores, tal como lo dijo la Sra. Procuradora, es necesaria, y en cuanto a la jurisdicción, se pregunta también sobre los atributos de la misma, qué es lo que el Juez mantiene, y qué es lo que delega. Indica que el Sr. Juez que libra un exhorto, ejerce la plena jurisdicción y que delegó una medida de ejecución ya dispuesta en su jurisdicción. Recibido el oficio, da fé en esta provincia el Dr. Cariatore, también siguiendo el procedimiento que manda la ley, examinó que no afectara el orden público y dictó las medidas necesarias para ejecutar el pedido del Sr. Juez de La Pampa. Eso fue lo que hizo el Sr. Juez Cariatore. Habla de la jurisdicción extendida, citando jurisprudencia y manifiesta en coincidencia con aquella, que es innecesario dar intervención al ministerio público cuando la medida dispuesta por el Sr. Juez de La Pampa violara el orden público local. Sostiene que el exhorto es una delegación parcial de algunos atributos de la jurisdicción, o sea la facultad de decir el derecho, y dentro de esos atributos, se encuentra la notio, la vocatio, algunas veces la cohercio y la executio, pero no la facultad de juzgar, eso no se delega, el juez competente no delega esa facultad. El juez exhortado no actúa por ejercicio de facultades propias, solamente lo hace al delegar el diligenciamiento de la rogatoria, al exceder su competencia o por afectar el orden público. El juez que exhorta, extiende su jurisdicción y algunos actos son realizados, fuera de su territorio. El juez exhortado debe limitarse a analizar si el pedido reúne los requisitos de la ley. Cree que es necesario que se analicen las dos situaciones. Se pregunta con qué andamiaje jurídico procede el juez y sostiene luego que en principio con la ley 22.172, y localmente veremos qué norma corresponde aplicar. La intervención de la Asesora de Menores, qué dice el Código Civil Argentino en su art. 59 existe poca jurisprudencia (CSJNac. 343/tomo

34, rubro Competencia, en causa Ludueña, Néstor Fabián del 4/2/99, tomo 2, Pág. 90 del Registro de la Corte Suprema). Se pregunta luego hasta dónde es tan absoluto el principio de la actuación de la Asesora de Menores, que es endilgado por la Sra. Procuradora. No cree que sea un principio absoluto. Esa intervención correspondía a la Jurisdicción de La Pampa, donde se tiene presente la Convención, y la ley regulatoria. El Código Civil dice bajo pena de nulidad. Y también se dice en el fallo del Superior Tribunal de Justicia ("Sanhuesa"), también refiere que lo ha dicho la Dra. Elena Higton de Nolasco, quien dice que la nulidad en estos casos es relativa, citando jurisprudencia de la Cámara Civil del año 1963 y reiterada a través de los tiempos, nulidad que considera susceptible de saneamiento, siempre que no se siga perjuicio en los menores. Citado en el fallo Sanhuesa del Superior Tribunal de Justicia. Se expone sobre la función del asesor de menores, quien pide la protección del representado por el órgano jurisdiccional, y se pregunta cuál es el órgano jurisdiccional, quien ejecuta un acto, o quien lo dicta. Por lo tanto el Dr. Cariatore se ajustó a esa normativa. Tomando como base el Tratado Internacional de restitución de menores, que nuestro país lo ha ratificado, no se advierte la necesidad de dar intervención al ministerio pupilar en el país exhortado, si recién cuando el menor es devuelto al país. Si el Tratado no lo exige, se pregunta por qué se le exige al Juez Cariatore. Sostiene que aquí hablamos de una causa tramitada en la Provincia de La Pampa, no de un trámite penal. En ninguna de las normas de referencia, Convención de los Derechos de los Niños, la ley que la reglamenta, el Convenio de La Haya, en ninguna advirtió ninguna recomendación. Si hubiera obrado dando vista a la Asesora de Menores, no tiene sentido. Refiere sobre la conceptualización del mejor interés del niño y analiza la causa judicial tramitada en La Pampa. Explica que a su juicio aquí no hubo mal desempeño, ni desconocimiento del derecho del encartado. En canto a la "celada o engaño", expresa que la Sra. Procuradora dice que el Juez le tendió una celada a la señora, y que **aquella omite que el juez** no tiene ninguna obligación a la luz de la legislación vigente para informar a la señora, no fue "una mera charla" como dijo la Acusación, fue una charla informativa de tres horas, que no se labró acta por que ello no era necesario. Expresó que no está previsto que

el Sr. Juez hiciera reuniones de mediación, que a su vez tiene otros parámetros, eso requiere un determinado grado de madurez. Se pregunta Cuál era la obligación del Sr. Juez de hablar con los niños. **La resistencia obstinada de la madre, de la familia, de entregar a los niños,** dónde iba a hablar con ellos. Todo esto se toman como agravantes, y no está previsto en la ley, **la celada es una estrategia.** Hay una cautelar que se dicta inaudita parte, sin dar vista a la contraparte, está dentro del marco de las medidas cautelares, ello será para la causa que luego tramite, no tenía porqué observar los documentos, la sentencia, todo lo que le enseñó la Sra. Santini. No debía observar nada, esto se regía por la ley convenio. Esta situación es producto nada más que de las reiteradas conductas de sus padres que siguen disputándose a esos niños, bajo una actitud irracional de los padres. Expresa que las víctimas, son los niños, y ahora el Dr. Cariato. Pide al Consejo se preste atención al expte. 192/06 de La Pampa, en el que existen dictámenes de dos psicólogas que asisten a los niños, y que a partir de allí se vea si el Juez afectó o respetó el mejor interés del niño. **Recuerda que la madre se apropió de los menores en Santa Rosa, en presencia de la abuela, que lo cargó en un auto y se los trajo, cuando había cedido la tenencia de hecho, y los niños vivían con el padre desde el año 2.004,** manifiesta que la Sra. Santini ha mentido, que los niños vivían con ella. Se pregunta si era función del Juez Cariato proteger a los menores, respondiendo negativamente, y formula la aplicación analógica a la actuación de Cariato de la doctrina del fruto del árbol envenenado. Sostiene que no se podrá llamar a la reflexión a esos padres, pero tampoco se le puede atribuir la responsabilidad al Dr. Cariato. El tercer hecho, el allanamiento irracional, arbitrario, y demás calificativos endilgados por la requisitoria fiscal considera que se contradicen, se comienza diciendo "los requisitos del código procesal penal"... y se concluye diciendo que se aplica el C.P.Civil, en temas penales. Los jueces civiles se van a ver impedidos de allanar domicilios por los dichos de la requisitoria, pero se olvidó la Sra. Procuradora de los arts. 15 a 18 del Código Civil. El juez no puede dejar de juzgar so pretexto de insuficiencia u oscuridad de las leyes, pero resultan interesantes, los demás artículos. El Código Civil habla de principios de le leyes análogas, no de las leyes.

