



**BLOQUE DE LOS DEFENSORES  
PÚBLICOS OFICIALES DEL  
MERCOSUR - BLODEPM**

**BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA SOBRE  
DERECHOS HUMANOS  
N° 14**





BLOQUE DE LOS DEFENSORES  
PÚBLICOS OFICIALES DEL  
MERCOSUR - BLODEPM

BOLETIN DE JURISPRUDENCIA  
INTERNACIONAL  
N° 14



ELABORADO POR LA  
ASOCIACIÓN DE DEFENSORES DE OFICIO DEL URUGUAY



# INDICE

|  |    |
|--|----|
| Presentación .....   | 7  |
| <b>I. <u>REPÚBLICA ARGENTINA</u></b>   |    |
| <b>I.1.- DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION</b>   |    |
| 1) "FARFAN, Y. M. y FORO DE MUJERES POR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES vs. DIRECCION GENERAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO y MINISTERIO DE GOBIERNO, DERECHOS HUMANOS y JUSTICIA de la PROVINCIA DE SALTA s/ Amparo Colectivo". Expte. N° 24003/19. Género. Estereotipos de género. Igualdad. No discriminación. Empleo público. Ascenso. Actos discriminatorios. Facultades discrecionales. Derechos de incidencia colectiva. .... | 9  |
| 2) "M.C.R. s/ audiencia de sustanciación de impugnación." Caso FSA 12570/2019/10. Cámara Federal de Casación Penal. Género. Enfoque de Género. Absolución. Vulnerabilidad. Violencia Psicológica. Acceso a la justicia de las mujeres en conflicto con la ley penal, sin discriminación y con perspectiva de género. ....  | 45 |
| <b>I.2.- ASOCIACIÓN CIVIL DE LA DEFENSA PÚBLICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (ADePRA)</b>   |    |
| 1) "X. S. / CARTA DE POBREZA" Expte. 1542/19. Revisión de constitucionalidad de las normas del Juicio De Pobreza." Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Asistencia Letrada. Autonomía de la Defensa Pública. Consolidación democrática y la progresividad de los Derechos Humanos en los casos que involucren derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. ....                                    | 81 |
| 2) "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple" CSJ 3073/2015/RH1. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Legítima Defensa. Emoción Violenta. Debido Proceso. Valoración de la prueba. Valoración del contexto de Violencia de Género. Violencia Familiar. ....  | 95 |



3) "SANZ, Zóximo Francisco - Homicidio agravado por el vínculo - Tandil":  
 SENTENCIA: HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL CALIFICADO POR EL  
 VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE  
 ATENUACIÓN. Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Tandil. Departamento  
 Judicial de Azul. Provincia de Buenos Aires. N° 1480 (IPP N° 01-01-  
 003738-09). Ausencia de nexos causal entre la actividad física  
 desplegada por su asistido y el fallecimiento de su padre; ausencia de  
 intención homicida - preterintencionalidad; aplicación extensiva de las  
 circunstancias extraordinarias de atenuación a la preterintencionalidad;  
 imputabilidad disminuida; y Mensuración de la pena: pena ilícita. . . . .  
 . . . . . **114**

**II. REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL**

**I.1.- ASOCIACIÓN NACIONAL DE DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS DE LA  
 REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL (ANADEP)**

Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE)

HABEAS CORPUS N° 596.603 - SP (2020/0170612-1) Recurso Penal núm.  
 1500218-04.2019 .8.26.0546 Tribunal Superior de Justicia STJ. HABEAS  
 CORPUS para liberar más de 1000 presos que cumplían indebidamente  
 prisión en un régimen cerrado. . . . . **161**

**1.2.- DPU- DEFENSORÍA PÚBLICA DE LA UNIÓN DE BRASIL**

1. Seguridad alimentaria de las Comunidades Quilombola y pueblos de  
 matriz africana en el estado de Rio Grande do Sul (RS-Brasil) durante  
 la pandemia Covid-19. . . . . **198**
2. Las personas con causas penales pendientes de decisión no pueden  
 tener impedido el acceso al Fondo Emergencial, instituido en el contexto  
 de la Covid-19. . . . . **204**



### III. REPÚBLICA DE CHILE

#### DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA DE CHILE

1. "SCS Rol N° 5155-2021, 20.01.2021", Corte Suprema de la República de Chile, 15/06/2020. Derecho al Interprete o Traductor .....**209**
2. SCS Rol N° 11.642-2021. Corte Suprema de la República de Chile. Registro nacional de ADN de la ley n° 19970 .....**216**

### IV. REPÚBLICA DEL ECUADOR

#### DEFENSORIA PUBLICA DEL ECUADOR

- 1) PROCESO N° 01204-2020-03978 de la "Unidad Judicial de Familia Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes en conflicto con la Ley penal" del Ecuador. DERECHO DE FAMILIA - RESTITUCION INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. ....**223**
- 2) PROCESO N° 11282201905734G. MATERIA: DERECHO PENAL - DELITO DE ROBO CON RESULTADO MUERTE. Instituto de "Cooperación eficaz" Reducción e individualización de la pena. ....**242**
- 3) PROCESO No. 15301-2007-0094 MATERIA: DERECHO CIVIL - PROCESO POR MUERTE PRESUNTA. Se revoca la posesión efectiva de bienes, se deja sin efecto la inscripción de defunción de la señora Bertha Esperanza Revelo Erazo, de acuerdo a lo dispuesto por la Oficina Técnica del Registro Civil, Identificación y Cedulación, y en la marginación de la partida de defunción de la compareciente se anota "VIVA".. ....**283**
- 4) MATERIA: DERECHO PENAL - HABEAS CORPUS. Hábeas Corpus presentada, por cuanto en el Centro de Privación de Libertad de Santo Domingo de los Tsáchilas No. 2, no se le puede brindar un tratamiento, seguimiento y cuidados especiales a la persona privada de la libertad, por su condición física y medica que padece y se dispone en consecuencia el arresto domiciliario bajo vigilancia policial". ....**288**



- 5) PROCESO N° 03283-2020-00781. MATERIA: DERECHO PENAL – DELITO DE ESTAFA. Sobreseimiento: no existen elementos de convicción que vinculen a Meneses más que la versión de la persona que recibió el dinero y la falta de investigación por parte de Fiscalía de otros implicado .....**301**

**V. REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA DE PARAGUAY**

- 1) Sentencia N°64 del 20 de febrero de 2019, tramitada ante la Corte Suprema de Justicia de Paraguay. Recurso de casación extraordinario contra el fallo del Tribunal de Apelaciones que rechaza el pedido de nulidad de sentencia de condena. Derechos en juego: violación al principio de plazo razonable, así como al derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, publicidad, celeridad y presunción de inocencia. Los agravios del Defensor son dos: a) la Fiscalía había presentado la acusación fuera de plazo de 6 meses previstos por la ley; b) la sentencia del Tribunal carece de fundamentación, ya que no consigna por escrito los motivos que llevaron a condenar al imputado. Error in procedendo .....**314**
- 2) Sentencia N° 32 del 10 de octubre de 2019. LESION GRAVE – EXTINCION DE LA ACCION PENAL. Resolución de conflictos en las Comunidades Indígenas y al reconocimiento que hace la Constitución de ese País, sobre el derecho que le asiste a los pueblos indígenas de aplicar libremente sus sistemas de organización política, cultural, económica y religiosa y la sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de su convivencia interior en todo aquello que no menoscabe los principios de orden público.....**326**
- 3) SENTENCIA 364 7/06/2019. RECURSO DE CASACION – PUEBLOS INDIGENAS. Homicidio. Falta de un perito técnico en cuestiones indígenas. Errónea aplicación de la sana crítica y la lógica en la valoración de la prueba. ....**337**



## VI.- REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

### ASOCIACIÓN DE DEFENSORES PUBLICOS DEL URUGUAY (ADEPU)

- 1) SENTENCIA N° 21 /2021. Montevideo, 26 de marzo de 2021. Juzgado Letrado de Familia de 12° Turno. AMPARO: Derechos Humanos. Derecho de Familia (vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes). Derechos involucrados: Derecho a la Vivienda. Derecho de las niñas y niños a la Salud e Integridad física y emocional. Derecho a vivir en familia. Principio de igualdad. Acceso a la Justicia. .... **352**
  
- 2) SENTENCIA N° 43 /2019. Montevideo, 09 de abril de 2019. Juzgado Letrado de Familia de 12° Turno. AMPARO: Derechos Humanos. Protección a la adolescencia. Acción de Amparo. Omisión del Estado. Derechos involucrados: Derecho a la Vida. Derecho a la Salud, Integridad física y emocional. Dignidad. Principio de igualdad. Acceso a la Justicia . . . . .  
 ..... **368**

## VII. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

### DEFENSORÍA PÚBLICA GENERAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

- 1) Sentencia 142 de fecha 20/03/2014. Sala Constitucional Del Tribunal Supremo De Justicia. Normativa Legal: Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana De Venezuela. Asunto: Solicitud De Revisión Constitucional. Descriptores: Recurso, Orden Público, Derechos Humanos . . . . . **419**
  
- 2) Sentencia 1625 de fecha 20/11/2014. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Recurso de Revisión. Normativa Legal: Artículo 336 Numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Asunto: Revisión Constitucional. Descriptores: Recurso, Revisión de Sentencia, Orden Público, Derechos Humanos. . . . . **439**



## PRESENTACIÓN

En esta oportunidad, nuestra Asociación de Defensores de Oficio del Uruguay (ADEPU), ha tenido la distinción de poder elaborar y presentar a toda la Comunidad, la décimo cuarta Edición del Boletín de Jurisprudencia de Derechos Humanos del Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur (BLODEPM).

La importancia de los valores derivados de los Derechos Humanos se encuentra eficazmente representada en el presente Boletín, en donde la Defensa Pública desarrolla un papel preponderante, al encontrarse en el frente del campo de batalla, no sólo combatiendo a diario por el reconocimiento de los altos estándares que representan dichos Derechos, sino también en su efectiva instrumentación y aplicación a favor del hombre, la mujer, la niña, el niño y los adolescentes.

Desde este trabajo, se defiende la aptitud de esos Valores de ser adquiridos, reconocidos y aplicados en todo ámbito, impulsando su efectiva extensión universal y promoviendo su difusión constante.

De esta forma, nuestra Boletín de Jurisprudencia, se manifiesta como un instrumento conformador del pleno desarrollo de los valores garantes de los Derechos Humanos; en donde la Defensa Pública, impulsa día a día su aplicación directa, en la vida cotidiana de nuestras y nuestros defendidos.

Esta clásica publicación del BLODEPM contiene importantes decisiones jurisprudenciales de la República Argentina, la República Federativa de Brasil, República de Chile, República del Ecuador, República del Paraguay, República Bolivariana de Venezuela y de nuestro país República Oriental del Uruguay.



La totalidad de las Sentencias implican la defensa de los Derechos Humanos, en donde la Defensa Pública propició e impulsó el accionar jurisdiccional.

Necesariamente debemos agradecer a cada una de las Delegaciones por sus valiosos aportes. Asimismo, se agradece especialmente la colaboración de las Dras. Victoria Muraña, Dra. María Victoria Pereira, Dra. Lucía Long, Dra. Estefanía Broggi y A la Dra. Gabriela Machado, quienes resumieron y procesaron cada uno de los precedentes judiciales, elevados por los distintos Miembros del BLODEPM, bajo la coordinación del Dr. Hugo Sebastián Gastelú.

Esperando que dichos aportes contribuyan a la labor incansable por la Defensa de los Derechos Humanos, les exhorta a continuar en ese sentido

**Dr. Joaquín Gamba**  
Presidente  
Asociación de Defensores de Oficio del Uruguay  
ADEPU



## **I. REPÚBLICA ARGENTINA**

### **I.1.- DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION**

***"FARFAN, Y. M. y FORO DE MUJERES POR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES  
vs.  
DIRECCION GENERAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO y MINISTERIO DE  
GOBIERNO, DERECHOS HUMANOS y JUSTICIA de la PROVINCIA DE SALTA s/  
Amparo Colectivo".  
Expte. N° 24003/19.***

**Género. Estereotipos de género. Igualdad. No discriminación. Empleo público. Ascenso. Actos discriminatorios. Facultades discrecionales. Derechos de incidencia colectiva.**

**Hechos relevantes del caso:** Una agente penitenciaria de la provincia de Salta, junto a una asociación civil de protección de derechos de las mujeres, iniciaron una acción de amparo contra la Dirección General del Servicio Penitenciario y el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia de la provincia. Las actoras denunciaron que el servicio impedía a las mujeres ascender a los grados más altos de la jerarquía penitenciaria, a los cargos de Plana Mayor y a los órganos de conducción. En ese sentido señalaron que ninguna mujer detentaba los grados superiores de la jerarquía penitenciaria y que, de los ocho cargos que conformaban la Plana Mayor, sólo uno estaba ocupado de manera interina por una mujer. De ese modo, concluyeron que existía un "techo de cristal" que les impedía ascender. Sobre la base de dichas consideraciones, solicitaron que se ordenase la fijación de un cupo femenino del 50% en la Plana Mayor del Servicio Penitenciario Provincial, la Junta Superior de Calificaciones y las Juntas de Calificación para oficiales, suboficiales, ascensos y eliminaciones extraordinarias. Además, requirieron que se fijase un orden de mérito vinculante con paridad de género y se ordenase la realización de un informe anual al Observatorio de Violencia contra las Mujeres sobre el cumplimiento de las medidas solicitadas.

**Decisión y argumentos:** El Juzgado de Minas de la provincia de Salta hizo lugar a la acción de manera parcial y ordenó a la provincia de Salta que diera cumplimiento con las medidas colectivas de acción positiva. Además, dispuso que se extendieran en el tiempo hasta tanto se adoptasen las medidas reglamentarias por parte del Poder Ejecutivo provincial para dar cumplimiento a las mandas constitucionales y convencionales de igualdad y no



discriminación de género respecto de las mujeres que se desempeñaban como agentes del Servicio Penitenciario con situación de revista (jueza Mosmann).

**1. Acción de amparo. Derechos de incidencia colectiva. Procesos colectivos.** “Si bien podría afirmarse que la cuestión debatida en autos requiere una vía de conocimiento ordinaria [...], y que sería deseable que el legislador provincial regule el trámite de los procesos colectivos que no discurren –por su complejidad– por la vía de amparo, mora que ha sido destacada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente ‘Halabi’, y también [...] en el antecedente [...] dictado en los autos ‘Usuarios y Consumidores Unidos (U.C.U.) Delegación Salta vs. Autoridad Metropolitana de Transporte y SAETA S.A. s/ Amparo Colectivo’ [...], donde [se afirmó] que la falta de regulación de los procesos colectivos en la provincia de Salta hace que los litigantes opten por la vía de amparo, por ser esta una vía procesal que admite su adecuación a las necesidades del proceso conforme a una recta interpretación de la Constitución [...], sin que la mora legislativa para regular el especial cause que requieren los procesos colectivos pueda implicar, o convertirse, en una negación del acceso a la justicia de los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, los que resultan plenamente operativos [...], [se mantiene] lo allí dispuesto sobre la admisión de la vía de amparo aun en los casos que –como el presente– requieren una tramitación que supera los cauces propios y típicos del amparo, mientras perdure la falta de regulación de los procesos colectivos, y en virtud del principio pro actione...”. “[R]emitir el caso a la conclusión del procedimiento administrativo importaría una solución meramente ritual reñida con un adecuado servicio de justicia”.

**2. Género. Estereotipos de género. No discriminación.** “La palabra género se refiere a los atributos sociales y las oportunidades asociados con ser hombre y mujer y las relaciones entre hombres y mujeres. Estos atributos, oportunidades y relaciones son socialmente construidos y se aprenden a través de los procesos de socialización y cambian en el tiempo. El género determina lo que se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto sociocultural dado, generándose diferencias en las responsabilidades, y oportunidades de toma de decisiones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘González y otras (Campo Algodonero) vs. México’ [...] consideró que el estereotipo de género ‘se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”.

**3. Empleo público. Ascenso. Actos discriminatorios. Facultades discrecionales.** “Sostienen las accionantes que, en la labor profesional que desarrollan en el Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta se ha impuesto lo que se ha dado en llamar un ‘techo de cristal’, por el que las trabajadoras no logran acceder a los puestos de mayor rango, jerarquía y nivel de decisión; no cuestionan las posibilidades de ingreso a los puestos de trabajo en el mencionado Servicio, pero sí la existencia de una práctica, no explícita, por la cual no se permite a las mujeres lograr el ascenso a los cargos más altos. El reclamo es referido entonces a una discriminación cualitativa y no cuantitativa respecto de las mujeres”. “Es evidente que el problema no es el denominado



suelo pegajoso (sticky floor) que dificulta el acceso a los primeros niveles de carrera, sino que –tal como lo reclaman las actoras–, es el acceso a los puestos más altos en la carrera del Servicio Penitenciario, esto es la Plana Mayor, lo que se ve obstaculizado para las trabajadoras del Servicio Penitenciario ya que se encuentran ocupados por hombres exclusivamente”. “[S]urge del ordenamiento normativo vigente en la provincia que los cargos de Director General y Sub Director son designados discrecionalmente por el Poder Ejecutivo, y que los cargos que componen la Plana Mayor son elegidos también discrecionalmente por quien ocupe el cargo de Director General. No es en estos casos la capacidad o mérito demostrado ante las instancias de evaluación o calificación previstas en la ley orgánica lo que define la selección, sino la sola decisión tomada por quien tiene la potestad decisoria para ello, respecto de la cual se puede afirmar como dato objetivo emergente de la prueba producida, que no ha recaído nunca en una mujer hasta el momento en que se inició este proceso. Esta situación prolongada a lo largo de `toda la historia del Servicio Penitenciario de Salta´ [...], es demostrativa de la discriminación de género a la que han sido sometidas las mujeres en este ámbito de la función pública, circunstancia que alcanza el estándar probatorio requerido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente `Sisnero´, en tanto habiéndose probado el aludido hecho objetivo correspondía a la Provincia demandada demostrar el motivo objetivo y razonable para la selección realizada, lo que no ocurrió, ya que la defensa se limitó a sostener que se han realizado siempre las selecciones –de hombres– sobre la base de una facultad discrecional”. “[E]s demostrativo de la discriminación operada para el ascenso a los cargos superiores, el hecho de que hasta los primeros días de diciembre de 2019 no existía personal femenino ocupando el grado de prefecto, ni de prefecto mayor. Dicha circunstancia también incide de modo directo en la conformación de las Juntas Calificadoras [...], ya que ellas se integran con personal de mayor jerarquía o antigüedad que el personal a considerar, motivo por el cual, al no existir mujeres con dichos cargos, tampoco pueden ocupar lugares en las Juntas Calificadoras, estado de cosas que muestra una arraigada práctica que impide el ascenso a los cargos más altos a las mujeres que conforman el Servicio Penitenciario”.

**4. Género. Igualdad. No discriminación. Derechos de incidencia colectiva.** “[L]a perspectiva de abordaje institucional debe estar cruzada por la realidad de los múltiples actores sociales interesados: víctimas, reclusos, familiares, funcionarios, es decir una realidad atravesada por relaciones humanas de diversos géneros y no solo signada por una mayoría masculina, que a la postre se espera reconstruya un vínculo resocializador y plural con la comunidad que espera vivir en paz y fraternalmente”. “[S]e muestra necesario incorporar de modo estructural una perspectiva aún hoy inexistente en el Servicio Penitenciario, perforando el techo de cristal existente, modificando las prácticas cotidianas hacia dentro del sistema para con las internas y con las agentes penitenciarias, y hacia afuera para con las víctimas y los familiares de todos las y los penados. Si bien no todos los procesos colectivos tienen efectos estructurales, sí puede afirmarse que los conflictos estructurales tienen efectos colectivos, y en el presente caso concurren ambos efectos, en tanto se ha visto afectado un colectivo de mujeres, y la práctica que provoca tal lesión requiere una solución estructural para lograr el restablecimiento y la vigencia plena del derecho invocado a través de la disposición de medidas de acción de positiva...”.



Salta, 14 de octubre de 2020

**Y VISTOS:** Estos autos caratulados "FARFAN, Y. M. y FORO DE MUJERES POR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES vs. DIRECCION GENERAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO y MINISTERIO DE GOBIERNO, DERECHOS HUMANOS y JUSTICIA de la PROVINCIA DE SALTA s/ Amparo Colectivo", Expte. N° 24003/19 de este Juzgado de Minas, y

**R E S U L T A N D O**

I) A fs. 129/165 se presentan la señora J. M. Farfán y el Foro de Mujeres por la Igualdad de Oportunidades, con el patrocinio letrado del Dr. R. J. U., e interponen demanda de amparo colectivo contra la Dirección General del Servicio Penitenciario y el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia de la Provincia de Salta, en defensa de derechos humanos y derechos individuales homogéneos del colectivo de mujeres que se desempeñan como agentes del Servicio Penitenciario de Salta, en situación de revista en actividad de acuerdo con el artículo 54 inciso a de la Ley 5639, con el objeto que el Servicio Penitenciario no siga ejecutando actos de discriminación y violencia de género en contra del colectivo actor. En el subíndice 50 bajo el título determinación concreta de las medidas peticionadas describe el objeto de la demanda.

En primer lugar pide medidas de alcance individual o particular solicitadas a favor de la señora Y. M. Farfán, con la finalidad de remover los obstáculos impuestos por la administración que impiden que la actora concurre por el grado de Prefecto, en el procedimiento de calificaciones y ascensos. Puntualmente pide la ratificación del ascenso al grado de Subprefecto, que fue otorgado por Resolución N° 025-17 de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios; se ordene la participación de la señora Y. M. Farfán en el procedimiento de calificaciones y ascensos del año 2019; se disponga que la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios lleve adelante el procedimiento de ascenso al grado de Prefecto del año 2019; que se conforme la Junta Superior ad hoc para evaluar la cuestión objeto de este proceso con el titular de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios, el titular de la Subsecretaría de Políticas de Género, y una mujer policía con el grado de Comisario General; que el sumario administrativo no sea considerado como antecedente en la calificación, ni configure impedimento para que la señora Y. M. Farfán participe del concurso, ni tampoco afecte su propuesta y otorgamiento del grado de Prefecto; se considere y califique como antecedente el Protocolo para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el personal del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta; se determine que la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios será competente para tramitar el sumario administrativo;

Abriil 2021



que el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia otorgue el ascenso al grado de Prefecto como excedente; y finalmente que el Observatorio de Violencia contra la Mujer participe en el sumario administrativo.

En cuanto a las pretensiones colectivas, explican que las medidas de alcance colectivo fueron oportunamente sistematizadas en la propuesta que denomina “Protocolo para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer en el Personal del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta”, las que detalla como la fijación de cupo femenino en los cargos de la plana mayor del Servicio Penitenciario Provincial, el que piden sea del 50 % en los ocho cargos que componen la Plana Mayor, previstos en el artículo 10 de la Ley 5639; cupo femenino en la conformación de la Junta Superior de Calificaciones en el 50 % de sus miembros; cupo femenino en la conformación de las Juntas de Calificación para oficiales, suboficiales, asensos y eliminaciones extraordinarias en un 50 %; orden de mérito vinculante, con paridad de género en el otorgamiento de asensos; excusación y recusación de los miembros de las Juntas de Calificaciones; se ordene la realización de un informe anual al Observatorio de Violencia contra las Mujeres sobre el cumplimiento de las medidas solicitadas; piden que se fije plazo para poner en vigencia las medidas; también piden paridad de género en los nombramientos del Director General y Subdirector General del Servicio Penitenciario.

En el relato de los hechos dicen que en el sistema penitenciario sistemáticamente se les impide a las mujeres ascender a los grados más altos de la jerarquía penitenciaria como así también acceder a los cargos de Plana Mayor. Enuncia los aspectos colectivos de los hechos diciendo que se impone un techo de cristal que obsta a las agentes penitenciarias mujeres ascender a los grados superiores de la jerarquía, a los cargos de la Plana Mayor y acceder a los órganos de conducción del Servicio Penitenciario.

Afirman que ninguna mujer detenta los grados superiores de la jerarquía penitenciaria, y que hasta diciembre del 2018 de los ocho cargos que conforman la Plana Mayor, solamente uno estaba ocupado por una mujer, quien se encontraba a cargo de la Dirección del Régimen Correccional, cargo que reviste particularidades que ponen de manifiesto discriminación de género, por ser el único cargo con designación interina, porque la designada pertenecía al escalafón profesional y técnico por ser psicóloga, con lo cual no pertenecía al escalafón penitenciario como dispone el artículo 46 de la ley 5639.

Expresan que en el año 2018 tres mujeres del escalafón penitenciario eran oficiales superiores con el grado de subprefecto, individualizándolas como C. R., G. C. y Y. M. Farfán, y ninguna fue considerada para ocupar cargos de la plana mayor, criterio que no es empleado en el caso de ser hombres ya que los designan aunque sean oficiales jefes. Sostienen que sobre un total de ocho cargos, cinco se



encontraban en esa situación, la Dirección de Régimen Correccional estaba ocupada interinamente por un subalcaide del escalafón técnico y profesional, la Secretaría General estaba ocupada interinamente por un alcaide del escalafón técnico y profesional, el Departamento de Sanidad estaba ocupado por un subalcaide, la Secretaría General estaba ocupada por un alcaide y la Asesoría Letrada estaba ocupada por un subalcaide y afirman que el mayor acto de discriminación se produjo al nombrar al Subdirector General del Servicio Penitenciario, en cuyo cargo se nombró al Dr. M. quien revestía el cargo de Oficial Subalterno que es el escalafón más bajo de los diferentes agrupamientos que componen los oficiales del personal superior, y se lo designó no obstante existir mujeres que detentaban el grado de Subprefecto. Concluyen que en toda la historia del Servicio Penitenciario de Salta nunca una mujer fue designada en el cargo de Director o Sub Director General.