El art. 21 de la C. Provincial, es de plena operatividad, esta constitución fue dictada con posterioridad al C.P.P. y al C.P.C. y C. La Doctora lo encuadró en el art. 21, esto no es una cuestión penal, es una cuestión civil, la Constitución mucho se circunscribió a la cuestión penal, dando carácter de excepcional al allanamiento nocturno, con la presencia del Sr. Juez. Considera que han quedado muy claras las razones de peligro que obligaron a tomar esta medida y de esta manera, un operativo de cuarenta segundos, sin consecuencias, cuando se logra la restitución de los menores, preguntándose si fue en perjuicio de ellos, si eran motivos infundados la existencia de armas, las amenazas hacia su persona, las de la familia Santini, las de la Sra. Madre que dijo antes de entregártelos "los mato y me mato yo", considerando imposible un arreglo pacífico ante posiciones irreductibles, qué otra intervención con un grupo que no sea perfectamente preparado para realizar procedimientos que no es "de represión" como lo dijo la Dra. Piccinini. No es necesaria la orden de allanamiento, ya que el Doctor cumplió el requisito de la Constitución lo hizo personalmente. En la causa que se le sigue al Dr. Cariato, el Sr. Con Juez, ha dictado el Sobreseimiento del personal policial implicado, en ese expediente el Dr. Cariato brindó una declaración explicativa. En ese auto que está agregado, el Dr. Marcó aseguró que la culpable de todo esto es la Sra. Santini, pero en lo inmediato en relación a ese delito, al Dr. Cariato, no está ni siquiera en estado de sospecha. Se pregunta si precisaba la orden y responde que no, pues estaba presente, tenía motivos, el alto riesgo no era para los funcionarios actuantes, era para los menores. La motivación estaba ínsita en la persona del juez. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en otros temas, manifestó que la formalidad de orden de allanamiento en estas situaciones son de un riguroso formalismo. Cree haber justificado que no fue una orden ilegal, ni arbitraria la decisión del Dr. Cariato, resume su carrera judicial, menciona cierta afectación luego de sancionada la acordada que le extiende la competencia a juez de familia. Finalmente solicita la absolución de culpa y cargo, libre y completa del Dr. Cariato.

5. Concluida esta etapa de alegatos el Sr. Presidente cede la palabra al Dr. Cariato para que haga uso de su derecho de agregar algo más en este debate, a

lo que dijo, que este proceso lo llena de vergüenza, que ha venido trabajando desde el fuero penal desde el año 87 y puesto el mayor esfuerzo, pudiendo lograr el placer del trabajo y que encima de ello le paguen. Pero a partir de que por el diario se enteró que lo habían designado como Juez de familia, perdió el placer, se llenó de congojas, temores, dudas, siguió trabajando igual. De todas maneras lo ha hecho de mejor manera, y conforme las normas que rigen el fuero. Después de estos hechos ha tenido una profunda y medular reflexión sobre lo pasado, ahora siempre le queda la duda lo siguiente, en las medidas cautelares, que se caracterizan por las urgencias, el que adopta la decisión siempre está en riesgo de equivocarse. Siempre queda la duda si lo hecho está bien o no. Es así.

6. Cumplido el procedimiento de deliberación que manda la ley, corresponde a este Consejo de la Magistratura constituido en pleno dictar la sentencia prevista por los artículos 38 inc. e), 44 y 45 y ccdtes. de la precitada ley.

7. A los cargos formulados, los Sres. Consejeros por unanimidad dijeron:

7.1. Primer hecho reprochado.

Materialidad y autoría.

En el marco genérico de la tramitación de la rogatoria mencionada supra, se atribuye al sumariado la omisión de dar vista o intervención al Ministerio Pupilar, ello por encontrarse dos menores en el centro de la diligencia solicitada (previsiones de los artículos 59 del Código Civil y artículo 77 de la Ley 2430).

Así, dicha omisión es admitida por el Dr. Alberto Guido Cariato en su declaración explicativa de fs. 44/46, cuando dice que "...tampoco le dió participación al ministerio pupilar y no sabe como se le pasó tal detalle...", posteriormente en su descargo de fs. 192/200, ratificado en sede de debate, dice que respecto "...de la cuestión de la Asesora de Menores, su intervención debe hacerse en el expediente principal, no en la diligencia propiamente dicha, que en el caso debió haber tenido participación en el expediente de La Pampa. El artículo 77 L. 2430 describe las funciones de la Asesora de Menores y de acuerdo a éste, se entiende que debió haber intervenido tal funcionario en La Pampa. Que tuvo acceso al

expediente de la restitución que tramita en La Pampa, según la copia que le facilitó Corrales, no pudiendo decir si en ese expediente intervino la Asesora de Menores...”. Agrega que procuró oír a la madre, con quien mantuvo entrevista durante horas y oír a los niños, lo que no pudo ser por como se dieron los acontecimientos. Si la madre hubiese aceptado traer a los niños al Juzgado, hubiera podido tener contactos con ellos. También explica que el motivo por el que no tuvo en cuenta las razones dadas por uno de los menores negándose a ir con su padre, es que éstas le eran transmitidas insistentemente por un adulto quien le decía que debía contarle

Como se advierte, la ausencia de notificación a la Asesora de Menores para el procedimiento de restitución con su consecuente falta de participación no es discutido por el sumariado, lo que evita el tratamiento del resto de la prueba respecto a tal extremo, el que así se tiene acreditado. Se expresan diferentes circunstancias fácticas para justificar lo actuado

7.2. En relación al segundo hecho reprochado:

Materialidad y autoría.

Recordamos que se trata de la celada o engaño en la estrategia implementada por el magistrado sumariado, siendo que mientras convoca a la madre de los menores en cuestión al Juzgado, de modo paralelo comisiona a la Secretaría del Juzgado para que retire los menores del domicilio en que se encontraban, impidiéndole a aquella el derecho a ser oída.

Ésta es acreditada mediante la declaración testimonial de la Dra. Claudia Elizabeth Vesprini Secretaria del Juzgado quien a fs. 48 y en el debate oral da cuenta del procedimiento mencionado, esto es la decisión del sumariado de convocar a la madre de los menores al Juzgado para notificarla de la medida y que al mismo tiempo la testigo se constituyera en el domicilio de los abuelos con al finalidad de obtener la restitución de los menores, estando autorizada para hacerlo mediante la fuerza pública. Lo que así se hizo.

Dicho testimonio es corroborado por lo manifestado por la Sra. Karina Santini madre de los menores a fs. 25/30, 189/191 y en el debate oral cuando refiere a tal tramite, esto es que es convocada al Juzgado por el sumariado y que desde ahí se comunica telefónicamente con su padre quien le narra que en esos momentos había arribado al domicilio la secretaria mencionada, acompañada de patrulleros y munida de una orden judicial para llevarse a los niños.

Si bien lo anterior es suficiente a los fines de la materialidad descripta, es dable sumar lo que surge de la prueba instrumental proveído de fs. 53 del expediente 116/06 por el que el Juez dispone la convocatoria de la madre y la orden de entrega a los moradores de la vivienda, a quienes se dirige "...por donde corresponda..." para entregar los menores a la Secretaria.

7.3. En relación al tercer hecho reprochado:

Materialidad y autoría.

Tercer Hecho: Llevar adelante un allanamiento en horas de la madrugada en el que los menores fueron retirados de los brazos de su madre merced a una decisión arbitraria y a la que se llega y da trámite con ostensible violación de distintas previsiones legales, muchas de ellas expresas y de rango constitucional, como el artículo 21 de la Constitución Provincial que permite, sólo en circunstancias de extrema excepcionalidad, el allanamiento en horas nocturnas, exigiendo una fundamentación que lejos está de poder brindar el magistrado.

Este hecho es admitido por el sumariado en su declaración de fs. 195, el que, en síntesis, expone lo que a su entender implicaba una situación de riesgo para los menores, puesto que el Comisario Gomez la informa de la posibilidad de un intento de fuga de la familia, asimismo puesto que el dicente fue amenazado por Claudio Santini "yo a vos te voy a volar la tapa de los sesos", tomando esto como una amenaza seria, atento la referencia que le hiciera el Dr. Edgardo Vega, abogado de la policía. Suma el secuestro de los niños en La Pampa a quienes los trae su madre la Sra. Karina Santini en un auto. También tenía el informe del oficial Mella en que esta manifestaba que antes de entregárselos al padre mataba

a los menores y se mataba ella. Todo lo que indicaba una situación de riesgo. Por eso decide utilizar la fuerza para cumplimentar la restitución y por consejo del Comisario Gómez se recurrió al BORA por ser este un cuerpo especializado. También requirió la presencia de una ambulancia, y que para evitar una reacción violenta dispuso que la diligencia se cumplimentara en las primeras horas de la mañana cinco de la mañana. Como concurría personalmente no suscribió ninguna resolución autorizando a llevar cabo la medida. Fue acompañado del personal del BORA, el Comisario Gómez y personal femenino. Por último, en lo que interesa, relata el procedimiento del ingreso a la casa donde se encontraban los menores. Es innecesario abundar sobre los elementos que acreditan el hecho, estos son numerosos, podrían sumarse las declaraciones testimoniales de quienes intervinieron en él, los documentos que instrumentan la decisión, etc. Si conviene poner de manifiesto lo declarado por el sumariado, pues además incluye los motivos justificantes de su accionar, los que serán evaluados infra.

8. Calificación de los hechos establecidos.

8.1. Primer Hecho.

Se señala en primer término que en el precedente "DE LAS CASAS", Se. 190/05, el STJRN. recepta la doctrina de la CSJN del fallo "MALDONADO" (Se. del 0712005, M. 1022, XXXIX), en la advertencia de un bloque de constitucionalidad específico para la temática del menor víctima o en conflicto con la ley penal, el que es de insoslayable aplicación e interpretación para la temática que nos ocupa. Se trata de normas operativas, aún en defecto de la legislación interna.

"Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar 'la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37,39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD)' ... consecuentemente, en la actualidad, el sistema

jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores" (CSJN, "MALDONADO", Se. citada supra, considerandos 33 y 34).

“Es dable destacar que, aun en defecto de tal legislación, las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos asumidas por nuestro país son inmediatamente operativas, en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas menores de edad (art. 3º Convención del Niño), según ha declarado la Corte Suprema en los precedentes del 140695 (LL 1996A,///8. 260); 021295 (JA 1996III436); 151098 (LL 1998F, 236), entre otros, en el sentido de que, en tanto no medie una reglamentación adecuada, corresponderá a los órganos judiciales determinar el alcance de los derechos y garantías en juego en el caso concreto sometido a su consideración”.

“El carácter operativo de tales tratados y de los arts. 18 de la Constitución Nacional y 23 de la Constitución Provincial ha sido reconocido por este Superior Tribunal en el fallo "INCIDENTE" (Se. 48/03), donde se expresó que sería "... inconstitucional impedir a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes y los tratados, a las que las autoridades de cada estado están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones y leyes... La inexistencia de la reglamentación legislativa no obsta a la protección de la integridad física y psíquica de los detenidos, pues en materia de derechos humanos ello no debe ser requisito indispensable...”.

“Es que, conforme lo sostiene la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay en su voto en el precedente que cito al principio del presente, los tribunales

argentinos deben cumplir con los estándares exigidos por los instrumentos internacionales aprobados por el país, "... de modo tal que sus fallos puedan resistir el desafío de su impugnación ante instancias competentes para fijar la responsabilidad del Estado argentino (doctrina de Fallos: 318:1269, Considerando 21 y su cita) (ver considerando 22)".

"Agrego que tales compromisos internacionales del Estado argentino y la recepción constitucional de los tratados de derechos humanos, en lo que interesa la Convención sobre los Derechos del Niño, han provocado una internalización de los derechos del niño en muy diversos aspectos, de lo que es un claro ejemplo aunque se excluye de su tratamiento al régimen penal de la minoridad, es decir, cuando el niño hubiera cometido un hecho por el cual se le pudiera imputar la comisión de un delito, la Ley N° 26.061 titulada "Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes" (Adla, Bol. 2905, p. I), uno de cuyos aspectos fundamentales es el reconocimiento del niño como sujeto de derecho, clara superación del anterior modelo del sistema tutelar, que sólo admitía la voluntad de los representantes legales del menor."

En este orden de ideas, y señalado lo anterior se advierte el error de actividad del sumariado al no conceder vista del trámite del exhorto para la restitución de los menores a la Asesora de Menores ello conforme lo mandan los artículos 59, 61, 62, 397 del Cód. Civil, 77 de la Ley 2430 según el cual los Asesores de Menores e Incapaces son parte legítima y esencial en todo asunto judicial en que se trate de la persona o intereses de menores e incapaces y 12. inciso 2do. de la Convención de los Derechos del Niño, en tanto exige dar al menor la "...oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que (lo) ...afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

Ocurre que la Asesora de Menores tiene la representación promiscua, necesaria y complementaria del niño, esta puede revestir carácter autónomo, asumiendo su representación directa, cuando mediere una disparidad de intereses entre los que asisten o defienden los padres, tutores o curadores y los que pertenecen al

incapaz, o cuando mediare una grave y notoria omisión funcional del representante necesario susceptible de frustrar el derecho de su pupilo.

Asimismo la ley 26061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (ADLA, Bol. 29/2005, p. 2) "da cumplimiento al art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto los Estados parte se obligaron a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la convención referida. Son relevantes los lineamientos de la nueva ley en tanto: "... a) Dispone la aplicación obligatoria, en las condiciones de su vigencia, de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todo acto decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza, que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad (art. 2º, primer párrafo). b) Declara que los derechos y garantías de los sujetos comprendidos en la ley, son de 'orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles' (art. 2º, segundo párrafo). c) Define al interés superior del niño como 'la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley' (art. 3º, primera parte)... e) Determina el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, como también se impone a la 'autoridad competente' escuchar al niño 'cada vez que así lo solicite' (art. 2º segundo párrafo, art. 3º, inc. b); art. 24, incs. a) y b); y art. 27, inc. a)... g) Ordena que 'Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros' (art. 3º, 'in fine')... l) Preceptúa que el niño tiene derecho a 'ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia', y que 'en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine' (art. 27, inc. c)" (ver Mauricio Luis Mizharni, "Los derechos del niño y la ley 26061", en LL, 161205, pág. 1).