Luego de dar repaso a las irregularidades que atribuyen al sumario administrativo seguido contra la señora Y. M. Farfan, y el desarrollo del expediente judicial tramitado por ante el Juzgado de Violencia Familiar y de Género de Segunda Nominación, caratulado “Farfan, Y. M. vs. D., J. A., M., B. C. – Violencia de Genero”, Expte. N° 637522/18, explican que la actora advirtió que la discriminación y violencia de género de la cual era víctima, no se circunscribía a su persona, sino que afecta a todo el colectivo de mujeres agentes penitenciarias, y por eso propuso una serie de medidas de acción positiva que las sistematizó en lo que denominó “Protocolo para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el personal del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta”. En estas medidas se adecua el Reglamento de Calificaciones, Ascensos y Eliminaciones del Personal del Servicio Penitenciario de la Provincia al Bloque de Constitucionalidad Federal. Afirman que el Decreto N° 1108/85 es un acto administrativo de carácter general, por lo que consideran que el Poder Ejecutivo tienen la plena potestad de poner el Protocolo propuesto en vigencia mediante un acto de similares características.

Relatan que la señora Farfán presentó en el año 2018 el proyecto de Protocolo ante el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia, la Secretaría de Derechos Humanos y el Observatorio de Violencia contra las Mujeres, sin que ninguno de los organismos resolviese sobre la validez del Protocolo como herramienta para cumplir con la manda judicial dispuesta en los autos “Farfan, Y. M. contra D., J. A. y M., B. C. – Violencia de Genero”, Expte. N° 637.552/18.

Afirman que las medidas solicitadas tienen fundamento jurídico en la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Recomendación N° 25 del Comité de la CEDAW, el artículo 87 de la Constitución de la Provincia de Salta, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de Belem do Pará, la ley 26.485,



23.592, la Declaración Sociolaboral del Mercosur del año 2015, la Declaración Universal de Derechos Humanos.

II) A fs. 210/221 se presenta J. A. D., en su calidad de Director del Servicio Penitenciario de Salta, con el patrocinio letrado del Dr. C. de la R. Niega que exista en el caso lesión alguna que justifique el presente amparo, ni tampoco arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, destaca el sentido restrictivo del amparo y de las vías paralelas previstas por el Reglamento de Reclamos y Recursos para el personal penitenciario de la Provincia de Salta.

Niega que en el caso se configure discriminación de género y violación de los derechos de la amparista y del colectivo cuya defensa asumen las accionantes.

Afirma que la supuesta violación a los ascensos y acceso a los grados, cargos superiores, y de conducción, tanto a la amparista como al colectivo, resulta totalmente falaz y malicioso por una parte y por otra de un total desconocimiento a la normativa penitenciaria y administrativa, ya que la propia actora ostenta el grado de Subprefecto, grado que alcanzó mediante Resolución 70/18, del Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia, alcanzando así el primer escalón de oficiales superiores de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del Decreto 1108/85 inciso 1. Relata que el ascenso de los oficiales al grado inmediato superior lo otorga el Ministerio de Gobierno, previo asesoramiento de la Junta de Calificaciones correspondiente de conformidad con el artículo 73 de la ley 5639/80, siendo entonces el acto emitido por la Junta un acto administrativo preparatorio, de lo que infiere que es incorrecto sostener que fue la Junta quien resolvió no otorgarle el ascenso. Consideran que es también una equivocación que las únicas condiciones para el ascenso al grado inmediato superior es la temporalidad y las calificaciones anuales del periodo a tratar, ya que el Decreto 1108/85 en la sección II artículo 28 y 29 enumera una serie de requisitos, lo que se complementa con el artículo 74 que dice que cuando se considere la selección de oficiales jefes se tendrá en cuenta el desempeño en el mando efectivo de Unidades Penitenciarias, con tropa, o en los organismos que ha tenido a sus órdenes y la importancia y responsabilidad de los cargos que se le hayan asignado, y también se valorará para los oficiales superiores las facultades que posean para la dirección y conducción superior, particularmente su personalidad reflejada en el prestigio.

Puntualiza el informe los motivos por los que la Junta de Calificaciones y Ascensos en relación a la señora Farfán concluyó que se encontraba apta para el ascenso al grado superior, pero que no ascendió por falta de vacantes. En cuanto a la alegada arbitrariedad que impide el ascenso a grados superiores y cargos del personal femenino del Servicio Penitenciario relata que la cantidad de personal femenino en el Servicio



Penitenciario es menor que el masculino, por la razón de que los internos hombres son 3.430 y 220 son mujeres, y que en la actualidad la Sub Prefecto G. de los A. C. ascendió al grado de oficiales superiores, habiendo sido designada como Directora del Cuerpo Penitenciario integrando la Plana Mayor, la Alcaide Mayor C. M. desempeña el cargo de Secretaria General del Servicio Penitenciario integrando también la Plana Mayor; destaca asimismo que las direcciones de distintas unidades carcelarias también se encuentran cubiertas por personal femenino con el cargo de Directoras, como la Directora de la Unidad Carcelaria N° 6 C. del C. R., la Subprefecto M. S. P. es Directora de la Unidad Carcelaria N° 9, la Subprefecto contadora A. del V. G. y la Directora de la Unidad Carcelaria N° 4 Alcaide Mayor C. S..

En cuanto a la designación de Directores Generales y Subdirectores Generales, sostiene que dichos cargos son políticos y su designación es facultad exclusiva del Gobernador de la Provincia.

Afirma que el sumario administrativo ha sido tramitado de conformidad con la normativa vigente. Concluye que no se reúnen en el caso los recaudos de procedencia de la acción intentada y que no se afectan los derechos individuales y colectivos que se invocan en este proceso, pone en conocimiento que por Disposición N° 554/19 del 30 de abril de 2019 se conformó la Comisión Reformadora de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario a fin de adaptar la misma a la realidad imperante.

A fs. 224 se tuvo por decaído el derecho dejado de usar por la code mandada, Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia, y se requirió informe circunstanciado a Fiscalía de Estado.

A fs. 319/330 se presenta la Dra. C. V. E. en su calidad de apoderada de la Provincia de Salta, con el patrocinio letrado del Dr. A. D., y contestan el traslado del amparo colectivo, solicitando el rechazo de la acción en todas sus partes, con costas.

Niega los supuestos de procedencia formal y sustancial de la acción y, en cuanto a las pretensiones individuales y colectivas destaca que pueden resultar contradictorias, en tanto la resolución del caso particular de la Subprefecto Farfán podría resultar ser urgente y expedita, mientras que la pretensión colectiva conlleva un proceso complejo que es difícil de tramitar por la vía del amparo sin desbordarlo.

Respecto de las medidas de carácter colectivo, en primer lugar sobre la implementación del Protocolo para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el personal del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta, dice que resulta menester considerar que lo solicitado implica un procedimiento administrativo sujeto a consideración de diversos órganos, en el que se produce un



análisis integral, tanto de factibilidad de implementación práctica como también jurídica, el que luego requiere aprobación por parte del Gobernador de la Provincia mediante decreto, por ser un acto de carácter reglamentario.

Afirma que, de las medidas requeridas algunas dependen de una decisión política, como es el caso de la determinación de un cupo femenino para los cargos de la Plana Mayor, resultan discrecionales de quien ejerza la Dirección General; también es el caso de la determinación de un cupo femenino en la conformación de la Junta Superior de Calificaciones, ya que su integración dependerá de quienes designe el Gobernador de la Provincia; respecto del cupo femenino para la conformación de la Junta de Calificación para Oficiales, sub Oficiales, Ascensos y Eliminaciones Extraordinarias dice que las Juntas son dinámicas ya que se designan para cada ascenso en particular y cada calificación anual, y que siempre se nombran mujeres como integrantes de las mismas, las cuales en proporción se encuentran debidamente representadas, destaca que la fuerza efectiva del Servicio Penitenciario se encuentra integrada por 2.973 agentes penitenciarios en total de los cuales 2.224 son hombres para una población penitenciaria conformada por 3.210 internos de igual género, mientras que existen 749 penitenciarias mujeres para una población de 220 mujeres en calidad de internas, porcentaje que se refleja en las juntas de calificaciones en las que al menos tres de siete integrantes son penitenciarias mujeres como sucedió por ejemplo en las Disposiciones N° 1.345/16, 1.365/17, 1.590/17 en las que participó la subprefecta Farfán; respecto de la paridad de género en los nombramientos del Director General y Sub Director General del Servicio Penitenciario, afirma que es facultad exclusiva del Poder Ejecutivo Provincial de acuerdo a lo establecido en los artículos 5 y 6 de la Ley 5639.

Respecto de las restantes medidas de carácter colectivo, como es el caso del orden de mérito vinculante con paridad de género en el otorgamiento de ascensos, afirma que las condiciones objetivas y subjetivas para los ascensos están fijadas por la ley y condicionadas por las vacantes existentes para cada escalafón, razón por la cual se establece el orden de méritos sin influir el género de cada uno, sino su aptitud para no generar distinciones en donde la ley no las efectúa; en cuanto a la excusación y/o recusación de los miembros de las Juntas de Calificaciones actuales sostiene que esta direccionado específicamente a las pretensiones individuales de la subprefecto Farfán; sobre el informe anual del Observatorio del Violencia contra las Mujeres, afirma que se trata de un ente autárquico y que la intervención requerida debería ajustarse a alguna de las facultades que integran el artículo 3 de la ley.

En cuanto a las medidas de carácter individual pide que se declare abstracta la cuestión referida a la ratificación del ascenso al grado de Subprefecto de Y. M. Farfán, ya que con fecha 11 de enero de 2018 se



emitió la Resolución Ministerial N° 70/18 la que con carácter constitutiva de estado, designa a la Subprefecto Farfán, y que, siendo que para acceder al cargo de Prefecto debe haber cumplido el tiempo mínimo de tres años en el cargo de subprefecto, no es posible que se otorgue el ascenso en carácter de excedente, sin que se hubiese tachado de inconstitucional la norma que así lo dispone.

Realiza consideraciones especiales de acciones positivas ejercidas por la administración, tales como la Comisión Revisora de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, la revocación del pase a disponibilidad de la Sub-prefecto Y. M. Farfán, la afectación de la Subprefecto a ejercer tareas en la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios teniendo como misión principal coordinar la comisión de modificación de la Ley Orgánica, la revocación de la designación como Subdirector del Servicio Penitenciario de la Provincia del Dr. B. C. M. a través de Decisión Administrativa N° 04/2019.

III) A fs. 347/348 se celebró audiencia de conciliación donde las partes acordaron respecto del reclamo individual de la señora Y. M. Farfán que sería dictado por parte del Ministro de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia el acto administrativo de reconocimiento de la antigüedad en el grado de Sub Prefecta de la señora Farfán, con fecha de inicio a partir del día 1 de enero de 2017, de conformidad a lo dispuesto en la Resolución de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios N° 025/17, y que el sumario administrativo tramitaría con el avocamiento de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios, y que ello no implicaría un obstáculo para la participación en concursos en el grado de prefecto, ni afectaría su puntaje o calificación hasta su resolución. En cuanto a las pretensiones colectivas, la parte demandada hizo conocer la existencia de un Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario en cuya redacción participó la señora Farfan, acordando en esta audiencia que también participaría en el proceso el Foro de Mujeres por la Igualdad de Oportunidades. También convinieron que en el plazo de 15 días hábiles presentarían ante el juzgado un texto en el que reunirían los puntos de acuerdo sobre las prácticas a llevarse a cabo en el procedimiento de selección del personal del Servicio Penitenciario, texto que debía satisfacer los recaudos mínimos con los que deben interpretarse las normas vigentes a la luz de los tratados y convenciones vigentes.

A fs. 355 las amparistas presentaron un proyecto de acuerdo de conciliación, y a fs. 367 se agregó por parte de las accionadas las líneas de acción para la integración de la perspectiva de género en el Servicio Penitenciario Provincial efectuadas por la Subsecretaría de Políticas de Género y, a fs. 372/373 se agrega la resolución N° 1.421 del Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia por la que rectificó el Anexo Adjunto a la Resolución Ministerial N° 70 excluyendo a la señora Y. M. Farfán, y se ratificó la Resolución N° 25/17 de la Subsecretaría de



Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios autorizando el ascenso de la Alcaide Mayor Y. M. Farfán al grado inmediato superior de Subprefecta en calidad de excedente y a partir del 01 de enero de 2017.

A fs. 417/420 la Provincia de Salta acompaña la Resolución N° 022/19 de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios mediante la cual se resolvió el sumario administrativo N° 0080050- 249042/2018-0, dictándose la nulidad absoluta e insanable de lo actuado por la administración desde la providencia de imputación.

A fs. 426 y 434 se abrió el proceso a prueba y se ordenaron los pedidos de informe ofrecidos por la parte actora. A fs. 445/482 el Subdirector General del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta respondió el informe requerido en el oficio de fs. 436; a fs. 490/516 se agregó el informe de la Sub- secretaría de Proyectos y Sistemas; a fs. 526/528 obra informe del Ministro de Seguridad de la Provincia.

A fs. 541 se pusieron los autos para alegar para la parte demandada, reservándose los alegatos a fs. 544.

A fs. 547/551 dictamina el Sr. Fiscal Civil N°1, quien en primer lugar concluye que no habiéndose acreditado incumplimiento de la normativa en el régimen de ascensos y designaciones no puede tenerse por acreditada la práctica discriminatoria alegada. Luego afirma que las medidas de alcance colectivo que las amparistas solicitan, exceden la esfera de la acción de la justicia que no puede pronunciarse sobre principios generales, ni establecer normas generales y abstractas, por lo que entiende que deben rechazarse las pre- tensiones colectivas, lo que – afirma- no obsta al dictado de una sentencia exhortativa para que en el adecuado ámbito de debate y decisión se emitan las normas que exige una política pública que garantice la igualdad real de derechos entre hombres y mujeres de acuerdo a la ley 26.485, la Constitución Nacional y los Tratados, a fin de evitar futuras vulneraciones al derecho de igual- dad de las mujeres.

A fs. 553 se llaman autos para sentencia y a fs. 559 vta. pasan estos autos a despacho.

### CONSIDERANDO

I) a) **La acción de amparo**: En primer lugar, corresponde analizar la pertinencia de la vía escogida.

El artículo 87 de la Constitución de la Provincia de Salta establece que “la acción de amparo procede frente a cualquier decisión, acto u omisión arbitrarios o ilegales de la autoridad, excepto la judicial, o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícitos o implícitos de esta Constitución, tanto en el caso de



una aM.za inminente cuanto en el de una lesión consumada, a los fines del cese de la aM.za o del efecto consumado”.

Tiene dicho la Corte de Justicia de Salta que “a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la in- vocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por me- dio de otras vías (cfr. esta Corte, Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127:315, entre otros)” (CJS Tomo 221:897/910).

El amparo exige entonces para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño grave sólo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de una vulneración de garantías constitucionales, pues la razón de ser de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen la función que la ley les encomienda, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (cfr. doctrina de la CSJN en Fa- llos, 305:2237; 306:788, entre muchos otros; criterio seguido por la CJS en Tomo 221:897/910).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho “Siguiendo a J. Francisco Linares, que la razonabilidad y la justicia de una ley está dada cuando ella se traduce en la mejor posibilidad de entendimiento colectivo con el menor sacrificio de derechos, concepción que es la que mejor armoniza con el principio "pro homine", enunciado en los artículos 5 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, según el cual siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos reconocidos por esos jerarquizados textos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, éstas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85).” (CSJN, “Grupo Clarín”, Fallos: 336:1774).

Dado que en el presente caso se dedujo un amparo colectivo, no puede dejar de ponerse de resalto que el artículo 43 de la Constitución Nacional en su segundo párrafo, al referirse al amparo colectivo hace expresa alusión a su empleo para accionar contra actos discriminatorios, al decir que “podrán interponer esta acción contra cualquier forma de



discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Si bien podría afirmarse que la cuestión debatida en autos requiere una vía de conocimiento ordinaria (tal como lo demuestra el tiempo insumido en su tramitación, los planteos y defensas esgrimidos, las pruebas producidas y la dificultad probatoria del caso), y que sería deseable que el legislador provincial regule el trámite de los procesos colectivos que no discurren –por su complejidad- por la vía de amparo, mora que ha sido destacada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Halabi”, y también por la Suscripta en el antecedente registrado al tomo 49 f° 142/160, dictado en los autos “Usuarios y Consumidores Unidos (U.C.U.) Delegación Salta vs. Autoridad Metropolitana de Transporte y SAETA S.A. s/ Amparo Colectivo”, Expte. N° 23893/19, que tramitó por ante este mismo juzgado a mi cargo, donde afirmé que la falta de regulación de los procesos colectivos en la provincia de Salta hace que los litigantes opten por la vía de amparo, por ser esta una vía procesal que admite su adecuación a las necesidades del proceso conforme a una recta interpretación de la Constitución (artículo 87 de la Constitución de la Provincia de Salta), sin que la mora legislativa para regular el especial cause que requieren los procesos colectivos pueda implicar, o convertirse, en una negación del acceso a la justicia de los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, los que resultan plenamente operativos (cf. fallos CSJN 239:459; 241:291 y 315:1492), por lo que mantengo lo allí dispuesto sobre la admisión de la vía de amparo aun en los casos que -como el presente- requieren una tramitación que supera los cauces propios y típicos del amparo, mientras perdure la falta de regulación de los procesos colectivos, y en virtud del principio pro actione, tal como se lo consideró en el transcurso de este trámite.

Asimismo, parece abonar la pertinencia de la aplicación del mencionado principio pro actione el texto de la ley N° 7.968 que crea el Registro Público de Procesos Colectivos en la Provincia de Salta, la que en su artículo cuatro dispone que se procederá a la inscripción de “todas las causas de la especie indicada, radicadas ante el Poder Judicial de la Provincia de Salta, cualquiera fuese la vía procesal por la cual tramiten y el fuero ante el que estuvieran radicadas”, regulación que se muestra indicativa de la apertura que el legislador (y la Corte de Justicia en tanto el texto de la ley es el fruto de una iniciativa legislativa del Máximo Tribunal Provincial) ha dado para la tramitación de los reclamos colectivos, ello como se dijo, mientras dure en la Provincia la situación de falta de regulación específica para la tramitación de los procesos colectivos.



I) b. **Admisibilidad formal de la vía de amparo – falta de agotamiento de la vía administrativa:** Al respecto cabe recordar que se ha dicho que el am- paro no ha sido instituido para alterar el régimen de competencias establecido para el funcionamiento de los distintos órganos estatales (L.L. 1985.C-140, CSJN Fallos 270:176, 269:187 y 303:419).

Pero, y coincidiendo con lo dicho acerca del tema por el Dr. Marcelo Ramón Domínguez en los autos caratulados “Carbajal, Adolfo Enrique vs. Municipalidad de Campo Santo - Amparo”, Expte. N° CAM 364545/11, en- tiendo que “este principio resulta aplicable en la medida que los recursos o re- medios utilizables resulten aptos para satisfacer el interés de protección del derecho afectado y no en caso contrario; sin embargo es el particular que se dice agraviado quien debe no sólo afirmar sino probar la insuficiencia de tales articulaciones (E.D. 110-114; L.L. 1986-B-411 y L.L. 1984-C-410). La exclusión del amparo por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (CSJN, 8-7-97, “Mases de Díaz c/ Estado de la Provincia de Corrientes”, CJS Tomo 140: 519/528, considerando 6°)”.

En este caso no resulta atendible el planteo efectuado por el señor Di- rector del Servicio Penitenciario de Salta, Don J. A. D., en el escrito de fs. 210/221, ya que la actitud procesal asumida en autos por la institución que representa reafirma la decisión administrativa cuestionada por la señora Y. M. Farfán respecto de sus pretensiones individuales. Entonces, remitir el caso a la conclusión del procedimiento administrativo importaría una solución meramente ritual reñida con un adecuado servicio de justicia.

En este orden, Sagüés manifiesta que no es necesario recorrer la vía administrativa previa al amparo si, iniciado directamente éste, la autoridad pública se opone a los argumentos de la actora y sostiene en el juicio de amparo la legitimidad del acto lesivo, ya que lo contrario transformaría el requisito del agotamiento de la vía administrativa en un ritualismo inútil (conf. CFed Resistencia, 23/10/84, en Rev. L.L., 1985-B-90). (...) Y dicha conclusión es acertada, ya que si el poder administrador insiste en sede judicial en la ejecución del acto reputado lesivo, el reenvío de la cuestión a los procedimientos administrativos viene a ser inconducente; y, por ende, el amparo debe ser formalmente considerado (Néstor Pedro Sagüés, Acción de Amparo, Editorial Astrea, Buenos Aires, año 1995, p. 192).

II) **Recaudos del proceso colectivo:** La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2009 en el caso “Halabi”, ante la falta de regulación de los procesos colectivos asignó pautas para su trámite a fin de garantizar el debido proceso colectivo y el derecho de defensa de las personas implicadas en él, luego, la Corte de Justicia de Salta con fecha 16 de mayo



de 2016 dictó la Acordada N° 12.100 que dispuso remitir como iniciativa legislativa a la Cámara de Diputados de la provincia el proyecto de ley que como anexo formó parte de la misma, haciendo uso para ello de las atribuciones que le confiere el artículo 153, apartado “a”, inciso “e” de la Constitución de la Provincia. Dicho proyecto propuso crear un Registro Público de Procesos Colectivos, estableciendo también algunas líneas reglamentarias para su funcionamiento. Según surge de sus propios considerandos, esta decisión siguió los lineamientos dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Acordada N° 32/14, por medio de la cual se creó y aprobó el reglamento del Registro Público de Procesos Colectivos, así como también lo resuelto en el precedente “Municipalidad de Berazategui vs. Cablevisión S.A.” que diera origen al dictado de dicha reglamentación por el máximo tribunal de justicia del país.

Esta iniciativa se convirtió luego en la ley N° 7.968, en virtud de la cual se dictó la resolución de fs. 178/181 de estos autos, que hizo mérito de la legitimación extraordinaria de la asociación actora -en razón de los fundamentos allí expresados referidos a la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Salta impuesta por el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Justicia Provincial- y, de la señora Y. M. Farfan (v. punto II) a), de su representatividad adecuada (v. punto II) b), se determinó la conformación de la clase representada (v. punto II) c), se dispuso la forma de publicidad (v. punto III) e), y se procedió a la inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos (v. punto IV).

En lo que respecta a la publicidad del presente proceso, en el dictamen de fs. 168/175 se solicitó expresamente que se asegure la debida publicidad a costa y cargo de la representante colectiva (v. fs. 175), y en la resolución de fs. 178/181 punto III) e) se ordenó hacer conocer a las afectadas la existencia del proceso en la página web de las accionadas incluyéndose de modo visible ante la primera consulta de la página principal (Inicio), una leyenda en la que consten los datos del expediente y el tribunal de tramitación, como también las legitimadas extraordinarias autonominadas como representantes de la clase y el objeto de proceso, también se ordenó – a cargo del Foro de Mujeres por la Igualdad de Oportunidades- la confección de afiches de difusión que contuviesen la misma información que la ordenada para ser publicada en las páginas web de las demandadas, los que fueron remitidos a cada uno de los establecimientos dependientes del Servicio Penitenciario de la Provincia y colocados en lugares visibles.

III) **Las pretensiones colectivas:** Las amparistas en su escrito de demanda solicitan que se fije cupo femenino en los cargos de la plana mayor del Servicio Penitenciario Provincial, el que piden sea del 50 % en los ocho cargos que componen la Plana Mayor, previstos en el artículo 10 de la Ley 5.639; cupo femenino en la conformación de la Junta Superior de Calificaciones en el 50 % de sus miembros; cupo femenino en la



conformación de las Juntas de Calificación para oficiales, suboficiales, ascensos y eliminaciones extraordinarias en un 50 %; orden de mérito vinculante, con paridad de género en el otorgamiento de ascensos; excusación y recusación de los miembros de las Juntas de Calificaciones; se ordene la realización de un informe anual al Observatorio de Violencia contra las Mujeres sobre el cumplimiento de las medidas solicitadas; piden que se fije plazo para poner en vigencia las medidas; también piden paridad de género en los nombramientos del Director General y Subdirector General del Servicio Penitenciario.

Todas estas pretensiones tienen como origen la invocada lesión al derecho colectivo a la igualdad, o su contracara, a la no discriminación en razón del género, derecho que afirman ha resultado ser sistemáticamente vulnerado.

III) a) **Marco jurídico:** La discriminación contra la mujer es materia de previsión normativa en los más altos niveles de regulación, así la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) aprobada por ley 23.179 (también su Protocolo Facultativo fue aprobado por ley 26.171) define a la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, en relación a los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” y, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belén do Pará- aprobada por ley 24.632, en su artículo 7 impone al Estado el deber de actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar, adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, am. zar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; tomar todas las medidas apropiadas, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

Por ley 17.677 nuestro país ratificó el Convenio N° 111 de la OIT que en su artículo primero expresa que se entenderá por discriminación “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga



por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

A su vez el Estado Argentino en el año 2009 dictó la Ley de Protección Integral a las Mujeres, que en el artículo 19 prevé que las jurisdicciones locales podrán dictar sus normas de procedimiento y adherir el régimen de esta ley. Luego por ley 27.210 se creó el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género a fin de garantizar el acceso a la justicia de las personas víctimas de violencia de género de conformidad a las prescripciones de la ley 26.485. En el año 2019 se aprobó la Ley Micaela N° 27.499 de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, a la cual adhirió la Provincia de Salta por ley 8.139, siendo la autoridad de aplicación el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia. También en la Provincia de Salta se encuentra vigente la ley 7.888 de Protección contra la violencia de género.