Esta ley sólo excluye de su tratamiento al niño que haya cometido un hecho por el cual se le pueda imputar la comisión de un delito (Néstor E. Solari, "El derecho a la participación del niño en la ley 26061. Su incidencia en el proceso judicial", en LL, 291105, pág. 1) y no distingue en cuanto a la naturaleza de los procedimientos en

los que los derechos y garantías deban observarse, "... con lo que aprehende naturalmente a los administrativos como a los judiciales, y dentro de éstos a los civiles ('lato sensu') como a los penales" (Jorge L. Kielmanovich, "Reflexiones procesales sobre la ley 26061", en LL, 171105, pág. 1)." (voto del Dr. Balladini in re "GILIO", Se. 20/05).

En este sentido la actividad procesal de la señora Asesora de Menores no podía ser obviada ante los evidentes intereses contrapuestos entre los representantes de los menores, nada menos que en una temática vinculada a su restitución vía exhorto, con la negativa de la madre a su cumplimiento.

El Asesor de Menores es "... parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación" (art. 59 C.C.), con lo que no se encuentra sujeta a la restricción señalada y puede ejercer desde el inicio todos los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles según la ley procesal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, N° 2430, art. 77 inc. k), que la facultan a intervenir como parte legítima en todos los procesos penales donde haya menores e incapaces, cuyos representantes legales fueran querellantes o querellados por delitos contra las personas o bienes de incapaces.

Dicho criterio de la representación legal, necesaria, dual y conjunta es ratificada en el precedente "SANHUEZA", STJRN. Se. 102/06 y cobraba toda su importancia ante la imposibilidad mencionada por el Sr. Juez de oír al menor de oírlo por sí mismo siendo este un derecho de carácter personalísimo, consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño e incorporada al texto de la "...Constitución de la Nación Argentina por la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22, párr. 2°. Se trata de una norma que tiene operatividad, actuando en consecuencia como directiva expresa en toda cuestión que pueda afectar al niño, y que enerva la aplicación de toda otra disposición que se encuentre en colisión con aquélla. (conf. GROSMAN, Cecilia «Significado de la Convención sobre los derechos del niño en las relaciones de familia», LA LEY, 1993B, 1091; BIDART CAMPOS,

Germán, «La aplicación judicial de la Convención sobre los Derechos del Niño», E.D., 150515; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «El Derecho Constitucional del menor a ser oído», en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 7, Derecho Privado en la reforma constitucional, Rubinzal Culzoni Editores, p. 168 y sigtes. y CSJN, «in re», «Wilner c. Oswald», sent. del 14/06/1995, LA LEY, 1996A, 260' (CSJ Tucumán, Sala Civil y Penal, Sentencia N° 775, de fecha 011004).".

"Sobre esto último, también se ha dicho que el Ministerio de Menores, 'a partir del artículo 59 del Código Civil... puede concluir como portavoz del niño en el artículo 12 de la Convención, según el antecedente jurisprudencial [de la CSJN, 1VII1997 in re «Quintana, Elsa»], que reitera el criterio que se sentara en el... muy conocido «caso Oswald», donde se desestimó un planteo de nulidad de sentencia por no haberse escuchado a la menor, con fundamento en que había sido entrevistada por el [Defensor del Niño] en su carácter de asesor de menores de Cámara...' (Alejandro C. Molina, 'La promiscuidad de un representante y el defensor del niño', publicado en 'Derecho de Familia', N° 13, Abeledo Perrot, págs. 110/111).". (v. in re "SANHUEZA", cit. supra).

Ocurre, entonces, que el error procedimental del magistrado es insoslayable pues privó al menor de su representación, en circunstancias fácticas que la hacían ineludible pues este no había podido ser oído y por tanto partícipe del proceso que lo tenía como principal involucrado, ello pues la estructura fundamental sobre la cual se edifica la filosofía de la presente ley (26061) radica, ciertamente, en la participación del niño. El eje fundamental de la ley se estructura en el reconocer a todo niño un sistema de derechos y garantías (Natalia S. Stornini, "Derecho del Niño a ser oído, su participación en el proceso en el marco de la Convención de los Derechos del Niño", publicado en DJ. 05/07/2006, págs. 751 y sgtes.).

Y los "caracteres de los derechos protegidos (...) se caracterizan por su 'máxima exigibilidad' (art. 1ro.); son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles (art. 2) (...) El principio de sustentación de los derechos es el interés superior del niño, según el ar. 1 de la ley 26061, definido en su art.3 como 'la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos' en la ley (...) El principio rige en todas las instituciones jurídicas

vinculadas al niño y al adolescente y es prioritario para los organismos del Estado (art. 5). (...) Además de la aplicación obligatoria de la Convención en sus condiciones de vigencia, constituye un medio protector dentro de la ley 26061, la titularidad de todos los ciudadanos del derecho a interponer las acciones administrativas y judiciales pertinentes a fin de restaurar el ejercicio y goce de los derechos a través de medidas expeditivas y eficaces (art. 1ro.)” (Mendez Costa, María J. Murga, María Eleonora “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino”, publicado en La Ley 2006A. 1045).

Se suma que, el artículo 27 de la ley 26061, bajo el título de “Garantías Mínimas del Procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos”, dice : “Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño , en lo tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite...b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez o adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya...”.

En este orden de ideas, los derechos y garantías de ser oídos y de tener una representación legal adecuada es parte de la tutela judicial efectiva reconocida a los niños en cualquier trámite procesal que los afecte.

Entre estos obviamente no puede descartarse el sometido a análisis, por tratarse de un exhorto que ordena su restitución, por lo que el magistrado debió agotar las instancias para procurar oírlos por sí o por el asesor de menores, atento la negativa de su representante necesario a cumplir con la orden judicial.

Se resalta que tales derechos y garantías, como se dijo, se caracterizan por su "máxima exigibilidad", son irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Así deben ser descartadas las argumentaciones ensayadas respecto de la obligatoriedad del cumplimiento del exhorto ello pues la temática vinculada a los derechos del menor en el caso a ser oído y a su adecuada representación son de orden público y el STJRN tiene dicho que "el acto cumplido en otra jurisdicción... puede ingresar válidamente a este proceso en la medida en que se encuentre sujeto a las formas procesales del lugar de su cumplimiento, y que las mismas no resulten violatorias de principios fundamentales establecidos para la forma ritual a que debe sujetarse el tribunal que sin haberlo cumplido, lo valora. Esto debe entenderse dentro de la previsión del art. 7º de la Constitución Nacional" (ver el dictamen del Procurador General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "V., D. T. s/robo agravado por el uso de arma", causa 594 (V 199.XXII. R.H.), solución compartida por la CSJN, en ED. T. 137185, y el comentario favorable al fallo de Bidart Campos, "Prueba pericial rendida ante un tribunal de jurisdicción extraña al que interviene en un proceso penal"). Del mismo modo se expresa Franciso D'Albora en "Código Procesal Penal de la Nación" (pág. 67).

"El ingreso de actos urgentes e irreproducibles a la jurisdicción local, provenientes de la justicia de excepción, se encuentra condicionado al cumplimiento de las formas rituales vinculadas con el orden público a que debe sujetarse quien los recibe luego de asumir la competencia entendida también como jurisdicción (ver Leone, "Tratado de Derecho Procesal Penal", T. I, pág. 342)". Por lo tanto el Juez exhortado siempre puede revisar el cumplimiento del orden público del trámite del exhorto, en el caso el de haberse oído al menor o a su representante promiscuo antes de cumplimentarlo.