La Asamblea General de la ONU aprobó el 25 de septiembre de 2015 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, donde se fijó una serie de objetivos a lograr con la finalidad de poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales. Se acordó procurar el universal respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación (Oteiza-Mosmann, Tutela Judicial Efectiva, Rubinzal Culzoni). En el objetivo número 5 se enumera “Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas”, y es respecto de este objetivo que se han fijado las metas del objetivo 5: 5.1 Poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo 5.2 Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación 5.3 Eliminar todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina 5.4 Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país 5.5 Asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública 5.6 Asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos según lo acordado de conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales de sus conferencias de examen 5.a Emprender



reformas que otorguen a las mujeres igualdad de derechos a los recursos económicos, así como acceso a la propiedad y al control de la tierra y otros tipos de bienes, los servicios financieros, la herencia y los recursos naturales, de conformidad con las leyes nacionales 5.b Mejorar el uso de la tecnología instrumental, en particular la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el empoderamiento de las mujeres 5.c Aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas a todos los niveles.

El principio de igualdad ante la ley es materia de protección en diversos instrumentos internacionales incorporados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 7 dice que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 dispone que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2° prevé que los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La Declaración Americana sobre los Derechos Humanos en el artículo 24 dispone “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

a También el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional recepta el principio de igualdad ante la ley, “la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

III) b) **El género y la efectividad de los derechos:** La palabra género se refiere a los atributos sociales y las oportunidades asociados con ser hombre y mujer y las relaciones entre hombres y mujeres. Estos atributos, oportunidades y relaciones son socialmente construidos y se aprenden a través de los procesos de socialización y cambian en el tiempo. El género



determina lo que se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto sociocultural dado, generándose diferencias en las responsabilidades, y oportunidades de toma de decisiones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009 párr. 401) consideró que el estereotipo de género “se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y social- mente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”.

La equidad de género es un criterio interpretativo o un principio hermenéutico empleado transversalmente, y en particular en la jurisprudencia, tal como sucedió en la reciente resolución registrada en el Libro de Sentencias Definitivas N° LXXVI, “R., M. C. c/ J., J.L. s/ Daños y Perjuicios extracontractual”, de la Sala II de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Provincia de Buenos Aires (texto íntegro en [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/RMC%20\(causa%20N%C2%B0127098\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/RMC%20(causa%20N%C2%B0127098).pdf); ElDial <https://www.eldial.com/nuevo/archivo-jurisprudencia-detalle.asp?id=52438&base=14>, donde se dijo que “la visión o perspectiva de género consagrada en nuestro derecho no se limita de modo alguno al ámbito legal y judicial sino que es una herramienta que ha adquirido la sociedad en su conjunto”, y citando a Graciela Medina afirmaron que “los jueces tienen el imperativo constitucional y supranacional de hacer efectiva la igualdad; porque los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socio culturales y en consecuencia no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se definen los derechos de dos hombres o de dos empresas, sino que debe juzgar con perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales”, “no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicar se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es, en definitiva, lo que da origen al conflicto”.

La aplicación de la perspectiva de género como forma de lograr un efectivo acceso a la justicia y así conformar la efectividad de los derechos



que se invocan afectados, es una mirada ya generalizada en los tribunales argentinos, tal como surge de la acordada recientemente dictada por la Corte de Justicia de Salta N° 13.171, del 21 de agosto de 2020, por la que adhiere al “Protocolo de Actuación del Observatorio de Sentencias con Perspectiva de Género”, cuyo texto fue aprobado por la Comisión Directiva de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia (Ju.Fe.Jus), esto es suscripto por los representantes de todas las Cortes y Superiores Tribunales del país, a los fines de recopilar las decisiones judiciales dictadas a lo largo y ancho del país que contengan esta perspectiva.

III) c) **Discriminación inversa:** El artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional dispone que corresponde al congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Esta regla que marca –enunciativamente- los supuestos en los que deberán adoptarse medidas de acción positiva, prevé expresamente que deben garantizarse la igualdad de oportunidades, trato y ejercicio de sus derecho a las mujeres y, que para ello, las medidas de acción positiva son el cauce a emplear.

Esta forma de balancear una realidad desajustada respecto de determinadas personas o grupos de personas comprende a todos los poderes del Estado, en tanto es la forma de evitar que las normas sólo sean una declaración contenida en un papel, y que se traduzcan en la consecución efectiva de derechos. Por ello es que los Poderes del Estado debemos hacer lo que nos toca, removiendo los obstáculos que impiden la efectividad de la igualdad en general y de género en particular, reconocida en los instrumentos nacionales e internacionales tal como se dijo.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación citando el texto de la CEDAW dijo que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar [...] b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección [...] y c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo [...]" (art. 11; en igual sentido, Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo). Asimismo, de conformidad con el art. 2, "e" y "f", de dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a "Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas [...] y a] adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para



modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer" (Fallos: 337:611).

Hitters y Fappiano (La no discriminación contra la mujer, La Ley 22/11/2011, 1 - La Ley 2011-F, 1067; AR/DOC/5696/2011) afirman respecto de la discriminación inversa que "cuando existen patrones o constantes históricas de trato diferente, se intenta corregir esa desigualdad de hecho mediante una diferenciación jurídica, adoptando medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc., se encuentran en una condición inferior. Es lo que se conoce como discriminación inversa. Se acude, así, a los llamados "programas de acción afirmativa", cuyo propósito es reparar esas injusticias, abandonando el viejo concepto de igualdad formal para alcanzar una igualdad real de oportunidades. Su origen está dado en haberse comprendido que no es suficiente la sola promulgación de leyes de protección del derecho a la igualdad, sino que resulta necesaria una acción positiva destinada a garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos en la realidad; o sea, además de "facilitar" el disfrute de un derecho, es preciso "hacer efectivo" directamente ese derecho cuando una persona o grupo de personas sea incapaz, por razones ajenas a su voluntad, de lograrlo por los medios a su alcance (arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica). En una palabra, en ciertos casos no basta con el reconocimiento de los derechos sino que es necesario, también, promoverlos y garantizarlos para que existan realmente; garantías que pueden ser de distinta especie, como ser por ejemplo: a. nulidad de las disposiciones que consagren desigualdades; b. recursos adecuados ante los tribunales; c. imposibilidad de adoptar represalias hacia quienes demanden judicialmente el reconocimiento de sus derechos; etc. No obstante, las medidas de discriminación inversa deben ser razonables. Se señalan como límites a esta política la búsqueda del equilibrio entre los distintos sectores, lo que conlleva a no otorgar derechos excesivos evitando que la medida implique una disminución de oportunidades equitativa a otros, o que trabe la excelencia del servicio, cargo o función, o impedir el corporativismo. En cuanto a la discriminación por razones de sexo, cabe señalar que si bien por lo general no subsisten en los marcos legales, en la realidad suele ocurrir -como vimos- que las mujeres perciban salarios menores a los de los hombres, que no puedan acceder a determinados puestos de importancia, etc. Ello ocurre también en el resto del mundo y en la Argentina, según se desprende de los datos consignados en el informe del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional. En tal contexto, debe asegurarse a las damas no ser discriminadas en el acceso a puestos de trabajo por su condición, así como a los cargos de mayor jerarquía, como suelen ocurrir en la práctica. A la vez, debe garantizarse también que no sean despedidas por tal razón, que las condiciones de trabajo sean semejantes y, por último, que perciban la misma remuneración que un hombre que realiza una tarea similar. Lo cierto es que la principal limitación a las normas que prohíben la



discriminación indirecta en razón del sexo, es que el propio empleador puede defender sus prácticas discriminatorias demostrando que sus acciones están objetivamente justificadas, lo que debe ser valorado por los jueces. Los tribunales tienen que ser rigurosos, ya que las normas que protegen frente a las discriminaciones indirectas tienen por objeto poner en tela de juicio las costumbres tradicionales que poseen un efecto discriminatorio sobre las mujeres. Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad. Posibilidad de elección que no se limita ni condiciona al trabajador varón, de modo que la vida pone en evidencia un inequívoco contenido discriminatorio. Por último, si bien es cierto que las Constituciones Nacionales garantizan la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconocen dichas Cartas no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso. La Convención antes analizada, en su art. 4, aclara que la adopción de medidas especiales por parte de los Estados, destinadas a lograr la igualdad de facto entre hombres y mujeres, no es constitutiva de discriminación y que, en todo caso, esas medidas son transitorias. Esto significa que un estatuto jurídico diferenciado se justifica cuando se intenta maximizar en los hechos la igualdad, es decir, que resulta necesario como una manera de transitar desde la igualdad en los derechos, a la igualdad en los hechos. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la idea de que el "trato diferente" es discriminatorio, considera sin embargo que sólo lo es si "carece de justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin pretendido".

III) d) **La prueba de la discriminación por género:** El artículo 31 de la ley 26.485 dispone que "Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Sisnero" (Fallos: 337:611), al revocar la sentencia dictada por la Corte de Justicia de Salta, y en coincidencia con el criterio entonces adoptado en la sentencia



de primera instancia dictada por el Juez Mario Ricardo D’Jallad, dijo que “cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y “la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación” (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°). Para compensar estas dificultades, en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con “la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación” (conf. considerando 11). En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia”.

III) e) **Los antecedentes y la solución:** Sostienen las accionantes que, en la labor profesional que desarrollan en el Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta se ha impuesto lo que se ha dado en llamar un “techo de cristal”, por el que las trabajadoras no logran acceder a los puestos de mayor rango, jerarquía y nivel de decisión; no cuestionan las posibilidades de ingreso a los puestos de trabajo en el mencionado Servicio, pero sí la existencia de una práctica, no explícita, por la cual no se permite a las mujeres lograr el ascenso a los cargos más altos. El reclamo es referido entonces a una discriminación cualitativa y no cuantitativa respecto de las mujeres.

En el año 1995 la Comisión Federal sobre el Techo de Cristal del Departamento de Trabajo del Gobierno Federal de Estados Unidos (Federal Glass Ceiling Commission, 1995) definió al techo de cristal como la barrera invisible, pero irrompible, que evita que las mujeres y las minorías lleguen a los escalones más altos de la escalera corporativa, independientemente de sus calificaciones o logros. Resulta de estudios realizados con el apoyo y colaboración de organismos internacionales, como el que dio por resultado el libro “El género del trabajo. Entre la casa, el sueldo y los derechos”, publicado en noviembre de 2019 que, en nuestro país, tanto en el ámbito del empleo público como en el privado, existe una menor proporción de mujeres en cargos de decisión y se afirma que “describir la segmentación vertical es visibilizarlo y sustentar el diseño de estrategias para que las mujeres, de hoy y del futuro, puedan sortearlo” ([https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/library/womens\\_empowerment/BrechasMercadoLaboral.html](https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/library/womens_empowerment/BrechasMercadoLaboral.html) pág. 141).



De las constancias de autos surge que, en el informe presentado por la Provincia de Salta (v. fs. 323 vta.) se afirma que la fuerza efectiva del Servicio Penitenciario se encuentra integrada por 2.973 agentes penitenciarios en total, de los cuales 2.224 son hombres para una población penitenciaria conformada por 3.210 internos, y que existen 749 agentes penitenciarias mujeres para una población de 220 internas mujeres.

En la audiencia celebrada en este proceso a fs. 347/348 las partes acordaron (convenio que finalmente se vio frustrado) confeccionar un texto con puntos de acuerdo a fin de llevar adelante los procedimientos de selección del personal, el que debía satisfacer los recaudos mínimos con los que debe interpretarse las normas a la luz de los tratados y convenciones vigentes (v. fs. 348), y también se hizo conocer por parte de las accionadas de la existencia de un Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, en cuyo proceso de redacción actuó la señora Farfán, dicho texto se desconoce en esta instancia en tanto el compromiso asumido en la audiencia de acompañar una copia en este expediente, no se ha cumplido.

A fs. 352/355 la parte actora acompañó un proyecto de acuerdo conciliatorio al que manifestaron habrían arribado las partes donde, respecto de los reclamos de alcance colectivo se dijo que las medidas que allí se acordaron tendrían carácter transitorio y durarían temporalmente hasta que se sancione y ponga en vigencia el Anteproyecto de Reforma de Ley Orgánica del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta. Este acuerdo fue desconocido por la accionada en su presentación de fs. 417/420.

A fs. 366/374 la apoderada de la Provincia de Salta adjuntó la resolución N° 1421/2019 referida a las pretensiones individuales de la señora Y. M. Farfán y un documento donde constaban las líneas de acción propuestas por la Subsecretaría de Políticas de Género para la integración de la perspectiva de género en el Servicio Penitenciario, entre ellas la creación de un espacio institucional de prevención, asistencia y denuncia en materia de género para el personal penitenciario femenino y personal civil, capacitación permanente en materia de perspectiva de género y prevención de violencia en cumplimiento de la ley 27.499; promover el acceso e integración de las mujeres y/u otras identidades de género a partir de las escuelas de formación penitenciaria; desarrollar medidas institucionales para favorecer la protección de la vida familiar; prevenir y erradicar en el ámbito laboral los hechos de discriminación, acoso sexual y acoso laboral. Y en el mismo escrito enumeró las acciones positivas que invoca haber llevado adelante el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta tales como el Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, revocación del pase a disponibilidad de la Subprefecto Y. M. Farfán, afectación de la misma a ejercer tareas en la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios, con la misión de coordi-



nar la comisión de modificación de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario; revocación de la designación como Subdirector del Servicio Penitenciario de la Provincia del Dr. B. C. M..

A fs. 446 se informó la conformación de la Plana Mayor en el año 2018 compuesta íntegramente por hombres con distintos grados (alcaide, alcaide mayor, sub prefecto, prefecto y adjutor mayor), y a fs. 458 se hizo conocer que en el año 2019 la Plana Mayor se conformó con dos mujeres, una a cargo de la Dirección del Cuerpo Penitenciario y otra de la Secretaria General (v. fs. 458, 464, 465).

A fs. 482 la Directora del Cuerpo Penitenciario respondió el informe requerido y a fs. 475 acompañó informe del cual surge que, en toda la historia del Servicio Penitenciario de Salta no se encuentran antecedentes de que mujeres hayan ocupado los cargos de Directora y Subdirectora General; y a fs. 476 que a la fecha 3 de diciembre de 2019 no existía personal femenino que detentase el grado de prefecto, ni de prefecto mayor.

Luego, a fs. 528 el Ministro de Seguridad, Don J. Manuel Pulleiro informó que se encontraba en trámite el Decreto del Poder Ejecutivo de la provincia por el cual se designa a la Sub Prefecto M. S. P. en el cargo de Sub Directora del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta, y luego en los alegatos la representante de la Provincia de Salta informó que fue designada en dicho cargo por Decreto 181/20, el que consultado en el Boletín Oficial de la Provincia fue publicado en el boletín N°20686 del 14 de febrero del corriente año.

Resulta entonces de las pruebas producidas en el transcurso del presente proceso que, al momento de deducirse la demanda por parte de las actoras, el Servicio Penitenciario de la Provincia contaba con un plantel de mujeres cumpliendo funciones en un número de 749, lo que representa el % 25,19 del total de los agentes penitenciarios para atender al % 6,41 de los internos, de lo que se sigue que el número de mujeres que revista en actividad es importante y relevante en relación al total de trabajadores y trabajadoras, como también en relación a las personas alojadas en el servicio penitenciario de la provincia. Pero también surge que nunca una mujer se había desempeñado en los cargos de Directora General o Subdirectora del Servicio Penitenciario, y que hasta el mes de diciembre de 2019 no existía personal femenino que detentase el grado de prefecto, ni de prefecto mayor.

Es evidente que el problema no es el denominado suelo pegajoso (sticky floor) que dificulta el acceso a los primeros niveles de carrera, sino que -tal como lo reclaman las actoras-, es el acceso a los puestos más altos en la carrera del Servicio Penitenciario, esto es la Plana Mayor, lo



que se ve obstaculizado para las trabajadoras del Servicio Penitenciario ya que se encuentran ocupados por hombres exclusivamente.

La conformación de la Plana Mayor del Servicio Penitenciario de la Provincia está prevista en el artículo 10 de la Ley Orgánica N° 5639 que dispone que “La Plana Mayor estará compuesta por los organismos que se mencionan a continuación: a) Inspección General. b) Dirección del Cuerpo Penitenciario. c) Dirección del Régimen Correccional. d) Dirección de Administración. e) Dirección Industrial. f) Departamento Sanidad. g) Secretaría General. h) Asesoría Letrada”. Así, son ocho las personas que ocupan estos ocho cargos, conformando la Plana Mayor que es un órgano técnico a disposición del Director General para la conducción del Servicio Penitenciario y que tiene por función el asesoramiento, planificación, coordinación y orientación, sin que ninguno de sus organismos tenga mando sobre las dependencias carcelarias y siendo sus relaciones a través del Director General. Las funciones específicas de cada uno de estos organismos están previstas en los artículos 11 a 18 de la Ley Orgánica.

El artículo 7 de la misma ley dice que la titularidad de los organismos que formen la Plana Mayor de la Dirección General será ejercida por Oficiales Superiores o Jefes del Servicio Penitenciario, todos ellos en actividad, designados al efecto por el Director General, aclarando luego que cuando la designación, por circunstancias eventuales, recayera en un agente que no ha alcanzado la categoría correspondiente, éste la ejercerá con su grado y a título de interino.

Esta misma ley dispone que los cargos de Director General y Sub Director General son designados por el Poder Ejecutivo, debiendo recaer en una persona que posea una formación, experiencia y capacidad ejecutiva apropiadas para el desempeño de esas funciones. En el primer caso, el artículo 5 dispone que será recomendable la designación de un miembro del Personal Superior de las Fuerzas Armadas o de Seguridad Nacional, y luego el artículo 6 se refiere al cargo de Subdirector General diciendo que su nombramiento recaerá, preferentemente, en un Oficial Superior del Servicio Penitenciario de la Provincia, del Escalafón Penitenciario y el grado máximo.

Así entonces, surge del ordenamiento normativo vigente en la provincia que los cargos de Director General y Sub Director son designados discrecionalmente por el Poder Ejecutivo, y que los cargos que componen la Plana Mayor son elegidos también discrecionalmente por quien ocupe el cargo de Director General. No es en estos casos la capacidad o mérito demostrado ante las instancias de evaluación o calificación previstas en la ley orgánica lo que define la selección, sino la sola decisión tomada por quien tiene la potestad decisoria para ello, respecto de la cual se puede afirmar como dato objetivo emergente de la prueba producida, que no ha recaído nunca en una mujer hasta el momento en que se inició este proceso.



Esta situación prolongada a lo largo de “toda la historia del Servicio Penitenciario de Salta” tal como se informó de modo textual a fs. 475, es demostrativa de la discriminación de género a la que han sido sometidas las mujeres en este ámbito de la función pública, circunstancia que alcanza el estándar probatorio requerido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Sisnero”, en tanto habiéndose probado el aludido hecho objetivo correspondía a la Provincia demandada demostrar el motivo objetivo y razonable para la selección realizada, lo que no ocurrió, ya que la defensa se limitó a sostener que se han realizado siempre las selecciones –de hombres- sobre la base de una facultad discrecional.

Un hecho que abona y profundiza el análisis que antecede, que fue destacado en la demanda de amparo, es el supuesto particular ocurrido con la designación del Dr. B. C. M. como Sub Director General del Servicio Penitenciario por parte de la entonces Ministra de Justicia, ya que fue designado a pesar de que tenía el grado de Adjutor Mayor del Escalafón Profesional y Técnico (fs. 471, 479/480), cuando de conformidad con los artículos 5, 49, 45 de la Ley Orgánica, no cumplía con las condiciones legalmente requeridas. Esto es demostrativo que la discrecionalidad ejercida ha permitido excepcionar los condicionamientos normativos sin dar justificación alguna en los considerandos de tal decisión (v. considerandos de la Decisión Administrativa N° 1234/17 obrante a fs. 171) en favor de un hombre, más no ha sido empleada esa discrecionalidad para dar cumplimiento con la igualdad de género que el sistema normativo argentino impone.

También es demostrativo de la discriminación operada para el ascenso a los cargos superiores, el hecho de que hasta los primeros días de diciembre de 2019 no existía personal femenino ocupando el grado de prefecto, ni de prefecto mayor.

Dicha circunstancia también incide de modo directo en la conformación de las Juntas Calificadoras conforme las previsiones del artículo 55 del Decreto Reglamentario N°1108, ya que ellas se integran con personal de mayor jerarquía o antigüedad que el personal a considerar, motivo por el cual, al no existir mujeres con dichos cargos, tampoco pueden ocupar lugares en las Juntas Calificadoras, estado de cosas que muestra una arraigada práctica que impide el ascenso a los cargos más altos a las mujeres que conforman el Servicio Penitenciario.

Resulta así que se configura una práctica que afecta la igualdad de un grupo, el conformado por las mujeres que se desempeñan como agentes del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta con situación de revista en actividad, y que si bien se han producido avances durante el transcurso del presente proceso tal como ha puesto de manifiesto la representante de Fiscalía de Estado, no se ha dictado, ni implementado, una reforma



estructural que impida que la lesión del derecho a la igualdad de este grupo haya podido ser superado. En efecto, se ha puesto de manifiesto en este proceso que se conformó por Disposición N° 554/19 del 30 de abril de 2019 la Comisión Reformadora de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, también que se han propuesto líneas de acción para la integración de la perspectiva de género en el Servicio Penitenciario (fs. 367), pero estas iniciativas no han logrado concreción, siendo aún necesario adoptar medidas para hacer cesar la discriminación por género que impone un techo de cristal a las trabajadoras que conforman el grupo accionante.

Los actos aislados de nombramiento de la Sub prefecto G. de los A. C. en el cargo de Oficial Superior y su designación como Directora del Cuerpo Penitenciario integrando la Plana Mayor, como la designación de la Sub Prefecto M. S. P. en el cargo de Sub Directora General del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta (fs.526), resultan sumamente alentadores pero debe por tanto asegurarse un piso de marcha de no regresividad ante los cambios gubernamentales y políticos, ya que no configuran un cambio estructural que garantice que la arraigada práctica discriminatoria sobre las cualidades de las mujeres para acceder a los cargos superiores ha sido superada, máxime si –como se dijo en el párrafo que antecede- respecto de los instrumentos que han tramitado como iniciativa del Poder Ejecutivo no se ha comunicado en este expediente que hubiesen tenido avance alguno.

El razonamiento defensivo empleado por parte de la Provincia accionada, pretende sustentar la razonabilidad de la falta de ascenso de las mujeres a la Plana Mayor en la relación existente entre el personal femenino y masculino y la cantidad de internos mujeres y hombres, de lo que se seguiría que sólo los hombres conforman dicho órgano de conducción del Servicio Penitenciario (artículo 10 de la Ley 5639) en razón que la mayoría de los condenados en la provincia son hombres. Este razonamiento carece de sostén, en tanto la Plana Mayor tiene entre sus funciones asesorar, planificar, coordinar y orientar al Servicio en general, el que se encuentra compuesto por establecimientos penitenciarios destinados a alojar hombres y también mujeres, afectando sus disposiciones a todos ellos. Muy por el contrario, conformar un órgano de conducción con mujeres y, cruzado por la perspectiva de género, permitiría evitar la consecución de hechos como el acontecido con la muerte de Andrea Neri en el año 2017 en manos de su femicida en una visita dentro del Penal de Villa las Rosas -conducido en ese momento por un hombre y con una plana mayor íntegramente conformada por hombres-, quien a su vez ya había cometido igual crimen. La perspectiva de abordaje institucional debe estar cruzada por la realidad de los múltiples actores sociales interesados: víctimas, reclusos, familiares, funcionarios, es decir una realidad atravesada por relaciones humanas de diversos géneros y no solo signada por una mayoría masculina, que a la postre se espera



reconstruya un vínculo resocializador y plural con la comunidad que espera vivir en paz y fraternalmente.

Como se dijo en el precedente “Sisnero” (sentencia de primera instancia del 18 de noviembre de 2009, Expte. N°261.463/ 2.009 del Dr. Mario Ricardo D’Jallad, Juez de la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Salta) al referirse a la realidad local “afloran, prejuicios de origen medieval. Algo inaudito frente a notables avances en el pensar humano, en la evolución de las ideas, de la ciencia. Algo que se puede calificar de incomprensible. Es necesario que el Estado, cuya Constitución contempla la igualdad en diversos artículos (así 14, 16, 36, 37, 43, 75 en varios incisos) y que ha suscripto tratados y dictado leyes (entre otras, la n° 26.485 en el año 2009) garantice efectiva, concreta y realmente la –tantas veces – proclamada igualdad – y tan pocas veces hecha efectiva”.

“En la actualidad, todavía se piensa que las mujeres no deben ascender en las organizaciones, alegando razones absurdas, como por ejemplo, que las mujeres son poco competitivas, o que tienen más cargas familiares y por tanto menos disponibilidad, por tanto, se puede afirmar que existe una barrera oculta que impide a las mujeres promocionarse en las empresas y avanzar en condiciones de igualdad. Sin embargo, y aunque algunos no quieran reconocerlo, es una realidad el hecho de que muchas mujeres ya no tienen el papel tradicional que ha impulsado siempre a la desigualdad, sino que pueden vanagloriarse de que alcanzan niveles de cualificación y experiencia profesional en el trabajo equiparable a la de los hombres. Por todo ello, y con más razón, es preciso establecer medidas para corregir las causas que motivan la limitación de posibilidades de promoción de las mujeres [...], o lo que es lo mismo, garantizar un régimen de promoción profesional, que evite la existencia de tratos desfavorables para las mujeres. Urge acabar con la segregación, urge acabar con los obstáculos invisibles que impiden a mujeres altamente calificadas lograr posiciones de poder en las organizaciones.” (López-Romero González, Igualdad en la clasificación y promoción de profesionales: avances y retrocesos, en Perspectiva de Género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados, Ángela Figueruelo Burrieza Directora, Editorial Bomarzo, España, 2013, pág. 209).

Así, se muestra necesario incorporar de modo estructural una perspectiva aún hoy inexistente en el Servicio Penitenciario, perforando el techo de cristal existente, modificando las prácticas cotidianas hacia dentro del sistema para con las internas y con las agentes penitenciarias, y hacia afuera para con las víctimas y los familiares de todos las y los penados .