No puede argumentarse sin más implica un total desconocimiento del derecho que el juez exhortado se encuentra imposibilitado de juzgar la procedencia de las medidas solicitadas en la rogatoria, limitándose a examinar las formas del exhorto, cuando es nutrida la jurisprudencia y doctrina, es de conocimiento jurídico común, que este principio general no debe interpretarse en forma rígida, sino con un

alcance armónico y amplio con las restantes disposiciones, vg. cuando la medida resulte manifiestamente violatoria del orden público, o afecte palmariamente la moral o las buenas costumbres, si vulnerara de modo repugnante a la Constitución Nacional, etc., para lo que basta leer el artículo de doctrina y las citas de Gualberto Lucas Sosa, Facultades del Tribunal Exhortado, en JA. Zona 1, tomo 11 (Sec. Prov.), p. 579 y ss.). Y en este sentido carece del más mínimo andamiaje la postura que el derecho a ser oído se encuentra a cargo del Juez exhortante ello pues tal responsabilidad le cabe al juez exhortado conforme lo establece el artículo 10 de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, aprobada por ley 25358, BO. 12/12/2000 (de aplicación analógica al presente caso) que dice en cuanto al procedimiento para la restitución que "...Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 9 y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuera procedente, dispondrán sin demora su restitución. En el caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del menor...".

Asimismo el artículo siguiente dice que "La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre. ...b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquella, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión."

Luego los artículos 12 y 13 establecen un trámite para presentar la oposición fundada y el plazo para adoptar la medida requerida.

Lo anterior permite apreciar el incumplimiento por el sumariado del orden público en el trámite del exhorto y los errores en su actividad al no garantizar la tutela judicial efectiva de los menores involucrados, puesto que por el interés contrario

del representante legal no los pudo oír, tampoco a su representante promiscuo, siendo esto indispensable para ello. De la reseña normativa arriba desarrollada no puede pasar inadvertido que es necesario oír al menor, que hay una instancia de oposición fundada, y que el juez exhortado puede negarse a la rogatoria por los motivos expuestos.

Ahora bien, en el plano disciplinario, la comisión de tales irregularidades encuadran en la causal de mal desempeño de la función por graves desórdenes de conducta prevista en el art. 199 inc. 1ro. ap. a) y d) de la Constitución Provincial. Se encuentran incumplidos, en concordancia con los sostenido por la Sra. Procuradora General los artículos 21, 33 y 200 de la Constitución Provincial, en cuanto manda a resolver las causas con fundamentación razonada y legal; todo ello en concordancia con los arts. 23 inc. a) de la ley 2434, en función de la tipicidad que le asigna el art. 24 de la misma ley en su inciso f) Dejar de cumplir las disposiciones contenidas en las normas de orden público.

8.2. Segundo Hecho.

Constituido por la estrategia llevada a cabo por el Magistrado en cuestión, consistente, como se dijo, en convocar a la madre de los niños al Tribunal y al mismo tiempo comisionar a la Secretaria al domicilio donde se encontraban dichos niños para que los retire y así cumplimentar la medida ordenada por el exhorto proveniente desde La Pampa.

Al respecto, cabe decir que tal maniobra llevada a cabo por el Dr. Cariatore, muestra a las claras que éste nunca tuvo en miras establecer un canal de diálogo, de negociación con la madre como hubiese sido pertinente y así se aconseja en estos casos, en procura del entendimiento y la creación de un marco propicio para llevar adelante el procedimiento.

Su intención quedó demostrada y lejos estuvo de escuchar las razones o fundamentos de aquella, puesto que, como se dijo, al tiempo que se la notificaba del procedimiento, la Secretaria procuraba en el domicilio familiar, retirar a los niños quienes se encontraban con sus abuelos maternos. Así, parece imposible de

creer, como alega el imputado, que tal disposición, era en procura del cumplimiento de la medida de la forma menos traumática posible.

Tenía a su alcance la posibilidad de convocar a una audiencia a los padres de los niños, puesto que el Sr. Corrales se encontraba siguiendo de cerca el cumplimiento de la diligencia, tanto en el Juzgado como en el domicilio de la familia Santini (v. declaraciones de Cariatore, Vesprini, Mella), pero no lo hizo, descartando cualquier posibilidad de abrir una instancia de negociación y diálogo, todo en vistas de que se encontraban en juego los intereses de dos niños. Si bien no escapa del análisis, **que lo que se perseguía era el cumplimiento del exhorto proveniente de La Pampa,** por consiguiente, la restitución, nada obstaba a que el Sr. Juez, en uso de sus facultades y en el marco de su jurisdicción, hubiera propugnado al entendimiento, al diálogo y lo que es más importante aún, hubiera asegurado la posibilidad de oír a los niños, escuchar su opinión y por que no, tenerla en cuenta. Nada de esto ocurrió.

El Magistrado nunca debió omitir oír la opinión de la madre, con el fundamento de que la misma debía expresarse en el expediente de La Pampa puesto que tenía a su alcance las herramientas para establecer un canal de diálogo que redunde en todo caso, en la posibilidad de cumplimentar la medida en otras condiciones, asegurando el ejercicio pleno de los derechos que a cada uno de los protagonistas (madre, padre y niños).

Quedó demostrado que no se respetó, con tal estrategia, la Patria Potestad de la madre sobre sus hijos, ya que al intentar llevar a cabo el procedimiento comisionando a la Secretaria en el domicilio familiar, sabiendo que allí no se encontraba la madre de los niños porque precisamente se la había hecho concurrir al Juzgado, se privó a esos niños del ejercicio de sus derechos, por sí o a través de su madre, quien estaba facultada para ejercerlos en su nombre.

Las normas que regulan la patria Potestad son imperativas y sus preceptos son de orden público, de modo tal que, de acuerdo lo señala Jorge Antonio Mazzinghi en su Tratado de Derecho de Familia, la misma "... debe ser ejercida teniendo en cuenta primordialmente el interés del hijo, según ha sido siempre la comprensión

vigente en el Derecho Argentino, respaldada hoy por las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño” (Tomo IV p. 232).

La Convención sobre los Derechos del Niño, como se dijo, incorporada a nuestra Carta Fundamental, implica la vigencia de normas positivas internacionales, las que establecen “principios valiosos”, en el decir del autor antes citado, quien sostiene “... 1) Los derechos de los padres aparecen ubicados en primer lugar, pues la acción de los Estados, necesariamente subsidiaria con relación a la protección y cuidado de los niños, esta subordinada a ellos (art. 3). 2) Asimismo, se reafirma ese principio al convenir que los Estados partes receptaran las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres de orientar y dirigir a los menores (art. 5 y 18)” (Tratado de Derecho de Familia T. IV p. 233,234).

Al marco normativo expuesto respecto de la Patria Potestad, podemos sumar como complemento, las previsiones del art. 264 ter del Cod. Civil, que guardan estrecha relación con el hecho que aquí se analiza y que da instrucciones precisas que bien pudo llevar a la práctica el Dr. Cariato en el marco de sus facultades. El precepto, en lo pertinente, reza: “En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al Juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la Ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El Juez podrá, aún de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren”. De ello se desprende que la Ley faculta al Juez como mediador (árbitro) respecto de las discrepancias de los padres en relación a los actos de la vida de sus hijos, pero siempre tal tarea deberá ajustarse a las condiciones que la norma prevé (audiencia con los padres e intervención del Ministerio Pupilar). Tales preceptos, en virtud de la materia que reglamentan, no pudieron ser desconocidos por el enjuiciado, siempre que el mismo se encuentra a cargo precisamente de un Tribunal con competencia en Familia.

También, el artículo 276 del mismo Código, hace referencia a la intervención de la autoridad en caso de alejamiento de los hijos de la guarda de sus padres (o de uno de ellos). En su comentario a esta norma, el citado autor Jorge Adolfo

Mazzingui, sostuvo que “no es extraño que las denuncias de este tipo sean formuladas por uno de los padres contra el otro, por quien ejerce la tenencia y procura, por ese medio, obtener una restitución demorada, o por incidencias de semejante cariz. La intervención policial es, en tales casos, improcedente, pues no hay, en principio, materia criminal cuando la retención indebida de un menor es concretada por uno de sus progenitores.” (Tratado de Derecho de Familia –T. IV p. 269).

Al respecto, la jurisprudencia (CNCiv. Sala G, se. 20/09/2001) ha dicho que, en casos en que los hijos menores dejasen el hogar, que se hubieren sustraído a su obediencia o en caso de que otros los retuvieran, comprende la intervención de los jueces (autoridad pública), quienes deben procurar la asistencia necesaria y las medidas de amparo que resulten convenientes. “A tal fin, la sala coincide con el Defensor de Menores de Cámara en cuanto que en primera instancia deberá citarse en forma urgente a los padres para recabar mayores datos y disponer la realización de un informe social, a efectos de determinar las medidas de amparo más convenientes” (fallo publicado en LL t.2002B Pág. 352, 353).

Lo dicho enseña, que la intervención de los Jueces, tiene como finalidad brindar y preservar la seguridad, dar la asistencia necesaria, tomar las medidas de amparo útiles y favorables, sujeta a las condiciones que se han señalado. A la luz de tales extremos, y en vistas del desarrollo de los acontecimientos que aquí se analizan, la intervención que le cupo al Dr. Cariato y la estrategia que en ella quedó evidenciada, se ven reñidas con las reglas que se han ido refiriendo.

Se concluye que el Magistrado nunca permitió que la madre pueda hacer valer sus derechos, los que le corresponden respecto de sus hijos y en el marco de la Patria Potestad, ésta debe velar por la protección y el cuidado de sus hijos, circunstancia que se vio impedida en virtud del modo en que pretendió llevarse a cabo la restitución de los niños, es decir, cuando éstos estaban separados de ella y a instancias de la estrategia ideada por el Dr. Cariato.

Como ya se dijo, los niños tampoco tuvieron la posibilidad de ser oídos en el marco del procedimiento, contrariando así las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN), la que en su artículo 12 establece

la garantía de expresar su opinión al niño en cuestiones que lo afecten. También, la Ley 26.061 establece claramente el derecho a ser oídos que le asiste a los niños en todos aquellos asuntos que le conciernan o que hagan a sus intereses (arts. 3, 24), derecho asegurado por su máxima exigibilidad y sustentado en el interés superior del niño (art. 1), de aplicación obligatoria en cualquier medida administrativa o judicial y que los Organismos del Estado deben garantizar (arts. 2, 24). Marco normativo éste, que nunca fue tenido en cuenta por el Magistrado a la hora de llevar adelante la estrategia ya descrita y aquí analizada.

Ante supuestos análogos, en los cuales se encuentra en juego el interés (“superior”) del niño, la normativa vigente brinda reglas y principios claros, que suman a los ya expuestos, los que no pueden ser soslayados y que el Magistrado debió tener en cuenta. Así, podemos citar el art. 41 de la Ley 3040 (Mediación), art. 8 Ley 3934 (Procedimiento del Fuero de Familia), arts. 5, 8, 14, 17, 18, 21 de la Ley 3097 (Ley de Protección Integral y Promoción de los Derechos del Niño y del Adolescente).

Se concluye que, aún cuando no existieran Tratados Internacionales o Convenciones específicas que hubieran devenido obligatoriamente aplicables, en función del art. 75 inc. 22 de la constitución Nacional, ya la reforma introducida por la Ley 23.264 al Derecho de Familia, había incorporado muchas de estas soluciones en el Derecho interno, comenzando con el ejercicio de la Patria Potestad, más aún, ante la inexistencia de normas de derecho interno, por los principios generales del derecho y los que rigen procesalmente la especialidad del Derecho de Familia, las soluciones se hubieran encontrado igualmente, ya que si bien el ámbito de actuación del Juez es amplio, debe estar siempre limitado por la fuerza normativa de la Constitución Nacional y las decisiones deben ser tomadas conforme el Principio de Máxima Prudencia, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de la causa.

En síntesis el trámite de restitución necesita de la opinión del niño y sus representación –necesaria y promiscua. El intento de restitución iniciado por la Secretaria del Juzgado por orden del Juez quien tiene el dominio del hecho, a sabiendas que sus representantes legales no se encontrarían en el lugar, en

cumplimiento de la propia indicación del magistrado, pone en evidencia una actuación a sabiendas para obviar tal requisito necesario para la validez de la medida.

Tampoco podría argumentarse que dicho ardid fuera necesario –en cumplimiento de la normativa acerca del mejor interés del niño a los fines de evitar actuaciones más riesgosas ello pues fue realizado al inicio del trámite cuando nada hacía suponer la progresión de los acontecimientos o la negativa de la madre a restituir a los niños , más que la sola versión del padre de aquellos que era parte contraria en el pleito y por tanto conforme dicho rol debía ser merituada su convicción. Esto también en una evidente violación del principio de imparcialidad.

Es evidente que también para este segundo hecho el magistrado privilegia el rápido cumplimiento del exhorto, sin dar cuenta del orden público local en este especial trámite de restitución de menores, lo que supone oírlos por sí mismos o a través de sus representantes en una reiteración de sus errores procesales que deja de lado tal exigencia y privilegia el cumplimiento automático de lo solicitado.

De tal modo el magistrado en su incumplimiento de normativa constitucional y legal pone de manifiesto su falta de equilibrio para accionar.

.3. Tercer Hecho.

Se trata entonces del **allanamiento nocturno** realizado por el magistrado junto a personal policial del BORA y personal femenino.

Respecto de tal tipo de allanamiento el STJRN sostuvo que "... el allanamiento nocturno se encuentra especialmente tratado en la Constitución Provincial art. 21 y en nuestro código de rito art. 209. El primero de ellos establece en lo que nos interesa que "[e]l allanamiento de domicilio en horas de la noche es excepcional. Sólo puede disponerse por motivo fundado y realizarse con la presencia del Juez, salvo imposibilidad justificada, en cuyo caso delegará la diligencia en otro funcionario judicial". Por su parte, la segunda norma de modo concordante dice que "[c]uando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá efectuarse, desde que salga, hasta que se ponga el sol. Sin embargo, podrá procederse en horas de la noche

por motivos excepcionales. La resolución será fundada y deberá realizarse con la presencia del Juez, salvo imposibilidad justificada, en cuyo caso delegará la diligencia en otro funcionario judicial".