Si bien no todos los procesos colectivos tienen efectos estructurales, sí puede afirmarse que los conflictos estructurales tienen efectos colectivos, y en el presente caso concurren ambos efectos, en tanto se ha visto



afectado un colectivo de mujeres, y la práctica que provoca tal lesión requiere una solución estructural para lograr el restablecimiento y la vigencia plena del derecho invocado a través de la disposición de medidas de acción de positiva. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “cuando una política es lesiva de derechos, siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona” (CSJN, CSN, causa CSJ 713/2010 (46-G), “Gutiérrez, Alejandro s/ causa n° 11.960”, sent. del 19 de febrero de 2015 LLOnline AR/JUR/192/2015).

Ha asegurado el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo que “las políticas de acción afirmativa, no solo contribuyen a garantizar los derechos de todos los grupos poblacionales y la igualdad de oportunidades, sino que también son un avance necesario para promover un efecto aspiracional a partir de visibilizar mujeres que actúen como modelos referenciales. El progreso en la representación de mujeres en puestos de toma de decisiones ha sido claro en el poder legislativo nacional, a partir de la ley de cupo y luego de la ley de paridad. Sin embargo, el avance ha sido limitado en otros ámbitos”, y que “el Estado como garante de los derechos humanos y de la igualdad de oportunidades debe avanzar en la adopción de metas de género, tanto en el Poder Ejecutivo como en el Poder Judicial. De esta manera, el Estado podrá visibilizar, desde sus mecanismos, la participación de mujeres en puestos de toma de decisiones y fomentar el efecto de modelo referencial” (El género del trabajo. Entre la casa, el sueldo y los derechos, pag. 310, [https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/library/womens\\_empowerment/BrechasMercadoLaboral.html](https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/library/womens_empowerment/BrechasMercadoLaboral.html)).

Probado el supuesto de hecho de que las mujeres que trabajan en el Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta nunca, en toda la historia de dicho organismo, han ocupado los cargos de Director y Sub Director, y que la integración de los cargos de la Plana Mayor ha sido mayoritariamente ocupada por hombres por no lograr las mujeres los ascensos que habiliten tal nombramiento hasta la apertura de este proceso, sin que la accionada haya probado motivos objetivos que justifiquen tal proceder, corresponde ahora analizar la procedencia de las concretas medidas de acción positiva solicitadas por las amparistas.

III) f) **Medidas de acción positiva de carácter colectivo:** Del escrito de demanda y pretensiones deducidas surge que, en el presente amparo, no se ha puesto en cuestión la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, ni su Decreto Reglamentario –lo que fue puesto de resalto en el dictamen del Procurador General de la Provincia a fs. 169-, por lo que la procedencia de las medidas solicitadas no podrá implicar la derogación de dichas normas, sino su interpretación armónica y coherente



con el marco constitucional y convencional referido a lo largo de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Código Civil y Comercial.

En primer lugar se pide que se fije cupo femenino en los cargos de la Plana Mayor del Servicio Penitenciario Provincial, el que solicitan sea del 50 % en los ocho cargos que componen la Plana Mayor.

Tal como surge del análisis que antecede se torna necesario adoptar medidas de acción positiva para perforar el techo de cristal que impide el acceso de las mujeres a los cargos de la Plana Mayor del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta. A tal fin se establece en la presente un mecanismo que deberá ser realizado y puesto de manifiesto de modo expreso en cada oportunidad en que se dicten resoluciones de designación de tales cargos en el marco del artículo 7 de la Ley N° 5639 a partir de la notificación del presente decisorio, y que refiere a la obligación de individualizar el porcentaje de internas mujeres respecto de la cantidad de la población carcelaria en general, operando dicho porcentaje en el momento de toma de decisión de las designaciones como piso de representación mínima del género femenino en la Plana Mayor, estableciéndose que dicho piso nunca podrá ser inferior a una miembro mujer.

Respecto de la pretensión referida al cupo femenino en la conformación de la Junta Superior de Calificaciones en el 50 % de sus miembros; y cupo femenino en la conformación de las Juntas de Calificación para oficiales, suboficiales, ascensos y eliminaciones extraordinarias en un 50 %, surge de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario que las Juntas de Calificaciones son quienes actúan como organismos asesores del Director General del Servicio Penitenciario (artículo 75) y, en el artículo 55 del Decreto Reglamentario N°1108 se dispone que “las juntas se integrarán con personal de mayor jerarquía o antigüedad que el personal a considerar. Cuando ello no fuera posible, aquel personal de menor jerarquía o antigüedad se abstendrá de intervenir en el tratamiento de aquellos de mayor jerarquía o antigüedad”.

Atendiendo que el propio artículo 5 de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario recomienda la posibilidad de designar en el cargo más alto a un miembro de fuerzas armadas, cabe analizar un antecedente relevante al respecto, que resulta ser el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1173/2010 por el cual se ordenó “a los Jefes de los Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas incluir, en la integración de las diferentes instancias de las Juntas de Calificación del Personal Superior y Subalterno, a militares mujeres que se encuentren revistando en los grados a considerar en la integración de dichas Juntas, según corresponda. Hasta tanto el personal femenino del cuerpo comando alcance los grados requeridos, esta inclusión se hará sin perjuicio del cuerpo, arma y/o



escalafón a los que pertenezca”, tomando como antecedente que el Consejo de Ministros del Estado Español, a fin de favorecer la incorporación, la integración y la permanencia de la mujer en las Fuerzas Armadas, dictó un Acuerdo mediante el cual estableció que "...Se garantizará la presencia de la mujer en los órganos de evaluación para el ascenso, selección de concurrentes a cursos de capacitación y asignación de destinos de especial responsabilidad o cualificación..." (artículo 4º, Anexo I del Acuerdo citado).

La integración de las Juntas de Calificación por trabajadoras del Servicio Penitenciario con la finalidad de lograr vencer las barreras para lograr los ascensos se muestra como una medida necesaria, y a tal fin se empleará como pauta la misma empleada en la medida de equiparación ya dispuesta, esto es, que al momento de conformarse la Junta de Calificación se individualice la cantidad de la población carcelaria en general y el porcentaje que representen las internas mujeres, operando dicho porcentaje en el momento de toma de decisión como piso de representación mínima del género femenino, y que dicho piso nunca podrá ser inferior a una miembro mujer.

En cuanto a la pretensión referida a la conformación de un orden de mérito vinculante, con paridad de género en el otorgamiento de ascensos, y la implementación de excusación y recusación de los miembros de las Juntas de Calificaciones, resulta que en el presente caso –como se dijo– no se ha planteado la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, la que en su capítulo XI prevé el mecanismo legal para los ascensos, de lo cual se sigue que no resulta procedente imponer un orden de mérito vinculante para los ascensos, como tampoco respecto de la pretensión referida a las causales de excusación y recusación de los miembros de las Juntas de Calificaciones. Ahora bien, en lo que respecta al otorgamiento de cupo para los ascensos se seguirá el mismo mecanismo indicado para la conformación de la Plana Mayor y las Juntas Calificadoras.

También se pretende que se ordene la realización de un informe anual al Observatorio de Violencia contra las Mujeres sobre el cumplimiento de las medidas solicitadas. Sobre ello, y en tanto la presente resolución contiene un mecanismo a fin de lograr la modificación de prácticas arraigadas socio-culturalmente en razón que la efectividad de los derechos vulnerados requiere soluciones de fondo, es que se torna procedente ordenar a la Provincia de Salta la realización de un informe semestral donde se comunique el cumplimiento de la presente. Por el contrario no resulta procedente disponer que dicho informe sea realizado por el Observatorio de Violencia contra las Mujeres, en tanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 7863 dicho organismo es autárquico y autónomo, y no fue demandado en este proceso.



La pretensión referida a la paridad de género en los nombramientos del Director General y Subdirector General del Servicio Penitenciario no resulta procedente en tanto no se ha cuestionado, ni debatido en autos, la constitucionalidad de los artículos 5 y siguientes del Capítulo II de la Ley 5639.

Lo dicho no obsta a destacar que, en la actualidad dichos cargos se encuentran conformados con paridad de géneros en razón de la designación de la Sub Prefecto M. S. P. en el cargo de Sub Directora General del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta por Decreto N°181/20 (B.O. 20686 del 14 de febrero de 2020).

Las medidas que se disponen en la presente sentencia se extenderán en el tiempo hasta tanto se adopten las medidas reglamentarias por parte del Poder Ejecutivo, por la forma que corresponda en el marco de su ámbito de competencias, para dar cumplimiento a las mandas constitucionales y convencionales de igualdad y no discriminación de género respecto de las mujeres que se desempeñan como agentes del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta con situación de revista.

**IV) Pretensiones de alcance individual:** En la demanda se han solicitado “medidas de alcance individual o particular” –pretensiones individuales- con la finalidad de remover los valladares impuestos por la administración que impiden que la señora Y. M. Farfán concurse por el grado de Prefecto en el procedimiento de calificaciones y ascensos, consistentes en que se ordene la ratificación del ascenso al grado de Subprefecto, que fue otorgado por Resolución N° 025-17 de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios; se ordene la participación de la señora Y. M. Farfán en el procedimiento de calificaciones y ascensos del año 2019; se disponga que la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios lleve adelante el procedimiento de ascenso al grado de Prefecto del año 2019; que se conforme la Junta Superior ad hoc para evaluar la cuestión objeto de este proceso con el titular de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios, el titular de la Subsecretaría de Políticas de Género, y una mujer policía con el grado de Comisario General; que el sumario administrativo no sea considerado como antecedente en la calificación, ni configure impedimento para que la señora Y. M. Farfán participe del concurso, ni tampoco afecte su propuesta y otorgamiento del grado de Prefecto; se considere y califique como antecedente el Protocolo para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el personal del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta; se determine que la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios será competente para tramitar el sumario administrativo; que el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia otorgue el ascenso al grado de Prefecto como excedente; y finalmente que el Observatorio de Violencia contra la Mujer participe en el sumario administrativo.



Respecto de estas pretensiones, a fs. 319/330, al contestar el informe la letrada apoderada de la Provincia de Salta, solicitó que se declare abstracta la pretensión referida a la ratificación del ascenso al grado de subprefecto, ya que con fecha 11 de enero de 2018 se emitió la Resolución Ministerial N° 70/18 por la que se designó como Subprefecto a la señora Farfán con carácter constitutivo a partir del 01 de enero de 2018.

A fs. 372/374 se agregó copia de la Resolución N° 1421/19 del Ministerio de Derechos Humanos y Justicia por la que se rectificó la resolución N° 70/18 otorgando el ascenso a la señora Y. M. Farfán al cargo de Sub- prefecto a partir del 01 de enero de 2017.

Luego a fs. 417 la Provincia de Salta acompañó la Resolución N° 022/19 de la Sub Secretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios dependiente de la Secretaría de Políticas Penales del Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia mediante la cual se resolvió el sumario identificado como Expte. N° 0080050-249042/2018-0 s/ “Comisión de Falta Disciplinarias del Personal Penitenciario Unidad Carcelaria N° 4 – Por incidente de fecha 08/05/18 – Intento de fuga de las internas G. S, y A. M. por los techos de la dirección industrial”, constancias que fueron agregadas a fs. 382/409 en el que se dispuso declarar la nulidad absoluta e insanable de lo actuado en el sumario administrativo.

De las pruebas enumeradas resulta que las pretensiones individuales referidas la ratificación del ascenso al grado de Subprefecto, la tramitación del sumario administrativo por la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios, y que el Observatorio de Violencia contra la Mujer participe en el sumario administrativo, se han tornado abstractas con el dictado de las resoluciones N° 22/19 de la Sub Secretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios dependiente de la Secretaría de Políticas Penales del Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia, y N° 1421/19 del Ministerio de Derechos Humanos y Justicia, que ordenaron el archivo del sumario administrativo en razón de la nulidad declarada y ratificaron el ascenso al cargo de Subprefecto desde el 01 de enero de 2017.

Estos mismos antecedentes habilitaron la participación de la señora Y. M. Farfán en el procedimiento de calificaciones y ascensos del año 2019, sin que el sumario administrativo declarado nulo pudiese ser considera- do como antecedente en su calificación, por lo que las pretensiones analizadas, como las restantes de carácter individual, se han tornado abstractas en tanto todas tenían como finalidad general lograr su participación en el concurso por el grado de Prefecto en el procedimiento de calificaciones y ascensos, para lo cual se encuentra habilitada habiéndose cumplido las pretensiones individua- les que encabezaba la



señora Y. M. Farfán. Todo esto a su vez es el resultado de lo acordado por las partes en la audiencia celebrada a fs. 347/348.\_

Resulta en consecuencia aplicable la doctrina del Máximo Tribunal Nacional por el que se ha decidido que a los tribunales “le está vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos en tanto todo pronunciamiento resultaría inoficioso al no decidir un conflicto litigioso actual (Fallos: 329:40, 1853, 1898 y sus citas, 2733, como también en el precedente “Isern Munne, Pedro Pablo c/ E.N. – Ley 25.188 - Cámara de Diputados de la Nación s/ am- paro Ley 16.986”, del 10 de junio de 2008).

En igual sentido la Corte de Justicia de Salta ha dicho que “es deber de los tribunales pronunciar sus sentencias atendiendo al estado de cosas existentes al momento de decidir” (Tomo 51:35; 53:121; 54:385; 57:425; 60:189; 67:429; 73:651; 76:1003), ya que no es posible que los jueces resuelvan cuestiones que en el curso del proceso han quedado abstractas o vacías de contenido, o para responder un interés meramente académico”.

**V.- Costas:** Las costas se imponen a la demandada en su calidad de vencida, en tanto ha prosperado la pretensión principal deducida, debiendo aplicarse el principio de general previsto en el artículo 67 del Código Procesal Civil y Comercial.

**VI.- Honorarios:** En consideración a los antecedentes que surgen del caso y en aplicación del artículo 34 de la Ley N° 8.035 de Aranceles y Honorarios de Abogados y Procuradores de la Provincia de Salta, que establece que, en los procesos de amparo, el honorario no podrá ser inferior a 23 ius, informando el Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de Salta -en cumplimiento de la manda establecida en el artículo 3° de la Ley 8035/17- que el valor del ius a los fines arancelarios es de \$ 2.023 a partir de septiembre de 2020 (<https://www.abogadosdesalta.org.ar/noticia/nueva-tabla-de-honorarios-ley-8035-orden-publico-y-caracter-alimentario#.X4WIGtVKiM8>), debiendo valorarse en el presente proceso la complejidad de los derechos involucrados y la gestión del caso, la novedad del planteo y la falta de regulación de los procesos colectivos en la Provincia de Salta, así como la relevancia y trascendencia social de este caso, todo lo cual se evidencia en el transcurso del litigio, y la solución que por el presente se adopta, corresponde determinar los estipendios profesionales a favor del Dr. R. J. U. por su labor desarrollada como letrado patrocinante a lo largo de todo el proceso en la suma de \$ 120.000.

Por lo expuesto,



## **F A L L O**

**I) HACIENDO LUGAR PARCIALMENTE a la acción de amparo deducida en autos, ORDENANDO a la demandada Provincia de Salta dar cumplimiento a partir de la notificación de la presente con las medidas colectivas de acción positiva dispuestas en el considerando III) f), y con la duración temporal allí dispuesta y, DECLARANDO ABSTRACTAS las pretensiones individuales por los fundamentos expuestos en el considerando IV). CON COSTAS.**

**II) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. R. J. U. por su labor desarrollada como letrado patrocinante de la parte actora a lo largo de todo el proceso en la suma de \$ 120.000 (pesos ciento veinte mil).**

**III) CÓPIESE, regístrese y notifíquese por correo electrónico a las partes y con remisión de autos al señor Fiscal Civil.**



## **"M.C.R. s/ audiencia de sustanciación de impugnación."**

Caso FSA 12570/2019/10.  
Cámara Federal de Casación Penal.

**Género. Enfoque de Género. Absolución. Vulnerabilidad. Violencia Psicológica. Acceso a la justicia de las mujeres en conflicto con la ley penal, sin discriminación y con perspectiva de género**

En un fallo que se destaca por la aplicación de un enfoque de género, la Cámara Federal de Casación Penal –integrada de modo unipersonal por la jueza Ángela Ledesma– convalidó el pasado 5 de marzo la absolución a una mujer que actuó como “mula” para poder pagar una cirugía urgente para su hija de dos años.

“Nos encontramos ante un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un contexto de violencia de género y necesidad económica” describe Ledesma en los fundamentos de su fallo. El análisis de su situación, entonces, “no puede limitarse únicamente a las disposiciones del art. 43 inc. 3 del Código Penal”, afirma la jueza, sino que “debe incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional”.

M.C.R., a cargo de la manutención, cuidado y contención emocional de sus dos hijos menores de edad, en un contexto de violencia de género, sin trabajo formal ni obra social y sin estudios secundarios completos, había sido absuelta inicialmente por el Tribunal Oral Federal (TOF) de Jujuy, órgano que “tras observar y ponderar las circunstancias sociales y personales que expresan la situación de vulnerabilidad y violencia en la que se encontraba M.C.R., consideró que “eligió” un mal menor para salvar la integridad psicofísica de su hija”.

Pero la absolución encontró impugnaciones por parte del Ministerio Público Fiscal, razón por la cual llegó finalmente hasta la Cámara Federal.

El Dr. Enrique Comellas fue el defensor público oficial de M.C.R. ante la máxima autoridad penal del país. Además, la Dra. Julieta Di Corleto y el Dr. Gabriel Anitua, cotitulares de la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación (DGN), presentaron un Amicus Curiae. En palabras de la jueza, se trata de un documento presentado “por una institución especialista en la materia cuya misión radica en bregar por el acceso a la justicia de las mujeres en conflicto con la ley penal, sin discriminación y con perspectiva de género”.

Efectivamente, quienes representaron a la defensa pública propusieron evaluar los hechos con ese tipo de mirada, planteo que encontró eco en la jueza, para quien fue claro que el análisis del caso requería “un enfoque integrador que incluya la perspectiva de género en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –“Convención Belem do Pará”– (CBP) y la ley 26.485, que imponen el deber de facilitar el acceso a la justicia, evitar la revictimización y garantizar la asistencia a las mujeres víctimas de violencia, además de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres”. Ese mismo enfoque, destaca Ledesma, es el que fue dado originalmente por el TOF de Jujuy.



En otro pasaje de su fallo, Ledesma afirma que “desconocer la situación de necesidad que primó sobre M.C.R., quien –como sostuvo la defensa y confirmó el juez en la sentencia- se encontraba angustiada por la salud de su hija y la imposibilidad económica de hacer frente a la cirugía que el médico le prescribió con urgencia, así como la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el ´ derecho penal”.

Finalmente, y antes de expresar su decisión de convalidar la absolución a M.C.R., Ledesma destaca que “no me queda más que coincidir con los argumentos expuestos en el Amicus Curiae por los defensores públicos Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua (...), que razonablemente ponen foco en los condicionamientos por género, pobreza y violencia que afectaron a M.C.R. y condicionaron sus posibilidades de actuar conforme a derecho”.



## Cámara Federal de Casación Penal

Legajo Judicial FSA 12570/2019/10

“Audiencia de sustanciación de impugnación”

Registro N° 5/2021

///la ciudad de Buenos Aires, a los 5 días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, se constituye la Cámara Federal de Casación Penal, integrada de modo unipersonal por la señora jueza Angela E. Ledesma, y de manera remota y virtual de conformidad con lo establecido en las Acordadas 27/20 y ccds. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 15/20 de este cuerpo, para resolver la impugnación interpuesta en el caso FSA 12570/2019/10 caratulado “**[REDACTED]** s/audiencia de sustanciación de impugnación

(art. 362)”. Interviene representando al Ministerio Público Fiscal, el señor fiscal general doctor Raúl Omar Pleó, y ejerce la defensa pública de **[REDACTED]**, el doctor Enrique Comellas.

La señora jueza Angela Ester Ledesma dijo: -I-

Que, por sentencia del 8 de noviembre de 2019, el juez Mario Héctor Juárez Almaraz, integrando el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy de modo unipersonal, resolvió: “I. **ABSOLVER de culpa y cargo a [REDACTED]**, de las demás condiciones personales consignadas, del delito de transporte de estupefacientes que fuera acusada, sin costas, **ORDENANDO SU INMEDIATA LIBERTAD** -cfr. arts. 34 inc. 3 del C.P., 303, 308 y 309 del CPPF...”

1

#052711966282084213620210305091414384

Abрил 2021



Contra dicho pronunciamiento, el fiscal federal subrogante, Sebastián Gabriel Jure, interpuso impugnación, que fue concedida con fecha 29 de noviembre de 2019.

El 6 de diciembre, el fiscal general ante esta Cámara, Raul Omar Plee, solicitó la integración<sup>1</sup> colegiada del tribunal para resolver la impugnación en curso. La defensa se opuso a dicha integración y el doctor Eduardo R. Riggi, por resolución del 9 de diciembre de 2019 -Reg nro 2/2019- hizo lugar a lo peticionado y dispuso la integración colegiada del Tribunal para entender en el caso.

El 10 de diciembre, a través de la oficina judicial, se sorteó a los magistrados Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Juan Carlos Gemignani para intervenir en el caso.

El 19 de diciembre, esta Cámara Federal de Casación Penal, integrada de forma colegiada por los doctores Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Juan Carlos Gemignani -luego de celebrarse la audiencia prevista en el artículo 362 del C.P.P.F.-, hizo lugar, por mayoría, a la impugnación planteada por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas; condenó a [REDACTED], como autor penalmente responsable de transporte de estupefacientes (art. 5 inc. "c" de la ley 23.737); y devolvió las actuaciones al a quo para la realización de la audiencia de determinación de pena prevista en el art. 304 del Código Procesal Penal Federal (cfr. legajo judicial no FSA 12570/2019/5, reg. nro. 3/2019).



## Cámara Federal de Casación Penal

El titular de la Defensoría Pública Oficial nro. 1 ante esta sede, Dr. Enrique María Comellas, impugnó dicha decisión de conformidad con lo previsto en el art. 364 del Código Procesal Penal Federal, formándose, el 6 de noviembre de 2020, el legajo de impugnación FSA 12570/2019/8.

El 23 de diciembre de 2020, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los doctores Guillermo J. Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques, resolvió, por mayoría, **"HACER LUGAR** a la impugnación deducida por la defensa pública oficial, **ANULAR** la resolución del 9 de diciembre de 2019 - reg. no 2/2019- que integro este órgano jurisdiccional de manera colegiada, y los actos consecutivos que dependan directamente de ésta, y **REMITIR** el presente legajo a la Oficina Judicial a fin de que desinsacule un juez de revisión con funciones de casación para que, de manera unipersonal, entienda en la impugnación presentada por el representante del Ministerio Público Fiscal el 25 de noviembre de 2019, contra la absolución dictada en favor de [REDACTED], sin costas." (cfr. legajo judicial no FSA 12570/2019/8, reg. nro. 41/2020)

El 3 de febrero de 2021, se formó nuevo legajo de audiencia de impugnación a los fines previstos en el artículo 362 del Código Procesal Penal Federal y se sorteó al magistrado que habrá de conocer en ella de modo unipersonal, resultando desinsaculada la doctora Ángela Ester Ledesma (Ac. 17/20), por lo que el caso llega así a mi conocimiento.

-II-

El representante del Ministerio Público Fiscal al impugnar la absolución de [REDACTED] consideró que el juez de juicio aplicó erróneamente las prescripciones del art. 34 inc. 3 del Código Penal, "ya que, para decidir, no tuvo en cuenta



*fundamentos válidos y respaldados por elementos probatorios producidos en el debate y resolvió en base a apreciaciones personales”.*

Señaló que la defensa no ha logrado acreditar que exista una causa que justifique la afectación del bien jurídico protegido por la norma “Salud Pública”, pues no acompañó prueba que acredite el mal que pretendió evitar ni los extremos necesarios para configurar aquel permiso. “Más aún, (...) la conducta desplegada por la imputada no se efectuó para evitar ninguna situación, sino para juntar dinero para la supuesta operación que pretendía realizar a su hija menor”.

Agregó que no se probó en el juicio que [REDACTED] haya cometido el delito que se le achaca, empujada por ser víctima de “la situación de violencia que supuestamente padecía”. En esta línea, manifestó que el propio juzgador admitió que la imputada no fue obligada por su expareja a cometer el hecho ilícito que se le imputa, y que, según la psicóloga y la asistente social, la nombrada se encontraba estable y tranquila, viviendo en la casa de sus padres desde diciembre de 2018. En consecuencia, infirió que la decisión impugnada se basó en apreciaciones personales del juez que no encuentran fundamentos en las pruebas producidas en el debate.

Por otro lado, adujo que aun cuando se considere que el mal mayor estaba constituido por la discapacidad de su hija y que iba a ser paliada con la operación, lo cierto es que ello no se solucionaría con el delito cometido pues “la misma imputada refirió al momento de prestar declaración en el juicio que



## Cámara Federal de Casación Penal

recibiría como pago la suma de US\$ 700, y si pensaba operarla en un sanatorio privado, ese monto no alcanzaba para cubrir siquiera la mitad de la cirugía que supuestamente le realizaría a su hija; y además, porque ese tipo de operaciones esta cubiertá íntegramente por el Hospital Materno Infantil de la provincia de Salta de manera gratuita”.

Refirió que no se vislumbra en el caso que la situación de necesidad alegada por la defensa de [REDACTED] importara la existencia de un peligro inminente sobre el bien jurídico que se pretendía salvar, pues se admitió que en ningún momento hubo peligro de vida para la niña.

Además, señaló que la defensa no acreditó que la imputada hubiera agotado todas las vías posibles alternativas a la comisión del delito, considerando que los dichos de la psicóloga y los certificados médicos aportados no son suficientes para acreditar esos extremos.

Para finalizar, recalcó que debe tenerse en cuenta la gravedad del delito que se imputa vinculado al tráfico de estupefacientes, el que representa una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos. Aludió, además, a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en la persecución de esos delitos.