Ambos artículos invalidan la prueba obtenida en violación de lo dispuesto. Relacionando tal marco normativo con el desarrollo teórico primeramente referido, las formas instrumentales vinculadas con el registro nocturno contenidas en la Constitución y en la ley excepcionalidad, motivo fundado, presencia del juez, delegación en otro funcionario judicial tienen por fin "evitar la zozobra de los habitantes de la morada que se allana" (Cám. Fed. La Plata, Sala 3, in re "CANTEROS", del 191094, en JA. 1995IV, 547), siendo que "la protección de la familia es el interés prevalente" (Raúl W. Abalos, "Código Procesal Penal de la Nación", Pág. 540)" (v Se. 66/02, "MULLER".

Dicho lo anterior, sin perjuicio que se esta en el trámite de un exhorto por restitución de menores lo cierto es que a contrario de lo sostenido por la defensa el allanamiento nocturno además de la presencia del magistrado que lo ordena, necesita de una resolución fundada que lo justifique y aunque la motivación pueda provenir del trámite del expediente los argumentos dados por el sumariado para realizarlo aparecen mas como un posterior intento justificante, que una decisión a la que se arriba por los motivos expresados.

Ello pues, si el sumariado hubiera considerado serias las amenazas recibidas, el dato del posible hallazgo de armas de fuego en la vivienda o la frase de la madre del hecho de darse muerte y a los menores antes de efectivizar la restitución, lo habría llevado a actuar de inmediato y no a la espera de las horas previas a la madrugada.

En ese sentido, de ser válidas sus explicaciones, lo que no se entendería es la tardanza en realizar el allanamiento puesto que estas pondrían de manifiesto una situación de extremo peligro en los menores. Por lo tanto, conforme las reglas de la sana crítica y experiencia no son creíbles.

De tal modo, el procedimiento de allanamiento nocturno es excepcional y dicha excepcionalidad no se encuentra justificada, por lo tanto se trata de un trámite reñido con elementales principios de razonabilidad, puesto que involucraba a

menores y el impedimento de realizarlo en horas de la noche es justamente para evitar la zozobra de la familia.

Con ello el sumariado a incumplido el artículo 3 de la Convención de los derechos del Niño, en tanto manda que las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales una condición primordial que es atender su interés superior, además de que ningún niño "...será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia...el niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. (art. 16 subpuntos 1. y 2.).

Es que, así desarrollado el allanamiento y privado de sus fundamentos trata de una medida procesal demostrativa de una injerencia arbitraria en el domicilio del menor, provocadora de su zozobra y llevada a cabo por la evidente ineptitud del sumariado de dar debido cumplimiento al exhorto de restitución.

No son suficientes los motivos aquí esgrimidos por el Magistrado en cuanto a la urgencia y excepcionalidad de las circunstancias, que lo llevaron a decidir el allanamiento nocturno con la asistencia de la Brigada de Operaciones de Rescate y Antitumulto de la Policía de la Provincias de Rio Negro (BORA), y sin suscribir una orden debidamente fundada. El Juez debió, en todo caso, de haber tomado como seria la posibilidad de que en el domicilio donde se llevaría a cabo el procedimiento de restitución existían armas en poder de la familia (uno de los fundamentos dados en su descargo en el sumario), en uso de sus facultades, proceder a iniciar la instrucción y averiguación correspondiente, en orden a que se estaba ante la posible comisión del delito tipificado en el inc. 2do. del art. 189 bis del Código Penal. La circunstancia de que no haya iniciado actuaciones en ese sentido, marca a las claras que la fundamentación dada en el marco del sumario, fue más un intento de justificar a posteriori las razones de su accionar, que el verdadero sostén de una decisión debidamente razonada.

La disfuncionalidad en el desempeño del Juez, ha quedado evidenciada también, por la circunstancia de convocar a la Unidad BORA para llevar adelante el procedimiento que se analiza, lo que refuerza aún más la idea de que el Magistrado ha obrado de manera arbitraria. Al respecto, es dable destacar lo

dispuesto por el art. 52 del Reglamento de las Unidades Regionales de la Policía de Rio Negro, que regula las funciones de la citada Brigada Especial y prescribe los supuestos ante los cuales dicha Fuerza debe intervenir. La norma reza: “La Brigada de Operaciones de Rescate y Antitumulto, será responsable de intervenir en las operaciones especiales de rescate, salvamento, recuperación de instalaciones y/o patrullaje intensivos, y otras que se le asignen para el control de disturbios en grandes tumultos, motines y otras alteraciones al orden público, cuando haya sido desbordada la capacidad operativa normal.” Así, ni de las probanzas de autos, ni tampoco de las explicaciones brindadas por el Magistrado, puede arribarse a la conclusión de se estaba ante tales extremos, que hacían menester la actuación de la ya referida Brigada de Elite.

La debida fundamentación acerca de la excepcionalidad de la medida no aparece en tanto contradice tal idea que el personal policial que se encontraba esperando los niños en la vereda se encontraba sin protección para los eventuales disparos, cuando la lógica y la experiencia indicaría lo contrario.

Lo mismo cabe sostener en cuanto al concreto operativo policial que se restringe al ingreso a la vivienda para lograr la restitución de los niños pero nada hace con el fin de encontrar las presuntas armas, siendo este el motivo aludido para configurar el ingreso en tratamiento por el peligro que corrían los niños y la utilización de la unidad policial especial que había definido la operación como de alto riesgo.

Asimismo, no constan debidamente demostrados datos suficientes para fundar tal percepción de peligro –la familia no tenía antecedentes, ni denuncias sobre la utilización de armas, tampoco sus integrantes habían sido vistos con ellas en algún momento del trámite del exhorto sino que el concepto de peligrosidad resulta de otros subjetivos por la mención del titular de la propiedad en su resistencia a la restitución, cuando el contexto de lo dicho impediría considerar la seriedad de los dichos de quien había tenido que ser trasladado al hospital por padecer una afección cardíaca luego de los intentos fallidos de ingreso. Esto no lo dejaba en condiciones de cumplimentar lo dichos en un momento de ofuscación y la literatura jurídica es basta en cuanto a este temática –la seriedad de las

amenazas para poner de manifiesto que la justificación invocada por el Juez no es adecuada a las circunstancias de la causa. Era de público y notorio que la familia Santini no había protagonizado hechos de violencia con armas y que los abuelos eran gente de trabajo.

Esto también se comprueba con la actuación de parte del personal policial inmediatamente después del operativo –incluso en el mismo operativo toda vez que como refirió Espinoza en el debate cuando la BORA se retira ellos se quedan con la familia en el interior de la vivienda para darles contención siendo que no habían procurado el hallazgo de las armas y se había producido una introducción forzada en el ámbito familiar y logrado el objetivo al que se oponía la familia, por lo que cabría esperar de ellos la eventual concreción de las amenazas, ocurriendo todo lo contrario.—

De igual modo es inverosímil calificar el ingreso como de alto riesgo , para justificar la utilización del BORA en un allanamiento nocturno cuando dos días antes había intentado la restitución mediante la orden dirigida a su Secretaria, que se encontraba embarazada de siete meses, acompañada de una mínima dotación policial

El allanamiento nocturno fue realizado por la incapacidad del magistrado para obrar de otra manera, sin consultas con la asesora de menores, ni con los cuerpos técnicos auxiliares, sin agotar los procedimientos de negociación aconsejados, incluso pese al consejo contrario de la psiquiatra que entrevista a los menores, según lo dispuesto por el propio juez, quien le manifestó que lo primordial era preservar su salud mental, que había que evitar situaciones traumáticas y posibilitar espacios de dialogo. De tal modo el juez omitió dar prevalencia al interés superior del niño conforme lo manda el artículo 3 de la Convención Americana de los Derechos del Niño.

Toda la actividad irregular del juzgador refleja la desproporcionalidad de su actuar. También que se apegó al cumplimiento automático de lo exhortado olvidando el mejor interés de los niños a quienes debía proteger. Todo el trámite es violento y lesionante de los derechos de los involucrados y se suceden una serie de arbitrariedades carentes de sentido. Fue violento incluso con los niños y los

abuelos, les dijo en un remedo de su obligación de escucharlos que tenía que cumplir la orden y que los llevaría “por las buenas y por las malas” .

Para cumplimentar tal exhorto debió haber ponderado el orden público local, sopesando las circunstancias jurídicas y fácticas en todo su accionar, conforme ya fuera meritulado.

Se trata de un magistrado que conforme sus declaraciones se siente inseguro para resolver en la temática de familia, según los sostuviera al cerrar el debate, pero carente de todo sentido común procedió en forma automática sin medir la relación medios y fines, y con la única razón de la fuerza y el poder que emergían de su cargo, ignorando los principios más elementales que rigen el proceso de familia. Pese a la antigüedad en el ejercicio de la función policial y en la atención de la secretaría penal y de familia ninguna constancia existe de su insatisfacción con lo que hacía, es más de su legajo surge que fue el primer Juez letrado del Juzgado de Paz de Villa Regina de donde es oriundo y donde atendió y resolvió precisamente cuestiones delegadas a los Jueces de Paz en esta materia.

El Juez puede encontrarse en numerosas ocasiones con que la normativa le deja un margen de actuación y en otros le impone obligaciones insoslayables. –

Y la realizada en el sub examine evidencia una desproporcionalidad manifiesta en un exhorto (oficio Ley 22172) que no es más que un pedido de favor. **El exhortado no está obligado a cumplirlo** y esto incluso no fue advertido por Cariatore que podría haberse negado atento las dificultades en un procedimiento que ya había suspendido y que también podía haber sometido a consulta de las autoridades superiores del fuero y que culminó con un evidente daño a las personas, omitiendo cumplir las obligaciones inherentes a su cargo (arts. 1068 y 1112 del Código Civil). Esto es objetivo, por someter a los niños y al ámbito familiar a un operativo policial con contexto de violencia y un actuar impropio de un Juez que está interviniendo en una delicada situación de familia. Lo actuado no registra antecedentes en la jurisdicción rionegrina por la intervención de la BORA ya que todos los testigos policiales propuestos por la defensa fueron contestes que era la primera vez que sucedía.

De tal modo los hechos reprochados –primero, segundo y tercero son subsumibles en la causal de mal desempeño de la función prevista en el art. 199 inc. 1ro. ap. a) y d) de la Constitución Provincial. También se encuentran incumplidos los artículos 21, 33 y 200 de la Constitución Provincial en tanto le exigen al juez fundamentar lo decidido, todo ello en concordancia con los arts. 23 inc. a) de la ley 2434, en función de la tipicidad que le asigna el art. 24 de al misma ley en sus incisos a) realización de actos reiterados de manifiesta arbitrariedad, b) dejar de cumplir en forma reiterada obligaciones expresamente señaladas en las disposiciones vigentes y d) demostrar reiteradamente ignorancia inexcusable de la legislación vigente, por errónea aplicación de la misma, en autos resoluciones y/o dictámenes del mismo cuerpo normativo. Se trata de la reiteración de actos de manifiesta arbitrariedad por parte del magistrado en el procedimiento de restitución de los menores (arts. 23 inc. a) de la ley 2434, en función del art. 24 inc. a).

Asimismo se da la causal de mal desempeño del artículo 23 inc. a) de la ley 2434, en función del artículo 24 incisos b) y d) , en lo relativo a dejar de cumplir en forma reiterada, obligaciones expresamente señaladas en las disposiciones vigentes y demostrar reiteradamente ignorancia inexcusable de la legislación vigente, por errónea aplicación de la misma. En este sentido dice que actuó contrariando las previsiones del artículo 77 de al ley 2430 y 59 del Código Civil. En relación al segundo hecho es dable sumar que se verifica el impedimento de la madre de ser oída y su indefensión en los términos del art. 18 de la CN. y 22 de la C. Pcial. Respecto del tercer hecho, están afectados los incisos b) y d) del art. 24 de la ley 2434 , 23 inc. a), b) y d) de la ley 2434. y 18 CN. y 21 de la Constitución Provincial además de las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

11. Puesto a consideración el decisorio sobre la sanción que corresponde, los Sres Consejeros por mayoría, atento la gravedad de los hechos, su reiteración y la inexistencia de circunstancias atenuantes, votan por la remoción del Dr. Alberto Guido Cariatore , titular del Juzgado de Instrucción, Familia y Sucesiones

Nro. 20 e inhabilitación especial para el ejercer cargos judiciales por 2 años y las costas .

12. La Dra. María Evelina García en minoría vota por la suspensión por el término de 60 días del Dr. Alberto Guido Cariato, titular del Juzgado de Instrucción, Familia y Sucesiones Nro. 20 y las costas.

Por ello,

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA Ila. CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL RESUELVE:

PRIMERO: Por mayoría : **Remover del cargo al Dr. Alberto Guido Cariato** , cuyos demás datos filiatorios obran en su legajo personal en razón de ser magistrado del Poder Judicial de esta provincia, como titular del Juzgado de Instrucción, Familia y Sucesiones Nro. 20 de Villa Regina , **e inhabilitarlo para ejercer cargos judiciales por el término de 2 años** , por la causal de mal desempeño en la función. (199 inc. a) Const. Pcial., 23 inc. a) y 24 a, b) y d) Ley 2434, todo conforme al art. 222 de la Constitución Provincial y 17 de la ley 2434).

SEGUNDO: Costas al magistrado sancionado (art. 46 2do. párrafo, ley 2434).

TERCERO: Regular los honorarios profesionales del Dr. Jorge García Osella en la suma de 100 jus. (art. 6 L.A. y 46 1er. párrafo ley 2434).

CUARTO: Poner en conocimiento del S.T.J., con remisión de copias.

QUINTOS: Notifíquese, regístrese y archívese. Fdo. Dres. Víctor Hugo Soderó Nievas, María Evelina García, Elizabeth Quesada, Hugo Concellón, Gustavo Arias, Gustavo Costanzo, Noemí Sosa, Ing. Bautista Mendióroz.

Ante Mi, Dr. Juan Manuel Montoto, Secretario.

Fuente: Dirección de Medios de Comunicación Poder Judicial de Río Negro