Hizo reserva del caso federal. -III-

El 25 de febrero del corriente se llevo á cabo, de manera remota y virtual, la audiencia prescripta por el art. 362 del ritual, tal como consta en el acta confeccionada por la Oficina Judicial.

En primer término, hizo uso de la palabra el Fiscal General, Raúl Omar Plee, quien luego de hacer una reseña del hecho, cuestionó que el accionar de [REDACTED] se encuentre justificado por haber sido víctima de violencia por un hecho que ocurrió 6 meses



antes del presente o por la situación de salud que atravesaba su hija.

Señaló que, si bien en el caso existe un mal, que es el problema de salud de la niña, no existe urgencia que implique la necesidad de que su madre se oriente al delito para evitar ese mal. Tampoco se observa inminencia ni inevitabilidad de utilizar otro medio distinto al delito para evitar ese mal.

Con respecto a la patología de la menor, refirió que se presentó un certificado médico que decía que era necesario efectuar una cirugía, cuyo costo podría ser de 100.000 o 200.00 pesos. Sin embargo, consideró que debía prestarse especial atención a la declaración del doctor Laguna (parte nro 3 del debate, min 9.30) donde declara que vio a [REDACTED] dos veces, que no recuerda haber visto a la niña y que su diagnóstico fue sobre una radiografía. Asimismo, señaló que le indicó una rehabilitación por un equipo de manos pediátrico que se podía hacer en el hospital de Salta, Tucumán o Córdoba, y que, en el hospital materno infantil de Salta, se podía hacer en forma gratuita. Asimismo, señaló que según el doctor Laguna la cirugía se podía diferir en el tiempo porque requería de un equipo de manos que debía evaluar a la niña para determinar si efectivamente se podía estimular el crecimiento óseo de las falanges. De modo que consideró descartada la urgencia.

Por otro lado, refirió que el dinero proveniente del delito no era la única forma de operar a su hija y que no se encontraba en una situación económica de vulnerabilidad que le

## Cámara Federal de Casación Penal

impidiera viajar en micro al Hospital materno infantil de Salta para hacer atender a su hija de manera gratuita.

Por otro lado, cuestionó que sus niveles de autodeterminación para cometer el delito fueran producto de una situación de vulnerabilidad o violencia de género.

En este sentido, sostuvo que debía prestarse especial atención a la declaración en juicio de las licenciadas que desarrollaron el informe psicosocial. Con relación a la declaración de la Licenciada Padilla pidió que se ponga énfasis en el bloque 1 del debate (min 32, min 37.30 y min 43), porque si bien se expresó en el informe que al momento de los hechos había una situación de riesgo moderada, al ser consultada en el debate ella y la psicóloga Mercado dijeron que entrevistaron a una vecina de su actual domicilio, quien les indicó que no había existido ninguna situación de violencia.

Por otro lado, indicó que de sus declaraciones también se desprende que su expareja le había entregado la tarjeta para el cobro de su salario, que era de 8.000 pesos. Expresó que, si bien se dijo que él le exigía pagar los impuestos de su casa, lo cierto es que ella tenía su tarjeta, cobraba su salario, lo que le permitía cubrir los gastos de supervivencia para ella y sus hijos, más allá de los aportes que pudieran hacer sus padres.

Asimismo, se remitió a los dichos de la Psicóloga Mercado, en punto a que la madre de [REDACTED] era quien manejaba la tarjeta de cobro, y cuando el señor Areco reclamó la devolución, ella se negó a dársela. De ese modo concluyó que, quien recibe la violencia económica es quien trabaja y su salario es cobrado exclusivamente por la madre de sus hijos. En definitiva, consideró que no existe un supuesto de violencia de riesgo moderado motivado en lo económico.

Por todo ello, sostuvo que en el caso no existe violencia de género ni existe una situación de supresión de su posibilidad de



autodeterminación, tampoco existe urgencia en la situación médica de la niña dado que tiene que ser atendida por un equipo interdisciplinario que evalúe su situación, y tiene posibilidades de atención por un equipo de salud pública.

En estas condiciones, consideró que el tribunal erró arbitrariamente en su razonamiento, lo que descalifica a la decisión como acto jurisdiccional válido.

En esta línea, solicitó que se declare a [REDACTED] como responsable penalmente de la infracción al artículo 5 inciso "c" de la ley 23.737, requiriendo que, en el caso de que el tribunal haga lugar a su pretensión, se disponga el reenvío de las actuaciones al tribunal de origen, a efectos de completar la sentencia -juicio de cesura- en la que se declara la responsabilidad penal de la imputada. Hizo reserva del caso federal.

El Dr. Enrique Comellas, por su parte, consideró que si bien es cierto -como sostiene el fiscal- que el último proceso de violencia física padecido por su defendida fue en diciembre de 2018, y que a partir de allí se mudó a la casa de sus padres, también es cierto que a partir allí se establece un escenario en el que las propias licenciadas intervinientes advierten episodios de violencia económica y psicológica de parte de su expareja.

Con respecto a la tarjeta de débito, está acreditado en el juicio, como sostuvo el fiscal, que su ex pareja se la daba y se la sacaba y que a raíz de ello la madre hizo de mediadora. Pero destacó que ella tramitó la asignación universal por sus dos hijos



## Cámara Federal de Casación Penal

una vez que se separó. Además, cuando su expareja estuvo sin trabajo le pedía que le pague los impuestos de la casa donde antes vivían. Por otro lado, refiere que [REDACTED] una vez que se separa inicia un proceso psicológico para superarse y empieza a preocuparse por la situación de salud de su hija, que tenía una malformación en su mano. Así es que después de varias averiguaciones cae en manos del doctor Laguna, quien le dice que tenía que operar cuanto antes, por la temprana edad, para poder revertir la mal formación congénita. Expresó que todo este contexto, nos permite entender el estado de necesidad en el presente caso.

Señaló que, para hablar de las características del caso, primero es necesario referirse a la legislación aplicable en la materia. En esta línea, hizo referencia a la denominada "CEDAM", la Convención "Belem do Pará" y la ley 26.485.

Se remitió a las consideraciones de la ley vinculadas con la violencia psicológica y la violencia institucional. En primer lugar, consideró que es importante entender la violencia psicológica para poder determinar qué grado de acatamiento a las normas le era exigible a su defendida en el contexto que estaba atravesando. Por otro lado, sostuvo que del cotejo de esas normas se desprende que la justicia tiene el deber de juzgar con una perspectiva de género, y que si no lo hace podría incurrir en una causal de violencia institucional.

Luego de reseñar las normas, principios y jurisprudencia que entendió aplicable a la materia, consideró que una interpretación de la causal de justificación teniendo en cuenta estos conceptos es una exigencia del principio de no discriminación y no una aplicación benevolente de las mujeres que se encuentran en situación de vulnerabilidad o violencia de género.

Consideró que si bien es cierto -cómo dice el fiscal- que su defendida cumple los estereotipos de mujeres en situación de vulnerabilidad económica, cabeza de familia monoparental, que a

9



cambio de una escasa remuneración se arriesga a realizar un ilícito, lo cierto es que en el juicio se acreditaron características excepcionales del presente caso.

En esta línea, aludió a las declaraciones de las profesionales que intervinieron en el caso y remarcó que la Licenciada Padilla, más allá de referirse a un riesgo moderado, concluyó que "la violencia psicológica y económica se cronifica hasta la fecha". Con respecto a la Psicóloga Mercado, refirió que en su declaración expresó que [REDACTED] ante situaciones de estrés se desestabiliza emocionalmente, su inmadurez la expone a riesgos y que no cuenta con herramientas necesarias para acudir a vías saludables que puedan favorecerla. Agregó que estaba angustiada por la salud de su hija a quien quería mejorar su calidad de vida, y que es esperable una situación de ansiedad elevada, inseguridad, baja autoestima que pudo haber obstaculizado su capacidad para pedir ayuda (hora 1 min 11). Remarcó que existe una gran dificultad para salir de este tipo de situaciones y que pese a la separación, [REDACTED] no podía terminar definitivamente con el dominio de su expareja.

En consecuencia, sostuvo que el análisis del fiscal resulta fragmentado porque [REDACTED] todavía estaba atravesando un proceso de angustia, que seguía sometida psicológica y económicamente a su ex y que necesitaba ayudar a su hija.

Con respecto a la urgencia del daño, sostuvo que, si bien el doctor Laguna, quien expidió el certificado médico que decía que tenía que ser operada con urgencia, también dijo en el juicio que



## Cámara Federal de Casación Penal

tienen que ser atendida por un equipo de manos para que haga el seguimiento, esa es una información *ex post facto*, sobre la que la su defendida no había tenido acceso. Refirió que no es una operación sencilla, que requiere desarrollo y seguimiento y que el mismo doctor Laguna reconoció que en toda la provincia de Jujuy no había personal idóneo ni especializado para hacer esa operación, y que sólo se podía hacer en el Hospital Posadas o en el Hospital de Niños de la ciudad de Buenos Aires.

Puntualizó que en la audiencia de juicio quedó acreditado que su hija se puso a llorar y le dijo "mamá no tengo mi mano", lo que muestra cómo impacta el sufrimiento de la niña en [REDACTED], una persona con las características de vulnerabilidad en las que se encontraba.

Con respecto a la ponderación de males, sostuvo que se trata de un supuesto de narcomenudeo, porque la persona transportaba lo que podía en su cuerpo, y en un supuesto donde la cadena de tráfico estaba bastante alejada de los consumidores, pues todavía no había llegado a su destino, no había sido fragmentado, ni estaba en un puesto de venta. En ese contexto, comparado con la salud y bienestar de su hija, la ponderación de males adquiere otro nivel y debemos juzgarlo poniéndonos en sus zapatos y no en los nuestros.

Refirió que no tenía otros medios lícitos, pues según quedó acreditado no tenía un trabajo formal, no tenía obra social, las veces que consultó en Salta no la atendieron por haber llegado tarde, y que para poder trasladarse hasta allí tenía 14 horas de viaje en micro en total, lo que debía hacer con su hija en su regazo para no pagar dos pasajes.

Detalló que por las particulares patologías que tenía la hija, había una grave dificultad al acceso a la salud que normalmente el Estado debe brindar a sus ciudadanos.

Por todo ello, consideró que el juez concluyó fundadamente que [REDACTED] obró en un estado de necesidad justificante.

Finalmente citó el caso "Suarez Eguez" de la provincia de Jujuy y requirió que se evalúe el caso con perspectiva de género.

Concluyó que el Fiscal ha manifestado un criterio discrepante pero no ha demostrado que la sentencia resulte infundada, arbitraria o irreflexiva, solicitando, en definitiva, se rechace su impugnación. Luego abordó lo relativo a la solicitud de reenvió formulada por la contraparte, disintiendo en cuanto a la imposibilidad de que en esta instancia se practique un juicio de cesura y haciendo referencia a sus implicancias -desdoblamiento recursivo y posterior tratamiento separado en esta instancia-.

El Dr. Raul O. Plee formulo sus réplicas y reitero que no es la casación quien debe realizar el juicio de cesura.

A fin de favorecer el contradictorio, en los términos del artículo 362 del Código Procesal Penal Federal, concedí la palabra al asistente técnico, quien respondió a los dichos del fiscal y reafirmo la motivación de su asistida en el estado de salud de su hija y su angustia. Finalmente, solicito a la señora presidente si así lo desea, tenga bien dar lectura a la presentación efectuada por la doctora Julieta Di Corleto y el doctor Gabriel Anitua de la Comisión de Temática de Género de la Defensoría General de la Nación, en calidad de Amicus Curiae en donde se hace un análisis de



## Cámara Federal de Casación Penal

los requisitos de las causales de justificación que estima aplicables a derecho.

El doctor Fleé se opuso a la incorporación de un documento formulado por la Defensoría General de la Nación utilizando la institución del Amicus Curiae, en tanto y en cuanto la Defensoría Pública no reviste la calidad de tercero sino la de parte en este proceso y siendo que, además, esta representada por el doctor Comellas y que tampoco forma parte del contradictorio. Por ello, solicitó que el escrito sea devuelto por intermedio de la Oficina Judicial.

Por su parte, el Dr. Comellas explicó la función de la Comisión de Género y adujo que la presentación cumple con la reglamentación tanto de la Corte como de la Cámara en cuanto a las presentaciones por escrito y que el juez está en todo su derecho de valerse o no de ese documento que está a su disposición y que no merece demasiadas preocupaciones al respecto.

Así las cosas, luego de un cuarto intermedio adelanté mi decisión de rechazar la impugnación deducida por el Ministerio Público y confirmar la absolución de [REDACTED] dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal de Jujuy, y di a conocer algunos de los fundamentos centrales en forma verbal. Sin perjuicio de ello, anuncié que en el plazo de ley se hará conocer la fundamentación escrita para que las partes puedan acceder a ella y adoptar el temperamento que estimen corresponder.

-IV-

De manera preliminar antes de ingresar al tratamiento de la cuestión de fondo que motivó la impugnación del representante del Ministerio Público Fiscal, habré de efectuar algunas consideraciones sobre el sistema procesal imperante, en atención a



que el presente caso se inició y desarrolló íntegramente según las previsiones del nuevo Código Procesal Penal Federal.

Así pues, con la implementación del C.P.P.F (conforme Leyes no 27.063, 27.272 y 27.482, texto ordenado por Decreto 118/2019, B.O. del 8/2/19, y la Res. no 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación, B.O. del 19/11/19 y ss), en el ámbito de la justicia federal, se dio inicio a un profundo proceso de transformación del sistema de enjuiciamiento penal, que abre las puertas a la ineludible instauración del modelo de proceso acusatorio diseñado por nuestra Constitución Nacional (art. 118, 18, 75 inc. 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP -que expresamente ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los considerandos 7° y 15° del precedente "Casal" Fallos328:3399-), y comienza a dejar atrás al antiguo sistema inquisitorial tan arraigado en nuestra cultura jurídica.

Este cambio de sistema no sólo implica una característica del proceso penal, sino que constituye en esencia una nueva forma de organización de los tribunales.

Así, con el abandono del sistema inquisitivo -de raíz autoritaria- se deja atrás la organización jerárquica, burocrática y verticalizada de los tribunales, con la consecuente concentración de funciones para pasar a un proceso de toma de decisiones horizontal, cuyo paradigma esencial consiste en la separación de las funciones de enjuiciamiento y postulación, que pone a las partes



## Cámara Federal de Casación Penal

como verdaderas protagonistas del conflicto y ubica al juez en el rol de tercero imparcial. Al mismo tiempo, permite que las decisiones surjan de audiencias públicas y contradictorias, ubicando al juicio oral y público en el centro del proceso, por constituir el único escenario propicio en el que las partes pueden presentar su caso, examinar y contraexaminar la prueba, argumentar y contraargumentar en pos de obtener un veredicto imparcial (por parte un tribunal técnico o un jurado popular). De esta manera, es precisamente el litigio que se produce en el juicio oral y público lo que torna a un conflicto institucionalizado con la finalidad de pacificarlo y darle respuesta.

De ahí que el código receptara en su art 2 del C.P.P.F. una serie de principios que gobiernen las diversas etapas del proceso penal acusatorio. En efecto, el art. 2 del nuevo código procesal declara: *"Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización. Todas las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código"*.

Este ha sido sin duda un paso trascendental para instaurar definitivamente el modelo adversarial en la justicia federal, y merece reconocimiento y celebración. Sin embargo, no debemos olvidar que un modelo de enjuiciamiento no se transforma sólo con el cambio de un Código Procesal, sino que debe ir acompañado de un conjunto de prácticas que contribuyan con desencadenar ese proceso de evolución.

En este sentido, Alberto Binder sostiene "la reforma de la justicia penal debe ser vista como un cambio de prácticas. Actualmente lo que llamamos justicia penal es un conjunto de prácticas (no siempre apegadas a los códigos) que se sustentan en la fuerza de la rutina, la adhesión de los operadores y las funciones



reales que ellas cumplen. El nuevo sistema de justicia penal también será un conjunto de prácticas. Por lo tanto, a partir de la entrada en vigencia del nuevo sistema se producirá un duelo de prácticas, entre las viejas y las nuevas, entre la tradición de las prácticas inquisitoriales y las nuevas formas de actuación del modelo adversarial.” (Binder Alberto M. La implementación de la nueva justicia penal adversarial, AD HOC, Buenos Aires, Argentina, p. 153/154).

Así pues, es responsabilidad de cada uno de nosotros como operadores del sistema -y actores de la reforma- desarrollar prácticas que contribuyan con la definitiva instauración y afianzamiento del sistema. Parte de esta tarea será tomar conciencia del rol que las partes deben asumir durante el proceso, adecuar el lenguaje jurídico al nuevo modelo y evitar la reiteración automática de antiguas prácticas que tiendan a desvirtuar los fines del sistema adversarial, único modelo respetuoso del sistema de garantías constitucional y convencional que debe regir en un Estado de Derecho.

-V-

Sentado cuanto precede, habré de ingresar ahora al fondo de la cuestión traída a estudio.

a. Preliminarmente, no ha lugar a la oposición del Fiscal General de incorporar el *Amicus Curiae* presentado por los doctores Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua, cotitulares de la



## Cámara Federal de Casación Penal

Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación.

En efecto, la mencionada presentación cumple con los requisitos de la Acordada nro. 7/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de la resolución nro. 92/14 de esta Cámara Federal de Casación Penal.

En atención a las especiales circunstancias del caso se verifica un interés que trasciende a las partes con una proyección cierta hacia el resto de la sociedad (art. 1 res. C.F.C.P. 92/14), y la presentación ha sido efectuada por una institución especialista en la materia cuya misión radica en bregar por el acceso a la justicia de las mujeres en conflicto con la ley penal, sin discriminación y con perspectiva de género.

A mayor abundamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Furlan vs. Argentina del 31 de agosto de 2012 ha sostenido que "...en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas" (párrafo 241).

Por lo demás, tampoco advierto afectación alguna a los derechos del fiscal, toda vez que, de acuerdo con el trámite del presente caso, ha tenido múltiples oportunidades de conocer los argumentos que allí se formulan.

b. Ahora bien, en lo que respecta a la decisión impugnada, es preciso señalar que el juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, teniendo en cuenta la convención probatoria de las partes, previa al juicio, sobre la existencia del hecho, la participación de la imputada, la calidad y cantidad de sustancia secuestrada, así como su encuadre legal (transporte de estupefacientes), tuvo por acreditado que "el día 3 de julio de

17



2019, alrededor de las 00:45 hs., en el marco de un procedimiento público de prevención instalado sobre la Ruta Nacional N° 34, a la altura del km. 1212, en Chalicán, Ledesma, Provincia de Jujuy, personal de la Sección "Chalicán" dependiente del Escuadrón 60 de Gendarmería Nacional, controló un colectivo de la empresa "Flecha Bus" que procedía de la Localidad de Salvador Mazza Salta y que tenía como destino la Ciudad de Córdoba. Una vez que se hizo descender a la totalidad de los pasajeros para un control, un gendarme observó que una mujer - identificada posteriormente como [REDACTED] que viajaba con una menor, mostraba una conducta evasiva y que además, al bajar a la niña, poseía una protuberancia en la zona del abdomen."

Expresó que "ante la sospecha de que podían encontrarse frente a un hecho delictivo y con la previa autorización del fiscal y juzgado intervinientes, en presencia de testigos se realizó a la señora [REDACTED] una requisa, que permitió el hallazgo de un paquete rectangular, envuelto en cinta de color ocre, el cual llevaba adosado a la altura del abdomen con una faja elástica, cuya sustancia contenida, sometida a la prueba de orientación primaria arrojó resultado positivo para cocaína."

Asimismo, señaló que "el posterior pesaje de la sustancia realizado en oportunidad de la extracción de muestras y la pericia química que se practicó a la sustancia, determinaron que se trató de 997,90 grs. de clorhidrato de cocaína con una concentración del 87,7%, equivalente a 8751 dosis umbrales."



## Cámara Federal de Casación Penal

Por todo ello, y habiendo constatado que la señora [REDACTED] presenta capacidad para comprender la criminalidad de sus actos, concluyó que su autoría por el hecho se encuentra probada.

Al mismo tiempo, el magistrado consideró que en el caso se presentó un estado de necesidad que justifica la conducta desarrollada por [REDACTED], con fundamento en la situación de vulnerabilidad, por tratarse de una víctima de violencia familiar o de género y la necesidad de brindar solución urgente a la dolencia de su pequeña hija, que padece una malformación congénita en su mano izquierda. En consecuencia, encuadró su situación en el art 34 inc. 3 del Código Penal y dictó su absolución.

Dicha resolución fue cuestionada por el Ministerio Público Fiscal, quien consideró que no se han acreditado los extremos necesarios para tener por probado el estado de necesidad justificante por lo que "la decisión se basó en apreciaciones personales del juez sin sustento probatorio."

De este modo, la controversia se circunscribe a la procedencia de la mencionada causa de justificación.

c. Ahora bien, por las razones que a continuación expondré considero que el juez del tribunal oral valoró adecuadamente los hechos que excluyen la responsabilidad de [REDACTED] conforme los preceptos legales y constitucionales que rigen la materia del presente caso.

Cabe señalar, en primer lugar, que atento a las especiales condiciones y circunstancias de vida de [REDACTED], nos encontramos ante un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un contexto de violencia de género y necesidad económica, cuyo análisis no puede limitarse únicamente a las disposiciones del art. 43 inc. 3 del Código Penal, sino que debe incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional (art 75 inc. 12 CN).

19

#35271196#282084213#20210300014143#



Así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado concretamente que las mujeres cabeza de familia son personas en estado de vulnerabilidad (cfr. "Masacre de Mapiripán vs Colombia", sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrafo 175).

Supuestos como el presente requieren protección especial pues así lo enunció la C.I.D.H. en el caso "Furlan vs. Argentina", al señalar que "... toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre..." ("Furlan vs. Argentina"; sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 134).'

A su vez, el artículo 9 de la Convención "Belem do Pará" establece, "...los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerara a la mujer que es objeto de violencia cuando esta embarazada, es discapacitada; menor de edad, anciana, o esta en situación



## Cámara Federal de Casación Penal

socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

En esta línea, el preámbulo de la mencionada Convención declara que la violencia contra las mujeres es una ofensa a la dignidad humana, y una manifestación de las relaciones históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Asimismo, la define como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado” (art. 1). Principios rectores que fueron recordados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes 334:1204, 336:392 y más recientemente, el 29 de octubre de 2019, en CSJ 733/2 18/CS1 R,C.E. – s/recurso extraordinario, en los cuales el Máximo Tribunal reforzó la necesidad de incluir la perspectiva de género en los casos penales.

Cabe memorar que aún cuando se encuentren acusadas de delitos, las mujeres son sujetos de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación. En esta línea, el Comité CEDAW ha observado que “los Estados partes están obligados, en virtud de los artículos 2 y 15 de la Convención, a asegurar que las mujeres cuenten con la protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el contexto de esos mecanismos, **ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos.** (Comité CEDAW, recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párrafo 47). El resaltado me pertenece.

En atención a lo expuesto, es claro que el análisis del presente caso requiere un enfoque integrador que incluya **la perspectiva de género** en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y

21



Erradicar la Violencia contra la Mujer -"Convención Belem do Pará"- (CBP) y la ley 26.485, que imponen el deber de facilitar el acceso a la justicia, evitar la revictimización y garantizar la asistencia a las mujeres víctimas de violencia, además de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres -arts. 7.b de la Convención Belem do Pará- (cfr. causa 11.343 "Nadal, Guillermo Francisco, s/ recurso de casación", resuelta el 5 de septiembre de 2013, registro 1260/13).

Precisamente este ha sido el enfoque dado por el juez de juicio, quien luego de observar y evaluar toda la prueba producida en el debate -bajo los principios de contradicción e inmediación-, dio razones suficientes para tener por probado que [REDACTED] era la única fuente de sustento económico de su familia, compuesta por ella y sus dos hijos menores; que se encontraba en una situación económica desfavorable, sin cobertura médica y escasos ingresos; que fue víctima de violencia física y psicológica de gravedad por parte de su pareja durante 6 años, situación que persistía en el aspecto psicológico y económico al momento de los hechos, y que su hija de dos años de edad, que padece una malformación congénita en su mano izquierda, debía recibir una cirugía reconstructiva urgente.

Para tener por acreditados los hechos, el magistrado valoró especialmente el testimonio en juicio de las profesionales intervinientes, la declaración de la imputada, la historia clínica aportada por la defensa -donde consta la atención recibida el 25 de diciembre de 2018 en el hospital público a causa de un hecho de



## Cámara Federal de Casación Penal

violencia de su expareja-, los certificados médicos que acreditan la discapacidad de su hija y la declaración del médico Traumatólogo Cirujano y Ortopedista de la menor, que prescribió la cirugía con urgencia.

Así pues, luego de haber corroborado esa base fáctica, por las declaraciones de los testigos en el juicio y la prueba documental incluida a través de ellos, el magistrado realizó una interpretación armónica del Código Penal de conformidad con nuestro bloque constitucional y concluyó que "el accionar de [REDACTED] estuvo justificado porque con aquél intentó darle calidad de vida a su hija y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba, la posicionó frente al delito como única alternativa posible." En este sentido, sostuvo que la mujer no tuvo otros medios menos lesivos a los cuales recurrir antes de transportar la droga, para salvar otro bien de interés mayor amenazado, que era la vida e integridad psicofísica de su hija.

A mi modo de ver, la decisión se encuentra sustentada en las pruebas del caso y su razonamiento es una derivación lógica de los hechos corroborados en el juicio y la prueba legalmente incorporada al debate.

Así pues, las críticas del fiscal que se limitan a señalar un enfoque distinto que -según su visión- correspondía dar al caso, sólo evidencian una mera disconformidad con el razonamiento asumido por el juez, que en modo alguno alcanzan para desvirtuar su decisión.

Desconocer la situación de necesidad que primó sobre [REDACTED], quien -como sostuvo la defensa y confirmó el juez en la sentencia- se encontraba angustiada por la salud de su hija y la imposibilidad económica de hacer frente a la cirugía que el médico le prescribió con urgencia, así como la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de

23



toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcentricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal.

Es que "el servicio de justicia esta erigido en la matriz misma del patriarcado, de modo que tiende a sostener y reproducir prácticas violentas presentes en el orden social. Ello se advierte con mayor intensidad en el derecho penal, que tiene una estructura androcentrica y que no ha evidenciado evoluciones normativas ni organizacionales..." (cfr. Laborzetta Mariela, ¿Tenemos política criminal en materia de violencia de género? en Sistemas judiciales n 22, Arduino Ileana (dir) Género, diversidad sexual y justicia, CEJA e INECIP, 2018. p 85).

No obstante, el sistema de justicia puede impulsar cambios, principalmente cuando toma consciencia (...) y promueve buenas prácticas. Los jueces por su parte contribuyen a ello cuando, en sus decisiones, tienen sensibilidad con las cuestiones de género, están atentos al contexto de los casos y las pruebas producidas en el proceso, identifican y nombran los estereotipos, los cuestionan y discuten sus efectos (Cardoso Onofre de Alancar, Universidad Autónoma de Madrid, E. Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eunomia. Revista Cultural de la legalidad, Nro 9 octubre 2015-marzo 2016. p. 40 citado en Amicus curiae presentado por INECIP en Exte FSA 203556/2017, caratulado: Suarez Equez Claudia s/ inf Ley 23.737").



## Cámara Federal de Casación Penal

Desde esta perspectiva es que abordaré y daré respuesta a cada uno de los agravios expuestos por el Ministerio Público Fiscal.

d. Como punto de partida cabe señalar que "las causas de justificación están vinculadas con un **modelo concreto de sociedad**, y de acuerdo con el estado de desarrollo de esa sociedad van a ir variando sus contenidos y límites" (Salas Laura, profesora de derecho constitucional y teoría del Estado, Facultad de derecho de la UNT, en impacto y perspectiva de género en la dogmática penal" citado en Amicus curiae presentado por INECIP op.cit.).

En este sentido, si bien el Ministerio Público Fiscal postula una interpretación dogmática y objetiva del estado de necesidad justificante, lo cierto es que dicho análisis no puede prescindir de los factores sociales de género, pobreza y violencia que gobiernan la sociedad actual y que se acentúan en determinadas regiones. En consecuencia, ese será el marco interpretativo a partir el cual trataré la impugnación.

Dicho ello, se observa como primer agravio, la ausencia en el caso de un mal inminente por no encontrarse en juego la vida de la niña. El agravio ha sido ampliado por el doctor Pleé en la audiencia ante esta Cámara, oportunidad en que descartó la urgencia del problema de salud de la menor por entender que la cirugía podía ser diferida en el tiempo ya que, según la declaración del doctor Laguna, la niña debía ser evaluada por un equipo de manos pediátrico para determinar si efectivamente se podía estimular el crecimiento óseo de las falanges.

Ahora bien, si partimos de la base que "es inminente un mal a cuya **marcad** se encuentra el sujeto" (cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar. Derecho Penal. Parte General, Ediar Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 634), entonces la inminencia del mal, en este caso, está determinada por la imposibilidad de [REDACTED] -debido a su situación de vulnerabilidad- de asumir con la premura que el médico le había indicado el tratamiento reconstructivo de la mano de su



hija. Desde esta perspectiva, resulta claro que cuanto antes se opere mayores posibilidades tendrá de mejorar su calidad de vida. Extremos que han sido valorados por el juez al señalar que "si un tratamiento quirúrgico reconstructivo puede contribuir a la mejora de su desarrollo psicofísico, indudablemente aquel resultará más beneficioso cuanto a más temprana edad se realice".

De esta manera, la circunstancia que deba ser evaluada por un equipo de manos pediátrico, en nada modifica lo que [REDACTED] sabía al momento del hecho y motivó su comportamiento. Esto es que su hija necesitaba ser operada con urgencia y que la operación tenía un valor de 100.000 a 200.000 pesos, lo que le era imposible afrontar debido a su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, no caben dudas, a mi entender, de la existencia de un mal inminente a cuya merced se encontraba.

En otro sentido, el fiscal puso en duda que [REDACTED] se encontrara en estado de vulnerabilidad o fuera víctima de violencia de género. Así, con cita en la declaración de las profesionales intervinientes, sostuvo que al momento del hecho la imputada vivía con sus padres, sin episodios de violencia física y tampoco económica debido a que tenía en su poder la tarjeta de débito de su expareja, con la que cobraba su salario de 8.000 pesos, lo que le permitía cubrir los gastos de supervivencia para ella y sus hijos.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos argumentativos realizados por el fiscal para descartar la situación de violencia que vivía [REDACTED], cabe rememorar aquí las palabras del comité



## Cámara Federal de Casación Penal

CEDAN en punto a que la definición de violencia de género no requiere "una amenaza directa e inmediata a la vida ni a la salud de la víctima" (cfr. Caso *V. K. vs. Bulgaria* citado en Chinkin Christine, Acceso a la justicia, género y derechos humanos, en *Violencia de Género; Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2012, p.45).

Así pues, más allá de que [REDACTED] efectivamente contara con la tarjeta del señor Areco y su salario de 8000 pesos -salario que no alcanza ni mínimamente para cubrir las necesidades básicas de un grupo familiar-, no debemos olvidar que el sufrimiento psicológico actual de [REDACTED] también es una consecuencia directa del ejercicio de violencia física que sufrió durante 6 años en su ambiente familiar por parte de su expareja.

En efecto, tal como recordó el doctor Comellas en la audiencia, de la declaración de la psicóloga Mercado se desprende que [REDACTED] padece una "situación de ansiedad elevada, inseguridad y baja autoestima lo que pudo haber obstaculizado su capacidad de pedir ayuda" y que "pese a su separación, no podía terminar definitivamente con el dominio de su ex".

En consecuencia, el fiscal hace un análisis parcializado de las circunstancias, argumentando insuficientemente que es posible vivir y abastecer las necesidades de su familia con el salario de 8.000 pesos de su expareja, a quien, además, le cedía parte de ese dinero para pagar los impuestos de la casa donde ella ya no vivía. Por otro lado, desconoce por completo el sufrimiento emocional y el hostigamiento psicológico que aún persistía sobre [REDACTED]. Extremo que por sí sólo constituye un grave escenario de violencia de género en los términos de las Convenciones citadas y que surge con claridad del informe psicosocial elaborado, el 7 de agosto de 2019, por la licenciada Padilla y la psicóloga Mercado. Allí las profesionales, luego de evaluar la situación familiar de

99



██████████ y pronosticar una situación de riesgo moderada, sugirieron "la adopción de medidas de protección, tendientes al control de la violencia económica y el hostigamiento psicológico que continúa ejerciendo el señor Areco en contra de la Sra.

██████████, (...) el acompañamiento en la asistencia médica que debe recibir su hija por su salud, y una terapia psicológica para la Sra. ██████████". Extremos que fueron corroborados en el juicio con la declaración de las profesionales.

En consecuencia, a partir de todo lo expuesto, no existen dudas, a mi entender, del contexto de violencia de género y vulnerabilidad económica que atravesaba ██████████ al momento del hecho. Extremo que, además, ha sido abordado con profundidad en la sentencia cuestionada.

Por otro lado, el Ministerio Público Fiscal cuestionó la ponderación de bienes efectuada por el juez haciendo alusión a la especial gravedad del delito que se le imputa vinculado al tráfico de estupefacientes y a los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la persecución de dichos delitos.

Ahora bien, sin desconocer la trascendencia que reviste la persecución de ese tipo de criminalidad, no debe pasar inadvertido que, nos encontramos ante un supuesto de una mujer que actuó como "mula" o "correo humano".

En este sentido, es preciso recordar que "[L]a criminalización del tráfico de drogas se ha acentuado en uno de los escalones más débiles: las mujeres. Dentro de los procesos de globalización económica, la creciente actividad femenina en los



## Cámara Federal de Casación Penal

'nichos laborales' más precarios, peor remunerados y más peligrosos conduce a numerosas mujeres al comercio ilegal de drogas -una parte más del enorme mercado de economía informal, desregulada-, en el que son mayoritarias. (Ribas, Almada y Bodelon, 2005; referenciadas en "Mujeres en prisión: los alcances del castigo", CELS, Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011).

En este sentido, un informe sobre pobreza y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que "La pobreza, la falta de oportunidades y las barreras al acceso a la educación ponen a mujeres y niñas en situaciones vulnerables, y hacen de ellas objetivos fáciles de la delincuencia organizada. De hecho, las mujeres con bajos niveles socioeconómicos y educativos figuran entre las personas en mayor riesgo de ser utilizadas para participar en operaciones delictivas como victimarias o como traficantes. La población de mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas, incluida la posesión, es muy alta y esta en continuo crecimiento" (CIDH, Pobreza y Derechos Humanos, CEA/Ser.L/V/II.164.Doc.147, 2017, párrafo 321).

Esta situación no debe pasar inadvertida por ser uno de los aspectos que remiten a nuestro modelo de sociedad actual. Así, siguiendo a Bacigalupo, en la medida que el estado de necesidad presupone necesariamente un conflicto de intereses, **lo decisivo debe ser el merecimiento de protección de un bien concreto, en una determinada situación social**, lo que permite al juzgador ponderar las circunstancias sociales y personales, en detrimento de una valoración que podría ser pura objetividad dogmática y absoluta injusticia para la suerte del caso (cf. Argibay Carmen, en código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Baigún D. Y Zaffaroni E. (comps) editorial Hammurabi, 1997, Argentina, p.625642, citado en Amicus curiae INECIP op. cit).



En el caso, nos encontramos ante una mujer que está a cargo de la manutención, cuidado y contención de sus dos hijos menores, en un contexto de violencia de género y con una situación socioeconómica desfavorable -en los términos de la Convención-, producto de las ocasionales y precarias actividades laborales a las que ha podido acceder, y que además no ha completado sus estudios secundarios (cfr. informe psicosocial). En esta tesitura, es que debe afrontar con carácter urgente la cirugía que el médico le prescribió a su hija.

Teniendo en cuenta el contexto analizado, resulta evidente, la diferencia que existe entre los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encuentra involucrada la salud pública (el bien protegido y tutelado en la Ley de Estupefacentes N° 23.737) -en este caso por el transporte de una cantidad inferior a un kilo de cocaína que era transportado por una mujer "mula" en su cuerpo-, y por el otro, en términos bien concretos, la **calidad de vida e integridad psicofísica de su hija de tan solo dos años que se encuentra en la etapa de desarrollo**. En consecuencia, no existen dudas, a mi entender, que, en este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija era el bien con mayor protección legal.

Más aún si tenemos en cuenta la incidencia psicológica que la malformación también produce en la vida de su hija y la carga emocional que eso conlleva sobre [REDACTED]. A tal efecto, resulta por demás ilustrativo el señalamiento concreto que hizo el defensor Comellas en la audiencia de esta cámara, respecto a los episodios



## Cámara Federal de Casación Penal

de angustia de la niña cuando le decía llorando a su madre "mamá no tengo mi mano", extremo que también ha sido expuesto en el debate.

En esta línea, no podemos dejar de lado las presiones sociales y culturales que recaen sobre el rol materno de la mujer, que inevitablemente impactan en su estado emocional y juegan un rol significativo a la hora de decidir la ponderación de intereses en juego.

Desde esta perspectiva, no advierto fisuras en el razonamiento del tribunal, que tras observar y ponderar las circunstancias sociales y personales que expresan la situación de vulnerabilidad y violencia en la que se encontraba [REDACTED], consideró que "eligió" un mal menor para salvar **la integridad psicofísica de su hija.**

Por último, el fiscal consideró que el dinero proveniente del delito no era la única alternativa posible para operar a su hija.

Al respecto, cabe señalar que según se acreditó en el juicio, [REDACTED], no estaba inserta en el mercado de trabajo formal y su cobertura social era muy precaria. En efecto, al ser consultada sobre su actividad laboral contó que mientras duro su relación con el padre de sus hijos trabajo con el tío de aquel, preparando sándwiches, que también era "bagayera" y ocasionalmente hacía trabajos de limpieza.

En este contexto, cabe preguntarse **¿qué posibilidades reales tenía [REDACTED] de actuar de un modo alternativo para que su hija no vea disminuido su proyecto de vida?**

Para responder este interrogante no debemos perder de vista las diferencias que existen entre hombres y mujeres para hacer frente a la pobreza. En este sentido, "las mujeres no solo cuentan con activos materiales más escasos, sino también con activos sociales y culturales más escasos, lo que las coloca en una



situación de mayor subordinación\* (Anitua, Gabriel Ignacio y Picco, Valeria Alejandra, op.cit., p. 242).

Desde este enfoque, no veo posible para [REDACTED] afrontar la operación de su hija, que tenía un valor de entre 100.000 a 200.000 pesos. Por otra parte, tampoco veo viable la posibilidad de recurrir al Hospital Público de la provincia de Salta -como sostuvo el fiscal- o de Buenos Aires, debido a los insumos de tiempo y dinero que podría generar trasladarse hasta allí. En este sentido, el doctor Comellas refirió que el tiempo de viaje desde su lugar de residencia hasta la provincia de Salta, en micro, es de 14 horas (entre ida y vuelta), lo que implica destinar un día entero tan sólo para realizar una consulta médica y, en caso de necesitar internación, inevitablemente se requerirán gastos de alojamiento, que [REDACTED] no puede afrontar.

Así, resulta acertada la conclusión del juez en punto a que "la situación económica y familiar de la encartada, la falta de cobertura médica y los escasos ingresos que podía percibir realizando trabajos como bagayera o de limpieza, no le permitirían reunir una cifra tan elevada y para alguien en su situación, sin lugar a dudas, también se tornaría prácticamente imposible afrontar tan solo el costo de tener que trasladarse y alojarse junto a su hija en algún lugar alejado de la ciudad de Salvador Mazza para que recibiera tratamiento." (cfr. sentencia p. 11 y 12).

Atendiendo a estas circunstancias, y sólo desde su posicionamiento, podemos comprender las dificultades que



## Cámara Federal de Casación Penal

concretamente tuvo [REDACTED] para recurrir a otros medios menos lesivos.

Supuestos como el presente tornan imperioso evaluar con sumo cuidado las circunstancias personales de la persona en conflicto con la ley penal para poder establecer las posibilidades ciertas de actuar de un modo diferente, y evitar así el uso arbitrario del poder penal del Estado.

Precisamente uno de los grandes objetivos de la justicia penal es que con la aplicación del poder penal del Estado no se produzcan abusos que puedan estropear la vida de una persona. De allí se desprende la necesidad imperiosa de establecer un sistema de garantías, que funcione como un límite a ese enorme poder estatal y que proteja a los ciudadanos de cualquier uso arbitrario, injusto o ilegal, por ser el poder más violento y restrictivo que puede recaer sobre una persona.

En estas condiciones, prescindir del contexto de violencia y vulnerabilidad, para analizar la procedencia del estado de necesidad justificante, no sólo nos llevaría a incurrir en una posible causa de violencia institucional por omisión de la dimensión de género, sino también a efectuar una interpretación *in malam partem*, en contraposición con los principios de legalidad, *pro homine* y *pro libertate* que operan en nuestro sistema de garantías como límites al abuso del poder penal del Estado.

En consecuencia, las especiales condiciones de vida de [REDACTED] constatadas en la sentencia producto de la situación de violencia y vulnerabilidad económica que padecía, así como la ausencia de posibilidades para acceder a un trabajo mejor remunerado, redujeron sus posibilidades de elección para actuar conforme a derecho.

En ese contexto, asiste razón a la defensa en punto a que la posibilidad de obtener dinero mediante actividades vinculadas a



delitos de drogas fue, para [REDACTED] la única alternativa posible para resolver el problema de salud de su hija de dos años.

Cabe señalar que "...aun cuando, desde el punto de vista psicológico, siempre cabe la posibilidad fáctica de actuar conforme a la norma, lo cierto es que el derecho no exige comportamientos heroicos" (Anitua, Gabriel Ignacio, Ficco, Valeria Alejandra, op. cit. p.

241).

En consecuencia, no me queda más que coincidir con los argumentos expuestos en el Amicus Curiae por los defensores públicos Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua, cotitulares de la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, que razonablemente ponen foco en los condicionamientos por género, pobreza y violencia que afectaron a [REDACTED], y condicionaron sus posibilidades de actuar conforme a derecho.

Por todo ello, **RESUELVO:**

**RECHAZAR** la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal, sin costas y **CONFIRMAR** la absolución de [REDACTED] dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy (art.363, 365 y 386 primer y tercer párrafo del C.P.F.F.).

Regístrese, notifíquese, comuníquese ' ' (Acordada 5/2019 C.S.J.N.) y remítase mediante pasé digital al tribunal de origen sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**Firmado: Angela Ester Ledesma**



## I.2.- ASOCIACIÓN CIVIL DE LA DEFENSA PÚBLICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (ADePRA)

"X. S. / CARTA DE POBREZA"

Expte. 1542/19.

Revisión de constitucionalidad de las normas del Juicio De Pobreza."

**Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Asistencia Letrada. Autonomía de la Defensa Pública. Consolidación democrática y la progresividad de los Derechos Humanos en los casos que involucren derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.**

| PARÁMETRO  | CONTENIDO  |
|--|--|
| Pais   | ARGENTINA  |
| Tribunal   | Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia N° 1. Juan José Castelli. Provincia de Chaco. República Argentina   |
| Materia  | Juicio de Pobreza  |
| Derechos involucrados                              | Acceso a la Justicia en igualdad de condiciones  |
| Breve relación de los hechos                       | El Juez de Niñez, Adolescencia y Familia de Juan José Castelli, Gonzalo Garcia Verità, decretó la inconstitucionalidad de un artículo de la ley sobre juicio de pobreza. Así, declaró abstracta una presentación realizada por una mujer a quién esa norma obligaba a justificar su carencia de recursos económicos ante la defensoría pública para luego poder iniciar una demanda por filiación y alimentos. |
| Fundamentos de derecho                             | Se la juzgo inconstitucional, porque hay obligación de revisar cuando una norma, ley o reglamentación se contradice con la Constitución Provincial, Nacional o Tratados Internacionales. El desafío es tomar estas decisiones para profundizar la democracia. No se puede poner una barrera en una condición de vulnerabilidad. No se puede hacer un juicio para determinar si una persona es pobre.           |
| Resolución (Liga de enlace)                        |  |
| Contexto social y económico del caso               | No se puede poner una barrera en una condición de vulnerabilidad. No se puede hacer un juicio para determinar si una persona es pobre.   |
| Instancia procesal en la que se emite la sentencia | El análisis constitucional se dispuso de oficio, es decir, sin haber sido solicitada por la parte involucrada  |
| Instrumento y/o criterio internacional invocado    | Cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean menudadas por la aplicación de  |



|   |  |
|---|--|
|   | leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.  |
| Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde) |  |
| Votación por la que fue adoptada (si corresponde)         | El art. 5811-b, no logra superar el test de constitucionalidad y convencionalidad con el derecho al acceso a la justicia, y plantea una severa restricción al ejercicio autónomo del Ministerio Público de la Defensa, lesionando una cota distintiva de su identidad. Que, todas estas consideraciones cobran especial relevancia cuando son observadas desde el art. 1 del CCyCN, que impone un verdadero cambio de paradigma a la lectura de los casos que involucren derechos de niños, niñas y adolescentes, como el presente.  |
| Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)          |  |
| Otra observación  | El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. El juicio de pobreza contempla un procedimiento que si bien sencillo, resulta engoroso para el justiciable que intenta acceder a la asistencia letrada. Es decir, en esencia es un juicio, propiamente dicho, sin patrocinio letrado para acceder a la asistencia letrada - patrocinio y representación- para otro futuro juicio. |



# PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHACO

JUZGADO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA N1 DE JUAN JOSÉ CASTELLI

«2021. Año del Impenetrable Chaco»

Departamento General Gómes - Ley N°1224-A

## SENTENCIA DEFINITIVA

Juan José Castelli, 25 de febrero de 2021

**AUTOS Y VISTOS:** Para resolver en los presentes "X. S/ CARTA DE POBREZA" Expte.1542/19, de los que;

**RESULTA:** Que, a fs.04, se presenta de forma espontánea la ciudadana X y solicita la apertura del presente en los siguientes términos "EXPONE: Que necesita Justificar la Carencia de Recursos Económicos ante DEFENSORIA OFICIAL, por lo que viene al Juzgado a Solicitar se apruebe Información Sumaria, tendiente a acreditar tal extremo a fin de iniciar juicio de FILIACION y ALIMENTOS".

Que, dicha pretensión se encuentra formulada por acción en los autos que tengo a la vista en X EN REPRESENTACION DE SU HIJA Y C/ 2 S/FILIACION Y DAÑO MORAL. Expte.1717/19.

Que, corrido vista de oficio al Ministerio Público Fiscal por la necesaria revisión de constitucionalidad de las normas del JUICIO DE POBREZA, el Sr. Fiscal se expidió sin observaciones.

## **CONSIDERANDO:**

Que, primariamente corresponde explicitar que el análisis constitucional presente se dispone de oficio, es decir, sin haber sido solicitada por la parte involucrada, y esto es así por dos



razones. En primer lugar, la parte peticionante de estos actusados interviene sin asistencia letrada dada las características previstas en la L.I-B, y por otro lado por el deber impuesto a este magistrado de revisión constitucional- convencional de todas las normas de los casos sometidos a su competencia.

Que, en este último entendimiento tengo presente la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Chaco, sosteniéndose en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 327:3117); cuando refiere: "El hecho de que no haya sido objeto de agravio no impide que su inconstitucionalidad pueda ser declarada de oficio, según la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Banco Comercial de Finanzas S/ Quiebra - Fallos 327:3117*). Allí se dijo que la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente, incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución, aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, desechando la de rango inferior." - en "SOSA DE MICHLIG, LIGIA AMELIA S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD" - Expte. N° 16/16-

Que, así mismo en el citado precedente provincial, la Sra. Jueza Iríde Isabel María Grillo sostiene: "(...) La Constitución es el estatuto organizativo supremo, contenedor del pacto social de convivencia y del proyecto de vida de una sociedad, y en la que se funda la legitimidad tanto fundacional como de ejercicio de los poderes y libertades. En razón de ello, debe poseer la fuerza normativa para imponerse y la imperatividad de los preceptos constitucionales y su supremacía sobre las demás normas y actos que de ellos derivan debe constituir una verdadera ley



sociológica, es decir una regla de gobierno de las instituciones.

*Así, la fuerza vinculante directa de la Constitución implica que las cláusulas constitucionales no son meros programas, expresiones de deseos o consejos políticos, sino mandatos imperativos y dispositivos, tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica."*

Que, ante la posición clara del Tribunal Cívico provincial, en concordancia con la jurisprudencia de la Alta Corte Federal, resta tener presente el horizonte de interpretación interamericano, cuando la Máxima Corte regional de Derechos Humanos, se expide: "124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C; y Caso La



Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.173.

Que, de la misma forma sostuvo: *"Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."* Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No.2207. En el mismo sentido Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311.

Que, habiendo explicitado adecuadamente mis facultades oficiosas de revisión constitucional y convencional a la luz de la Constitución Nacional, Provincial y la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 75 inc. 22 CN) es que proseguiré en el exploración de los fundamentos del caso.

Que, a los fines de determinar la constitucionalidad de la norma prevista en el Artículo 58 de la L.18, en relación con el Artículo 57, del mismo cuerpo legal, ordenaré la argumentación teniendo en



cuenta especialmente el diálogo que dicha norma tiene en la práctica y ciencia jurídica, con el derecho al acceso a la Justicia y la autonomía del Ministerio Público de la Defensa, y de forma preliminar se describirán las notas generales del instituto en revisión.

Que, adentrándome entonces preliminarmente al análisis del Juicio de Pobreza, tengo presente que la norma del art. 58 L.1B, establece: *"El juicio de pobreza se tramitará ante el Juez de Paz del domicilio del recurrente y se acreditará tal condición con certificado policial de residencia y la declaración de dos testigos hábiles que depondrán en primer audiencia. El deber de patrocinar a los pobres de solemnidad estará subordinado a la procedencia o conveniencia de la acción que aquellos quieran promover la cual será juzgada por los defensores atendiendo a la naturaleza de los asuntos, la prueba de que disponga el patrocinado y a la solvencia de los deudores, en su caso, excepto cuando sean demandados; del mismo cuerpo legal."*

Que, con el advenimiento del Estatuto del Menor de Edad y la Familia, actualmente derogado, se establecía: *"Artículo 69: El Juez de Menores de Edad y Familia tiene competencia exclusiva en las siguientes cuestiones de Derecho de Familia, con excepción de lo previsto en los artículos 3284y 3285 del Código Civil: (...) t) Otorgamiento de carta de pobreza dentro del ámbito de su competencia".-*

Que, en fecha 14/05/20, esta magistratura solicitó el pronunciamiento de Sala Civil del STJCH, respecto de la extensión del marco de competencia del Juicio de Pobreza previsto por el art. 58, de la L. 1-B. dada la pérdida de vigencia de la L.903C



(Estatuto del Menor de Edad y la Familia), producida por la L. 2950M (Código de Niñez, Adolescencia y Familia), y otros asuntos vinculados al "Juicio de Pobreza".

Que, en fecha 28 Mayo de 2020 el Sr. Presidente, de Sala Civil del STJCH Sr. Juez Rolando Ignacio Toledo, se expidió en los siguientes términos: "(...) en cuanto a la aclaración solicitada, hágase saber al magistrado que corresponde su intervención, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 y ssqtes. de la ley N° 2950-M. J. A lo demás, en relación a la opinión petitionada, esta Sala comparte la terminología utilizada por la norma citada, sobre el particular."

Que, habiendo sido aclarada la competencia de los/as jueces/ras de Niñez, Adolescencia y Familia para intervenir en el "Juicio de Pobreza", sostengo que el Juicio de Pobreza tal como se encuentra previsto en la ley 1-B, y en la práctica, es un proceso judicial ante un magistrado de primera instancia por el que se revisan y prueban una serie de variables vinculadas con los ingresos económicos de una persona, compatible con la naturaleza de información sumaria de hechos, y donde se decide si dicha persona carece de recursos económicos suficientes, siendo necesario para justificar la intervención de la Defensoría Pública. Esta decisión se realiza por criterios no establecidos en la ley, sino generalmente por razonabilidad y atendiendo a la naturaleza de las peticiones, variando los criterios según la magistratura interviniente.

Que, la Comisión Interamericana ha sostenido que: "91. La pobreza constituye un problema que se traduce en obstáculos para el goce y ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad real



por parte de las personas, grupos y colectividades que viven en dicha situación. La situación de pobreza trae consigo una exposición acentuada a violaciones de derechos humanos; vulnerabilidad incrementada por las restricciones derivadas de la situación socioeconómica de las personas. Asimismo, en determinados supuestos, la pobreza podría implicar además violaciones de derechos humanos atribuibles a la responsabilidad internacional del Estado." Y, en el parr. 101, subraya: "[...] la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera a la pobreza como un problema estructural que se traduce en afectaciones al goce y ejercicio de los derechos humanos y que, en ocasiones, implica violaciones que suponen la responsabilidad internacional del Estado". Conf. OEA/Ser.L/V/II.164Doc. 1477 septiembre 2017.

Que, así la pobreza, se conceptualiza como un problema de políticas públicas vinculado a la vigencia de los Derechos Humanos y debe abordarse estructuralmente, revisando prácticas que resulten incompatibles con el enfoque de Derechos Humanos y promoviendo nuevas formas de garantizar derechos.

Que, continuando entonces con la explicitación de los argumentos, es que me adentraré en el análisis constitucional y convencional del Juicio de Pobreza, subrayando primariamente el Derecho al Acceso a la Justicia, y luego a la autonomía del Ministerio Público de la Defensa, al requerir un proceso judicial previo para intervenir; ambos supuestos involucran normas de naturaleza constitucional-convencional;

Que tengo presente que el Acceso a la Justicia se encuentra especialmente previsto en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos y que en "Cantos" la Corte



Regional, ha manifestado: "cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, (...) debe entenderse contraria al precitado artículo 8(I) de la Convención" Cantos vs. Argentina (Sentencia del 28.11.2002)

Que, como magistrado y autoridad del Estado me pregunto si es posible el mantenimiento del "JUICIO DE POBREZA" ante el desarrollo evolutivo y progresivo de los Derechos Humanos en la actualidad. Si es compatible con la Constitución que el Estado realice un proceso judicial arcaico, burocrático y estigmatizante para que las personas accedan al derecho a la jurisdicción.

Arcaico, puesto que la norma del art. 58 LI-B, fue sancionada con anterioridad a las últimas reformas acontecidas en la Constitución Nacional y Provincial, y en los albores de la formación de la institucionalidad provincial. Es burocrático, a la luz de Las Reglas de Brasilia Sobre Acceso A La Justicia De Las Personas En Condición De Vulnerabilidad, que en su exposición de motivos dice: "El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho". El juicio de pobreza, contempla un procedimiento que si bien sencillo, resulta engorroso para el justiciable que intenta acceder a la asistencia letrada. Es decir, en esencia es un juicio, propiamente dicho, sin patrocinio letrado para acceder a la asistencia letrada -patrocinio y representación- para otro futuro juicio. Distinta



sería la situación si el procedimiento de forma simplificada, eventualmente se hiciera de forma administrativa directamente ante el propio Ministerio Público de la Defensa. Esta burocratización de derecho a contar con un/a letrado/a para el ejercicio del derecho al acceso a la justicia, no es más que un obstáculo para el acceso a la jurisdicción. Es estigmatizante; las "Reglas..." señaladas contemplan a la pobreza como una causa de exclusión social, económica y cultural de las personas que pertenecen a éste grupo en condición de vulnerabilidad de derechos -Regla 7- e insta a los Estados Partes a adoptar todas las medidas tendientes a facilitar el acceso a la justicia. Sin embargo estas acciones no pueden afectar la dignidad de las personas.

Que, con este diagnóstico del instituto procesal en crisis, confirmo que no supera el test de Convencionalidad - Constitucional, al constituirse en una barrera de acceso a la justicia en igualdad de condiciones, y a la jurisdicción evitable.

Que, debo revisar ahora la existencia del Ministerio Público de la defensa en el contexto orgánico del Poder Judicial, como un organismo autónomo constitucional, constituyendo uno de los cimientos por el que se efectiviza el derecho humano al acceso a la Justicia.

Que, al respecto la ley orgánica del Ministerio Público, establece: *"Artículo 1º: Función. El Ministerio Público forma parte del Poder Judicial y goza de independencia y autonomía orgánico-funcional. Actúa en defensa del interés público y los derechos de las personas, procura ante los tribunales la satisfacción del interés social, custodiando la normal prestación del servicio de justicia y velando por la correcta aplicación de*



*la ley (...)”*

Que además me indago, en el análisis constitucional de la presente argumentación, si el Ministerio Público de la Defensa, debe esperar tener esta verdadera llave de acceso a la jurisdicción que tenemos los jueces y juezas respecto a la ciudadanía, o cumplir de forma autónoma y sin intervención de otros organismos, con los altos fines que custodia.

Agrego más, para comprender la gravedad para el Estado que tiene la presente resolución, es importante reparar en la interrelación entre pobreza, y acceso a la justicia; pero también especialmente las cuestiones en las que este magistrado de Nifex, Adolescencia y Familia interviene, entrelazadas por la perspectiva de género y la interculturalidad. Este enfoque de interseccionalidad nos permite revisar la necesidad de la decisión y califica la justificación de las actuaciones oficiosas.

Que, resulta evidente que la intervención judicial para determinar qué personas pueden y cuáles no, tener asistencia de la Defensa Pública, enerva la identidad del “Juicio de Pobreza” como una verdadera autorización al funcionamiento de la Defensa Pública, lesionando irremediablemente su autonomía.

Que, este juez no se pronuncia sobre el debate de la reglamentación de los derechos y su ejercicio, porque no es ese el eje de la cuestión, sino si es posible sostener una intervención del magistrado decisor en la determinación de la forma de acceder a la participación de las autoridades de la Defensa, y es allí donde la conclusión es palmaria.

Que, con independencia de la subsistencia de los remedios cautelares por vía directa, es decir, que no hay ninguna razón



legal para que las personas que ejercen funciones de representación y/o defensa del Ministerio Público peticionen "Juicios de Pobreza", es sabido que dicho "juicio" se posiciona como un antesala del acceso a la jurisdicción sobre el asunto que verdaderamente moviliza a la persona peticionante a la intervención del Poder Judicial, para que a través del órgano judicante, ponga fin a un conflicto de derechos. Todo ello queda relativamente postergado.

Que la sociedad nos interpela a quienes ejercemos cargos públicos a nuevas formas de respuestas que deben tener como horizonte la apuesta a la construcción de más y mejores derechos y en el caso del Poder Judicial basadas además en el avance de la ciencia jurídica, la interpretación evolutiva y viva de la constitución y los tratados internacionales, en los avances jurisprudenciales y normativos, para la consolidación democrática y la progresividad de los derechos humanos.

Que así las cosas, entiendo que el Art. 5811-B, no logra superar el test de constitucionalidad y convencionalidad con el Derecho al Acceso a la Justicia, y plantea una severa restricción al ejercicio autónomo del Ministerio Público de la Defensa, lesionando una cota distintiva de su identidad.

Que, todas estas consideraciones cobran especial relevancia cuando son observadas desde el art. 1 del CCYCN, que impone un verdadero cambio de paradigma a la lectura de los casos que involucren Derechos de Niños, niñas y adolescentes, como el presente.

Es por todo ello, fundamentos normativos y jurisprudenciales citados, que:

**FALLO:**



- I. DECRETAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 58 DE LA L.18 sobre JUICIO DE POBREZA, por los fundamentos expuestos, y en consecuencia DECLARAR ABSTRACTO EL PRESENTE PROCESO.
- II. HACER SABER AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, CON COPIA DE LA PRESENTE RESOLUCION.
- III. NOTIFICAR a la peticionante por WEATSAPP, dejando debida constancia y en razón de la grave situación epidemiológica.
- IV. TOMARSE RAZÓN en el expediente X EN REPRESENTACION DE SU HIJA Y C/ X S/FILIACION Y DAÑO MORAL. Expte.1717/19, PROCÉDASE POR SECRETARÍA.
- V. NOTIFIQUESE. PROTOCOLICÉSE. ARCHIVÉSE.-

GONZALO LEONARDO GARCIA VENTURA  
JUEZ  
Juzg.de Nifex, Adolescencia y Familia N°1  
VI Circ.Judicial-J.J.Castelli-Cbaao



**“Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Pérez,  
Yésica Vanesa s/ homicidio simple”**

CSJ 3073/2015/RH1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**Legítima Defensa. Emoción Violenta. Debido Proceso. Valoración de la prueba.  
Valoración del contexto de Violencia de Género. Violencia Familiar**



**FICHA BOLETIN JURISPRUDENCIA**

| PARÁMETRO                    | CONTENIDO   |
|------------------------------|---|
| Pais                         | <b>ARGENTINA</b>  |
| Tribunal                     | Corte Suprema de Justicia de la Nación  |
| Materia                      | Penal   |
| Derechos involucrados        | Género. Legítima Defensa. Emoción Violenta. Debido Proceso  |
| Breve relación de los hechos | Una mujer fue en bicicleta en busca de su ex pareja, primero fue a la casa de su madre y al no encontrarlo, fue a la casa de su hermana donde golpeó la puerta en forma insistente y cuando el hombre salió empezó una discusión y en ese contexto la mujer saca un cuchillo y lo hiere en forma mortal. Fue condenada por homicidio simple a la pena de 8 años. La defensa impugnó considerando que la mujer actuó en legítima defensa; subsidiariamente sostuvo que realizó la acción bajo estado de emoción violenta atento el contexto de violencia de género que vivía la misma, entre ella la sustracción de un televisor, donde la profesional interviniente señaló que dicho bien representaba la anulación misma de la posibilidad de una salida a través de un proyecto que la ubicara en relación con la dignidad y la vida de una manera diferente a lo conocido hasta entonces. Los recursos interpuestos por la Defensora fueron rechazados en el ámbito provincial y la funcionaria llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación con un recurso de queja, al cual hizo lugar ese Alto Cuerpo. |
| Fundamentos de derecho       | La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, hizo lugar a la queja, declaró procedente la impugnación y dejó sin efecto la sentencia apelada (Ministra Highton de Nolasco y Ministros Rosatti y Maqueda). Para decidir de ese modo, se remitió al dictamen de la Procuración General de la Nación. 1. GÉNERO. LEGÍTIMA DEFENSA. AGRESIÓN ILEGÍTIMA. ESTADO DE NECESIDAD. VIOLENCIA DE GÉNERO. VIOLENCIA FAMILIAR. “En primer lugar, no [se advierte] arbitrariedad, sino más bien conformidad con los estándares vigentes en la materia, en la conclusión sobre el punto a la que arribaron los jueces de la causa al descartar que en el momento del hecho hubiese existido una agresión  |

A

antijurídica, actual o inminente, de parte de [C], que hubiera hecho necesario reaccionar apuñalándolo. En particular, esa conclusión se halla en consonancia con la opinión dominante según la cual, en atención a la intensidad de la autorización, no limitada por la proporcionalidad, la noción de 'actualidad de la agresión' es más restrictiva que la de 'actualidad del peligro' del estado de necesidad, y sólo abarca por ello a la agresión que se dará en forma inminente, que ha comenzado o que aún continúa, a la vez que excluye los casos de 'defensa preventiva' y de 'peligro permanente', sin perjuicio de su eventual consideración como estado de necesidad. [L]a doctrina y la jurisprudencia han admitido, excepcionalmente, en ciertos casos extremos de violencia familiar, no la justificación por legítima defensa, como postula la defensa, pero sí la exculpación del homicidio del llamado 'tirano de la familia' cuando las particulares circunstancias del caso permiten afirmar la concurrencia de los presupuestos de un estado de necesidad exculpante, en particular, la existencia de un peligro permanente que sólo podía ser conjurado eficazmente actuando sin demora, y que tampoco podía ser evitado de otro modo. Sin embargo, esta argumentación no fue planteada por la defensa, de modo que su no tratamiento por los jueces de la causa y, en particular, por el a quo no puede ser considerado un defecto del pronunciamiento impugnado. En este punto, no [se pasa] por alto que la defensa postuló la existencia de un peligro derivado de la situación de violencia de género que describió, pero [...] esa alegación [no ha] sido acompañada siquiera de una mínima argumentación tendiente a demostrar o explicar, ni la urgencia de actuar la mañana en cuestión, ni la inexistencia de otros medios (especialmente, de procedimientos institucionales) para resolver la situación; ambos requisitos, según se ha visto, para la operatividad de la excusa en examen. Este defectuoso planteamiento descarta por ello también cualquier reproche a los jueces que se pudiera pensar hacer por no haber considerado el tema, aunque fuese bajo otro nomen iuris".

**2. EMOCIÓN VIOLENTA. TIPICIDAD. VIOLENCIA DE GÉNERO.** "El tribunal de audiencia justificó el rechazo de [la atenuante del homicidio cometido en estado de emoción violenta] fundamentalmente en la falta de inmediatez entre el hecho supuestamente desencadenante de la emoción: la sustracción del televisor, y la reacción. [...] Esta solución de

continuidad, sumada al comportamiento exhibido por la imputada, que fue en búsqueda de la víctima, descartaría, para el tribunal, que P 'hubiera] actuado bajo una conmoción violenta del ánimo, motivada en una incitación externa justificada inmediatamente anterior al hecho' y, por el contrario, sería demostrativa de que 'actuó de manera consciente y deliberada'...". "Concretamente, con invocación de peritajes y testimonios, la defensa describió la hipótesis de una personalidad desbordada emocionalmente por el acoso y las agresiones que venía sufriendo de parte de su ex pareja, todo ello agravado por el trasfondo de un historia de vida signada por el abandono y el abuso desde la niñez, que, en palabras de la propia imputada, en el marco de la confrontación que mantuvo con [C] ante la sospecha de que hubiera sustraído el televisor, habría experimentado las expresiones que le profirió como la provocación que desencadenó la reacción emotiva que la llevó a cometer el hecho [...]. La pérdida de memoria, la angustia y la actitud general revelada por la imputada con posterioridad al hecho se hallarían en consonancia con esa hipótesis, que tampoco se vería desvirtuada por la circunstancia de que [P] hubiera ido con un cuchillo, porque surge de los testimonios que lo llevaba permanentemente, desde la separación, como medio de protección y defensa ante eventuales agresiones de [C]". "Esta hipótesis de un suceso aparentemente nimio, que opera sobre un trasfondo pasional ya existente como desencadenante, era entonces [...] un argumento conducente, planteado oportunamente, que, más allá de la conclusión a la que finalmente se arribara, debía ser tratado por el Tribunal de Impugnación en el marco de la revisión que le incumbía realizar como consecuencia del recurso interpuesto por la defensa".

**3. EMOCIÓN VIOLENTA. VIOLENCIA DE GÉNERO. PRUEBA. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.** "Sin embargo, [...] dicho tribunal soslayó por completo la consideración de la hipótesis que, desde una perspectiva totalmente distinta, había puesto a su consideración la defensa, pues sin hacer ninguna alusión a esa nueva propuesta, ni siquiera para refutarla, se limitó a reproducir la tesis de la falta de inmediatez entre la agresión y la ofensa [...]. [L]os jueces volvieron a incurrir en el mismo vicio cuando, sin consideración alguna a la prueba pericial y testimonial cuyo reexamen pedía la defensa, expresaron dogmáticamente que ninguno de los tres elementos tipificados de la emoción

|   |  |
|---|--|
| <b>Resolución</b><br>(Liga de enlace)                     | <p>violenta, a saber: intensa conmoción de ánimo, motivo moralmente relevante y reacción inmediata ante la permanencia de circunstancias lesivas, se han materializado en el caso' [...]. [E]ra precisamente en esa prueba, referida a la situación de violencia que habría padecido la imputada y el efecto que habría tenido sobre ella, que la defensa sustentaba la existencia del estado pasional y de las circunstancias que estimaba excusantes. Esta omisión luce más grave por cuanto ambos tribunales, de juicio y de impugnación, habían dado por acreditada la existencia de esa situación de violencia doméstica y de género a partir de la cual la defensa desplegab su argumentación. Por último, [...] la defensa había argumentado con base en diversos testimonios que la imputada llevaba el cuchillo permanentemente consigo, como forma de protección, de modo que su portación, la mañana del hecho, no podía ser valorada como prueba de una premeditación incompatible con el estado pasional alegado. Sin embargo, [...] a pesar del planteamiento de esta cuestión, también aquí el tribunal de impugnación omitió pronunciarse sobre el mérito de esos testimonios en los que el recurrente basaba su objeción y, en cambio, afirmó dogmáticamente que la presencia del arma se debía a que [P] pensaba utilizarlo contra la víctima, lo cual demostraba una preparación y una intención manifiesta que descartaba el estado de emoción". 4. RECURSOS. REVISIÓN JUDICIAL DEBIDO PROCESO. "De allí que [...] no quepa más que dar la razón en este aspecto al impugnante y deba concluir que el trámite recursivo, en lo que atañe a este agravio, no satisfizo los estándares de revisión amplia establecidos por V.E. in re 'Casal' (Fallos: 328:3399), como así también que la negativa del a quo a conocer del recurso interpuesto por ese motivo importó una restricción sustancial de la vía utilizada por el apelante, sin fundamentación idónea suficiente, que se traduce en una violación a la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 315:761 y 1629, entre muchos otros)...".</p> <p><a href="#">PEREZ, YESICA VANESA s/HOMICIDIO SIMPLE (csin.gov.ar)</a></p> |
| <b>Contexto social y económico del caso</b>               | Violencia de género ejercida por la ex pareja de la imputada   |
| <b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia</b> | Recurso de Queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación  |



|  |   |
|--|---|
| <b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>           | Convención de Belém do Pará (ratificada en Argentina por ley 24.632)                        |
| <b>Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)</b> |   |
| <b>Votación por la que fue adoptada (si corresponde)</b>         |   |
| <b>Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)</b>          |   |
| <b>Otra observación</b>  | La Defensora que interpuso el recurso falleció antes de que saliera la sentencia favorable. |



CSJ 3073/2019/RM1  
Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 10 de Diciembre de 2020

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador General de la Nación interino, en oportunidad de mantener en esta instancia el recurso del Fiscal General, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, concordemente con lo expresado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese el principal, notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen, para que, por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto.



Recurso de hecho interpuesto por Yésica Vanesa Pérez, asistida por la Dra. Cristina Paula Alborno, Defensora Oficial.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa.

Tribunal que intervino con anterioridad: Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa.

CSJ 3073/2015/RH1  
Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 17 de Diciembre de 2020

### Autos y Vistos:

En atención a que se ha deslizado un error material en la resolución de fecha 10 de diciembre del corriente año, aclárese que la parte donde se señala "en oportunidad de mantener en esta instancia el recurso del Fiscal General" debe ser excluida de la sentencia, lo que así se resuelve. Notifíquese y cúmplase.



“P , Yésica Vanesa s/homicidio simple”

CSJ. 3073/2015/RHL.-

**Suprema Corte:**

-I-

Por sentencia n° 45/14, del 11 de julio de 2014, la Audiencia de Juicio de la Primera Circunscripción de Santa Rosa, provincia de La Pampa, declaró la autoría y responsabilidad penal de Yésica Vanesa P en orden al delito de homicidio simple (artículo 79 del Código Penal). Dicha sentencia fue luego integrada con la resolución que el mencionado tribunal dictó, el 19 de agosto del mismo año, mediante la cual le impuso a la condenada la pena de ocho años de prisión más las accesorias legales del artículo 12 del Código Penal (fs. 346/366 y 406/412 del Incidente n° 7013, del segundo y tercer cuerpo, respectivamente, del legajo de juicio).

Para decidir del modo en que lo hicieron, los magistrados de la Audiencia de Juicio consideraron probado que el 11 de marzo de 2012, aproximadamente entre las 8.30 y 09.00 hs., Yésica Vanesa P se trasladó en bicicleta y portando un cuchillo en búsqueda de su ex pareja, Luis Juan Emílio C , al domicilio de Sandra G , madre de aquél, y al no encontrarlo se dirigió a la casa de una hermana de C que residía a unas cuatro o cinco cuadras de allí. De conformidad con la prueba colectada, el tribunal de juicio también tuvo por acreditado que al llegar al lugar Yésica llamó insistentemente a su ex pareja y que cuando él salió de la vivienda – mientras discutían – le asestó una puñalada que le causó una herida en el corazón que determinó su fallecimiento. Por último, los magistrados juzgaron debidamente probado que, previo al deceso y encontrándose C ya caído, la acusada le propinó otras cochilladas recordándole que le había dicho que lo iba a matar (cf. fs. 365 del segundo cuerpo del legajo de juicio).

Tanto el fallo de autoría y responsabilidad como el de imposición de pena fueron recurridos por la defensora oficial con sustento en las causales de arbitrariedad y errónea aplicación de la ley penal sustantiva, en particular, de la ley 26.485 que recepta los principios establecidos en la Convención de Belém do Pará (fs. 39/52 del legajo del Tribunal de Impugnación Penal).

En su presentación, la asistencia técnica no cuestionó la materialidad del hecho ni la autoría de Yésica P. sino que se agravió por la forma en que el tribunal de juicio descartó la hipótesis sostenida a lo largo del proceso, según la cual, se trató de un caso de legítima defensa. Concretamente, objetó que se condenara a su defendida sin considerar los numerosos testimonios que daban cuenta del contexto de violencia de género en que se desarrolló su vínculo con C., en el marco del cual ella era víctima de agresiones físicas y verbales, abusos sexuales y constante hostigamiento. Añadió que, precisamente en virtud de ese análisis descontextualizado, los jueces de audiencia tampoco mensuraron lo que había significado para Yésica el episodio del robo del televisor, cuya devolución pretendía reclamarle a C. cuando fue a buscarlo. Señaló, en ese sentido, que tal como lo indicaron los psicólogos y psiquiatras que la atendieron luego del hecho, en especial la perito psicóloga oficial, Licenciada Carretero, tratándose del primer bien que su defendida había podido comprarle a sus hijos con el fruto de su trabajo, esa sustracción no valía para ella lo mismo que para un "hombre promedio", sino que "representaba la anulación misma de la posibilidad de una salida a través de un proyecto que la ubicara en relación con la dignidad y la vida de una manera diferente a lo conocido hasta entonces".

En esa misma línea, se agravió de que el tribunal de juicio descartara también la causa de justificación invocada por el hecho de que al ir en busca de C. Yésica llevara un cuchillo, sin siquiera considerar que se trataba del mismo cuchillo que ella llevaba consigo en todo momento, desde hacía ya tiempo, para eventualmente defenderse de su ex pareja en tanto se sabía en peligro permanente de ser agredida por él.

Subsidiariamente, y tal como lo hizo en la audiencia de debate, la defensa postuló que, en el probado contexto de violencia de género descrito, la conducta atribuida a Yésica, a lo sumo, se encuadraba en un supuesto de culpabilidad disminuida en los términos del artículo 81, inciso 1º, del Código Penal, provocado por el estado de conmoción del ánimo en el cual se encontraba inmersa al momento del hecho. En

sustento de esa tesis, volvió nuevamente la mirada a los padecimientos vividos por su defendida en su relación con la víctima y destacó las manifestaciones de los testigos propuestos por la fiscalía, en cuanto refirieron que "Yésica estaba como loca, gritaba y pateaba la puerta", así como la explicación brindada por la médica psiquiatra, Graciela Fernández Barros, acerca de que "ella venía con malos tratos de manera crónica, que había empezado a empoderarse en nuevas actividades" y que "este hecho puntual fue acumulativo y la desbordó".

Con base en las objeciones *supra* señaladas, la asistencia técnica de Yésica P concluyó que la sentencia condenatoria por homicidio simple, en los términos del artículo 79 del Código Penal, se hallaba fundada en argumentaciones meramente dogmáticas, a la vez que traducía graves defectos en la consideración de las cuestiones oportunamente planteadas.

En cuanto a la pena impuesta, accesoriamente afirmó que no se encontraba en consonancia con los parámetros establecidos en el artículo 41 del Código Penal, ni atendía a las particulares circunstancias en las que había tenido lugar el hecho, en virtud de las cuales, a su juicio, resultaba aplicable al caso la imposición de una pena por debajo del mínimo legal correspondiente al delito atribuido. Por último, cuestionó el monto de la pena asignada también a la luz de su finalidad resocializadora y los principios de proporcionalidad y mínima trascendencia.

A su turno, la Sala B del Tribunal de Impugnación Penal rechazó el recurso articulado por la defensora oficial en el entendimiento de que, en el *sub examine*, no concurrían los presupuestos objetivos de la legítima defensa, así como tampoco los de la figura de la emoción violenta, subsidiariamente alegada. En cuanto al agravio relativo a la individualización de la pena, los magistrados afirmaron que la aplicación del mínimo legal de la escala prevista en el artículo 79 del código de fondo se hallaba ajustada a las pautas establecidas en los artículos 40 y 41 del referido ordenamiento legal y, en consonancia con lo expresado por el tribunal de audiencia, añadieron que "aceptar la pena solicitada por la defensa (4 años de prisión) llevaría al sentenciante a



fallar en contra del principio de legalidad [...] y de las normas penales vigentes" (fs. 59/63 vta. del legajo del Tribunal de Impugnación Penal).

Disconforme, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 1/20, del legajo del Superior Tribunal de Justicia). En esa oportunidad, alegó que ni el tribunal de juicio ni el de impugnación habían realizado un análisis contextualizado del hecho bajo la perspectiva de la problemática de violencia de género, lo que a su juicio constituía una abierta violación a los postulados de la Convención de Belém do Pará, a la que la República Argentina adhirió mediante ley n° 24.632. En ese sentido, insistió en que dicha omisión condujo a los jueces que intervinieron en la causa no sólo a negar la situación de peligro que justificó la agresión hacia C..., sino también la existencia de una causa provocadora por parte de aquél que pudiera determinar la conmoción del ánimo en Yésica. En esa inteligencia, descalificó la sentencia impugnada por inobservancia de las previsiones legales establecidas en los artículos 34, inciso 6°, y 81, inciso 1°, del Código Penal.

Además, tachó de arbitraria la resolución de los jueces de audiencia por cuanto, a su entender, dictaminaron sin ponderar prueba documental favorable a la tesis de la defensa, en particular, el expediente de la Dirección de Niñez y Adolescencia y las conclusiones a las que arribara la Licenciada Carretero en su informe.

Sin perjuicio de ello, sostuvo que la pena de ocho años de prisión impuesta a su defendida no observaba el principio de proporcionalidad ni la finalidad resocializadora que debería cumplir, e insistió en que, en el caso, se verificaban las circunstancias excepcionales que hacían procedente la aplicación de una pena por debajo del mínimo legal establecido para el delito por el cual fue condenada.

-II-

La Sala B del Superior Tribunal de Justicia provincial declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto, esencialmente, en los siguientes términos: "Mal puede sostenerse, como manifiesta la defensa, que se incumplió con la incorporación de la temática de género para la evaluación del hecho criminoso que tuvo como protagonista



a Yésica P..., porque precisamente al considerar el contexto y el ámbito en que se desplegó el homicidio, es que se desestimó involucrar el tópico de referencia" (cf. fs. 5 vta. del legajo de queja).

A continuación, y sin perjuicio de tachar de extemporáneo el agravio referido a la falta de valoración de los elementos probatorios antes señalados, el *a quo* desestimó éste y los restantes cuestionamientos por considerar que carecían de la debida fundamentación, en tanto se trataban de meras discrepancias de la parte que no alcanzaban a demostrar las deficiencias lógicas en el razonamiento seguido por los jueces de las instancias anteriores, ni la relevancia para la solución del caso de la prueba supuestamente omitida.

Contra ese pronunciamiento, la defensa interpuso recurso extraordinario (fs. 8/43) cuya denegatoria motivó la presente queja (fs. 44/47 y 48/57, respectivamente).

-III-

En el escrito que contiene la impugnación, la recurrente se agravia de lo resuelto por el *a quo* con sustento en la doctrina de la arbitrariedad. En prieta síntesis, sostiene el carácter federal de sus reclamos y afirma que los recursos articulados en las diversas instancias de revisión fueron rechazados mediante afirmaciones dogmáticas y sin hacer referencia alguna a los argumentos concretos expuestos por la parte. En ese sentido, reitera la ausencia de valoración del contexto de violencia de género como antecedente del desenlace final que, a juicio de la defensa, explica la concurrencia de la causa de justificación invocada a lo largo del proceso o, al menos, de un supuesto de culpabilidad disminuida en los términos del artículo 81, inciso 1º, del Código Penal.

De manera subsidiaria, insistió en que la pena de ocho años de prisión impuesta a su defendida constituye una pena cruel, inhumana y degradante que contraría las previsiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Por ello, abogó una vez más por la imposición de una pena de cuatro años de prisión en el entendimiento de que ésa es la que resulta



conveniente y proporcional también desde el punto de vista del fin de prevención especial.

-IV-

Ante todo, creo oportuno señalar que, examinados los argumentos del apelante en las diversas instancias recursivas, contrariamente a lo manifestado por el *a quo*, cabe interpretar que el agravio relativo a la falta de consideración de ciertos elementos probatorios –que abonarían la tesis de la defensa– se halla contenido en la causal de arbitrariedad, oportunamente planteada, y mediante la cual la parte descalificó tanto la sentencia de condena como la del Tribunal de Impugnación que la confirmó. Observo que ello es así pues es principalmente en tales pruebas que la defensa fundó la existencia de un contexto de violencia de género como determinante del hecho, y a la luz del cual reclama a los magistrados intervinientes que examinen la actuación de su defendida, cuestión que, a su vez, entiende indisolublemente ligada a la concurrencia o no de un supuesto de legítima defensa o de culpabilidad disminuida.

Ahora bien, hecha esta aclaración que hace a la procedencia, en cuanto al fondo de las cuestiones planteadas, pienso que sólo parcialmente asiste razón al apelante.

En primer lugar, no advierto arbitrariedad, sino más bien conformidad con los estándares vigentes en la materia, en la conclusión sobre el punto a la que arribaron los jueces de la causa al descartar que en el momento del hecho hubiese existido una agresión antijurídica, actual o inminente, de parte de C , que hubiera hecho necesario reaccionar apuñalándolo. En particular, esa conclusión se halla en consonancia con la opinión dominante según la cual, en atención a la intensidad de la autorización, no limitada por la proporcionalidad, la noción de "actualidad de la agresión" es más restrictiva que la de "actualidad del peligro" del estado de necesidad, y sólo abarca por ello a la agresión que se dará en forma inminente, que ha comenzado o que aún continúa, a la vez que excluye los casos de "defensa preventiva" y de "peligro permanente", sin perjuicio de su eventual consideración como estado de necesidad.



Dicho esto, no paso por alto que la doctrina y la jurisprudencia han admitido, excepcionalmente, en ciertos casos extremos de violencia familiar, no la justificación por legítima defensa, como postula la defensa, pero sí la exculpación del homicidio del llamado "tirano de la familia" cuando las particulares circunstancias del caso permiten afirmar la concurrencia de los presupuestos de un estado de necesidad exculpante, en particular, la existencia de un peligro permanente que sólo podía ser conjurado eficazmente actuando sin demora, y que tampoco podía ser evitado de otro modo.

Sin embargo, esta argumentación no fue planteada por la defensa, de modo que su no tratamiento por los jueces de la causa y, en particular, por el *a quo* no puede ser considerado un defecto del pronunciamiento impugnado. En este punto, no paso por alto que la defensa postuló la existencia de un peligro derivado de la situación de violencia de género que describió, pero no observo que esa alegación haya sido acompañada siquiera de una mínima argumentación tendiente a demostrar o explicar, ni la urgencia de actuar la mañana en cuestión, ni la inexistencia de otros medios (especialmente, de procedimientos institucionales) para resolver la situación; ambos requisitos, según se ha visto, para la operatividad de la excusa en examen. Este defectuoso planteamiento descarta por ello también cualquier reproche a los jueces que se pudiera pensar hacer por no haber considerado el tema, aunque fuese bajo otro *nomen iuris*.

-V-

Otra, en cambio, es la conclusión a la que habré de arribar en lo relativo a la falta de tratamiento del agravio referido a la aplicación de la figura atenuada del homicidio en estado de emoción violenta, del artículo 81, inciso 1º, letra «a», del Código Penal, que la defensa subsidiariamente planteó tanto en el juicio como en su impugnación.

El tribunal de audiencia justificó el rechazo de esta atenuante fundamentalmente en la falta de inmediatez entre el hecho supuestamente



desencadenante de la emoción: la sustracción del televisor, y la reacción. Recordemos que, según el tribunal, "Yésica P no solo accionó con posterioridad al presunto hecho, sino que previamente tomó la decisión de ir a buscar a C a los posibles lugares en que se podía encontrar y cuando estuvo ante él lo apuñaló con el cuchillo que llevó a tal fin". Esta solución de continuidad, sumada al comportamiento exhibido por la imputada, que fue en búsqueda de la víctima, descartaría, para el tribunal, que P "h[ubiera] actuado bajo una conmoción violenta del ánimo, motivada en una incitación externa justificada inmediatamente anterior al hecho" y, por el contrario, sería demostrativa de que "actuó de manera consciente y deliberada". En conclusión, el tribunal consideró que "[l]a ofensa recibida producto de la supuesta sustracción del televisor de manera alguna p[odía] ser considerada como [un] detonante de la conmoción del ánimo de la encartada que la [hubiera llevado] a obrar irreflexivamente; menos aun cuando no tenía la certeza de que el autor de la sustracción fuera C ." (cf. fs. 364 y 365 del legajo de juicio).

En su recurso de impugnación, la defensa objetó contra esta argumentación que el tribunal omitió considerar en su análisis el contexto de violencia de género en que tuvo lugar el hecho y, aun más, tomó erróneamente a un elemento de ese contexto (la sustracción del televisor) como el desencadenante de la emoción. Concretamente, con invocación de peritajes y testimonios, la defensa describió la hipótesis de una personalidad desbordada emocionalmente por el acoso y las agresiones que venía sufriendo de parte de su ex pareja, todo ello agravado por el trasfondo de un historia de vida signada por el abandono y el abuso desde la niñez, que, en palabras de la propia imputada, en el marco de la confrontación que mantuvo con C ante la sospecha de que hubiera sustraído el televisor, habría experimentado las expresiones que le profirió como la provocación que desencadenó la reacción emotiva que la llevó a cometer el hecho (cf. declaración de P a fs. 360 de la sentencia). La pérdida de memoria, la angustia y la actitud general revelada por la imputada con posterioridad al hecho se hallarían en consonancia con esa hipótesis, que tampoco se vería desvirtuada

por la circunstancia de que P hubiera ido con un cuchillo, porque surge de los testimonios que lo llevaba permanentemente, desde la separación, como medio de protección y defensa ante eventuales agresiones de C.

Ahora bien, observo que esta línea argumental goza de reconocimiento en la doctrina más calificada. A modo de ejemplo, Sebastián Soler, luego de recordar que, dado que "el estado de emoción violenta tiene que existir en el momento del hecho, es claro que no puede haber discontinuidad entre el hecho provocante inmediato y la reacción", aclara a continuación que, empero, "este principio no debe entenderse en el sentido que de que un estado más o menos durable y anterior excluya la reacción emotiva, siempre que en el momento mismo haya un hecho desencadenante. Al contrario, generalmente, los estados emotivos estallan sobre un fondo afectivamente predispuesto por situaciones vitales preexistentes, que en un momento dado cobran sentido" (cf., por todos, SOLER, Derecho Penal Argentino, Tomo III, 4° ed., Buenos Aires, 1987, ps. 61 y 62).

Luego, en el mismo sentido, añade: "[e]l movimiento emotivo auténtico se genera por la subitánea presentación de algo inesperado; pero ello no quiere decir que el ánimo del sujeto antes del hecho deba, por decirlo así, estar en blanco. Ya sabemos que un cierto estado de tensión psíquica anterior suele ser una circunstancia que precede casi siempre a los estados emocionales. Claro está que ha de emocionarse un sujeto tranquilo y desprevenido si se le anuncia una gran desgracia; pero muchos más son los que se emocionan después de un tiempo de estar bajo el influjo de un sentimiento amoroso o de un temor que los tiene sobreexcitados". (*op. cit.*, p. 65).

Y unas páginas más adelante termina de precisar la idea: "Pero se cometería un grave error psicológico y jurídico, si se afirmase que no es computable un estado emocional por el solo hecho de haber irrumpido en un terreno pasionalmente predispuesto. Dice sobre esto Kretschmer: 'muy frecuentemente se trata de descargas de complejos y de constelaciones psíquicas muy lejanas y muy antiguas. La hipertensión psíquica existe desde mucho tiempo atrás y la impresión que se estima que



ha provocado la descarga no representa más que la gota que hace desbordar el vaso<sup>7</sup>. Esa gota es el hecho desencadenante y puede estar constituido por un suceso relativamente insignificante, pero cargado de sentido, inclusive tan solo en consideración a las asociaciones y recuerdos que determina en el sujeto. [...] En consecuencia, un estado pasional preexistente no elimina la excusa, siempre que exista, además, un hecho inmediato desencadenante". (*op. cit.*, ps. 66 y 67)

Esta hipótesis de un suceso aparentemente nimio, que opera sobre un trasfondo pasional ya existente como desencadenante, era entonces, como fácilmente se desprende de la cita anterior, un argumento conducente, planteado oportunamente, que, más allá de la conclusión a la que finalmente se arribara, debía ser tratado por el Tribunal de Impugnación en el marco de la revisión que le incumbía realizar como consecuencia del recurso interpuesto por la defensa.

Sin embargo, observo que dicho tribunal soslayó por completo la consideración de la hipótesis que, desde una perspectiva totalmente distinta, había puesto a su consideración la defensa, pues sin hacer ninguna alusión a esa nueva propuesta, ni siquiera para refutarla, se limitó a reproducir la tesis de la falta de inmediatez entre la agresión y la ofensa, que volvió a ubicar acriticamente en "situaciones anteriores", entre ellas, la sustracción del televisor, tal como lo había hecho antes el tribunal de juicio cuya sentencia, precisamente en ese punto, se le pedía que revisara.

Advierto, asimismo, que los jueces volvieron a incurrir en el mismo vicio cuando, sin consideración alguna a la prueba pericial y testimonial cuyo reexamen pedía la defensa, expresaron dogmáticamente que "ninguno de los tres elementos tipificados de la emoción violenta, a saber: intensa conmoción de ánimo, motivo moralmente relevante y reacción inmediata ante la permanencia de circunstancias lesivas, se han materializado en el caso" (cf. fs. 62 del legajo del Tribunal de Impugnación). Así lo considero pues, tal como ha sido señalado, era precisamente en esa prueba, referida a la situación de violencia que habría padecido la imputada y el efecto que habría tenido



sobre ella, que la defensa sustentaba la existencia del estado pasional y de las circunstancias que estimaba excusantes. Esta omisión luce más grave por cuanto ambos tribunales, de juicio y de impugnación, habían dado por acreditada la existencia de esa situación de violencia doméstica y de género a partir de la cual la defensa desplegaba su argumentación.

Por último, como fue también indicado *supra*, la defensa había argumentado con base en diversos testimonios que la imputada llevaba el cuchillo permanentemente consigo, como forma de protección, de modo que su portación, la mañana del hecho, no podía ser valorada como prueba de una premeditación incompatible con el estado pasional alegado. Sin embargo, observo una vez más que, a pesar del planteamiento de esta cuestión, también aquí el tribunal de impugnación omitió pronunciarse sobre el mérito de esos testimonios en los que el recurrente basaba su objeción y, en cambio, afirmó dogmáticamente que la presencia del arma se debía a que P pensaba utilizarlo contra la víctima, lo cual demostraba una preparación y una intención manifiesta que descartaba el estado de emoción.

Todas estas deficiencias fueron señaladas por la defensa en su recurso de casación, no obstante lo cual el *a quo* omitió pronunciarse sobre los reclamos formulados con motivo de ellas. En efecto, en la sentencia por la que rechazaron su intervención los magistrados, por toda consideración, expresaron que: "[e]n respuesta a que no se habrían valorado determinados elementos probatorios, corresponde observar que este planteo no fue realizado en forma precisa en la etapa propia del recurso de impugnación, que era el ámbito óptimo de revisión, no obstante la recurrente no satisface en su presentación las deficiencias lógicas en el razonamiento del sentenciante al excluir el material de evidencia reseñado que, según su apreciación, sería dirimente en el caso". Y luego agregaron, con cita de doctrina: "[e]s conveniente recordar que «La prueba omitida debe ser decisiva; si carece de eficacia la omisión no afecta la motivación...» [...], y al no demostrarse que incidencia posee, de acuerdo a las reglas de la lógica jurídica, el agravio resulta descalificable" (cf. fs. 45 vta. del legajo del Superior



Tribunal de Justicia). Éstos, como se puede apreciar, son argumentos formales que no conciben con los antecedentes de la causa que acaban de ser reseñados en los párrafos precedentes.

De allí que, como adelanté, no quepa más que dar la razón en este aspecto al impugnante y deba concluir que el trámite recursivo, en lo que atañe a este agravio, no satisfizo los estándares de revisión amplia establecidos por V.E. *in re* "Casal" (Fallos: 328:3399), como así también que la negativa del *a quo* a conocer del recurso interpuesto por ese motivo importó una restricción sustancial de la vía utilizada por el apelante, sin fundamentación idónea suficiente, que se traduce en una violación a la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 315:761 y 1629, entre muchos otros). Este defecto torna ociosas cualquier consideración acerca del restante agravio relativo a la pena.

-VI-

Por todo lo expuesto, opino que, con el alcance indicado, corresponde declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia impugnada para que, por quien corresponda, se dicte otra con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 14 de septiembre de 2018.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

  
ADRIANA N. MARCHISIO  
Subsecretaria Administrativa  
Fiscalía General de la Nación



**“SANZ, Zóximo Francisco - Homicidio agravado por el vínculo - Tandil”: SENTENCIA: HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL CALIFICADO POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN.”**

Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Tandil.  
Departamento Judicial de Azul. Provincia de Buenos Aires.  
N° 1480 (IPP N° 01-01-003738-09).

Ausencia de nexo causal entre la actividad física desplegada por su asistido y el fallecimiento de su padre; ausencia de intención homicida - preterintencionalidad; aplicación extensiva de las circunstancias extraordinarias de atenuación a la preterintencionalidad; imputabilidad disminuida; y Mensuración de la pena: pena ilícita.

| PARÁMETRO                    | CONTENIDO   |
|------------------------------|---|
| Pais                         | ARGENTINA   |
| Tribunal                     | Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Tandil. Departamento Judicial de Azul. Provincia de Buenos Aires. República Argentina  |
| Materia                      | Penal   |
| Derechos involucrados        | La defensa planteó 1) ausencia de nexo causal entre la actividad física desplegada por su asistido y el fallecimiento de su padre; 2) ausencia de intención homicida - preterintencionalidad; 3) aplicación extensiva de las circunstancias extraordinarias de atenuación a la preterintencionalidad; 4) imputabilidad disminuida; y 5) Mensuración de la pena: pena ilícita (víctima del delito de homicidio en grado de tentativa en manos de un compañero de celda).   |
| Breve relación de los hechos | Zóximo Sáenz llegó al debate acusado de haber matado a su padre. Los hechos tuvieron lugar el 28 de diciembre de 2008 siendo alrededor de las 04:30 horas, en el domicilio de calle Leandro N. Alem N° 1192 de la ciudad de Tandil, más precisamente en el interior del cuarto matrimonial de Jorge Oscar Sanz y Alicia Ester Maggio (sus padres). Allí tuvo un forcejeo con su progenitor cerca de la cama de este último. En esa circunstancia, Zóximo Francisco le aplicó a su padre al menos tres golpes de puño en la cara y también golpes en la zona torácica con la intención de lesionarlo, - de causarle la muerte según la acusación del Fiscal - provocándole traumatismo frontal derecho, herida contusa en arcada superciliar derecha, importante hematoma malar y bpalpebral derecho, edema y equimosis bpalpebral izquierdo, traumatismo contuso nasal con sangrado por fosas nasales y fractura en huesos propios nasales, equimosis contusa en cara anterior de hemitórax izquierdo que afectó la región esternal inferior y la parrilla costal, escoriaciones contusas en ambos dorsos de manos, lesiones todas estas que lo llevaron a entrar en un paro cardiorespiratorio, con riesgo de vida y colección hemática en pulmón derecho compatible con broncoaspiración; que posteriormente a consecuencia de falla multiorgánica, por |

ADTII 2021



|  |  |
|--|--|
|  | shock refractario como complicación de los traumas graves en el rostro y tórax, tuvo un paro cardiorrespiratorio que determinó su muerte, el que se produjo once días después del hecho, es decir el 8 de enero de 2011.   |
| <b>Fundamentos de derecho</b>                                    | Arts. 40, 41, 45, 80 in fine; 81 apartado b) y 82; arts. 1, 18, 31 y 75 numeral 32 de la Constitución Nacional.  |
| <b>Resolución (Liga de enlace)</b>                               | Causa, registrada bajo el N° 1480 (IPP N° 01-01-003738-09) caratulada "SANZ, Zóximo Francisco - Homicidio agravado por el vínculo - Tandil": SENTENCIA: HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL CALIFICADO POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN, delito previsto y reprimido por los artículos 81 inc. 1° ap. b), 82 y 80 último párrafo del Código Penal. |
| <b>Contexto social y económico del caso</b>                      | Clase media. Matrimonio integrado por la pareja unidos en matrimonio por muchos años y cuatro hijos. Un varón, el acusado, y tres mujeres. Familia desintegrada a partir del hecho.  |
| <b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia</b>        | Primera Instancia.   |
| <b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>           |  |
| <b>Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)</b> |  |
| <b>Votación por la que fue adoptada (si corresponde)</b>         |  |
| <b>Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)</b>          | Unanimidad   |
| <b>Otra observación</b>  | La pena impuesta fue de 6 años de prisión efectiva. La pena se estableció por debajo del mínimo legal estimada en diez - mínimo de la escala penal contemplada en el art. 82 del Código Penal - atendiendo a lo que se consideró como pena natural.  |



En la ciudad de Tandil, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil once, se reúnen en la Sala de Acuerdos del Tribunal en lo Criminal de esta ciudad los Señores Jueces que lo integran, Doctores Guillermo Alberto Arecha, Pablo Galli y Gustavo Agustín Echevarría, a fin de dictar veredicto en la presente causa, registrada bajo el N° 1480 (IPP N° 01-01-003738-09) caratulada "SANZ, Zóximo Francisco - Homicidio agravado por el vínculo - Tandil". Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de la votación, resultó que dichos señores jueces deben hacerlo de la siguiente manera: doctores Galli - Arecha - Echevarría.--

----- El Tribunal, conforme a lo dispuesto en los arts. 371 y 373 del Código Procesal Penal, resolvió plantear y votar las siguientes:-----

**CUESTIONES**

----- 1° ¿Está probada la existencia del hecho en su exteriorización material?-----

----- 2° ¿Está probada la participación de Zóximo Francisco Sanz en el mismo?-----

----- 3° ¿Concurren eximentes?-----

----- 4° ¿Concurren atenuantes?-----

----- 5° ¿Concurren agravantes?-----

**VOTACION**

----- A LA PRIMERA y SEGUNDA CUESTION, el señor Juez doctor Galli dijo:----- En atención a la comunidad probatoria existente entre las cuestiones primera y segunda del veredicto, y a efectos de no incurrir en reiteraciones narrativas, trataré ambas en la presente respuesta.-----

----- Así es que, mediante el acta de inspección ocular de fs. 3/4; el croquis ilustrativo de fs. 5/5va.; los informes médicos de fs. 8, 9, 96, 120, 173, 174, 180 y 190; acta de extracción sanguínea de fs. 10; sobre conteniendo carnet de Historia Clínica N° 27.115 de fs. 23 y anexo de prueba "A" conteniendo Historia Clínica; pericia fotográfica digital y de levantamiento de rastros de fs. 33/44; informes policiales de fs. 60, 93 y



115; pericia psiquiátrica de fs. 68/71vta.; historias clínicas de fs. 72/80 y 214/230; fotocopias de fs. 95 y 261/263; acta de autopsia de fs. 97; informe del actuario de fs. 103; fotografías de fs. 103/110vta. y 247/251; fotocopia de certificado de nacimiento de fs. 155; certificado de defunción de fs. 152/152vta.; informe de alcoholemia de fs. 159; informe de autopsia de fs. 161/170; fotocopias de pericia psiquiátrica de fs. 176/179; informe de pericia de fs. 206; acta de nacimiento de fs. 213/213vta.; pericia química de fs. 244 y 274/275vta.; certificado de fs. 261/263; sobre conteniendo material para ADN de fs. 276; fotocopias historia clínica certificadas de fs. 296/312; declaración de fs. 283/286 del Dr. Carlos Iván Benavente Pinto (psiquiatra), complementaria de las actuaciones de fs. 214/230 y declaración del Dr. Roberto Leitao de fs. 277/278 complementaria de las actuaciones de fs. 162/170; pericia planimétrica de fs. 316/321; la declaración prestada por el imputado bajo los términos del art. 308 de fs. 27/29 y 342/345; elementos de convicción incorporados al juicio con el consentimiento de las partes de conformidad a lo resuelto por este Tribunal a fs. 399/400 y de acuerdo a los preceptos legales establecidos en los arts. 338 y 366 del Código Procesal Penal; a los que se añan las declaraciones testimoniales escuchadas en la audiencia de debate de Juan Carlos Gutiérrez, Fernando Gabriel Murilla, Mirta Graciela Vereas, Lucía Jorgelina Sanz, Alicia Ester Maggio de Sanz, Dra. Liliana Aida Ricardo, Celina Cecilia Sanz, Anahí Romina Sanz, María Soledad Cabanillas, Jorge Antonio Gómez, Julio Andrés Santomauro, Dr. Roberto Leitao, Lic. María Eugenia Navarro, Matías Prado, Dra. Cristina Yolanda Romero, Jorge Nicolás López, Dr. Carlos Benavente Pinto, Carolina María Fernández, María Alcia Ubillas y Ricardo Baldovino; de las cuales me he nutrido en mayor o menor medida para llegar al grado de convicción al que arribo, y sobre las que iré haciendo referencia, con distinto grado de análisis y detenimiento, limitándome por ahora a su mera enunciación, tengo por plenamente acreditado que: el día 28 de diciembre de 2008 siendo alrededor de las 04:30 horas, en el domicilio de calle Leandro N. Alem Nro. 1192 de la ciudad de Tandil, más precisamente en el interior del cuarto matrimonial de Jorge Oscar Sanz y Alicia Ester Maggio, el hijo del matrimonio referido, Zóximo Francisco Sanz, tuvo un forcejeo con su



progenitor cerca de la cama de este último. Que en esa circunstancia, Zóximo Francisco le aplicó a su padre al menos tres golpes de puño en la cara y también golpes en la zona torácica con la intención de lesionarlo, provocándole traumatismo frontal derecho, herida contusa en arcada superciliar derecha, importante hematoma malar y bipalpebral derecho, edema y equimosis bipalpebral izquierdo, traumatismo contuso nasal con sangrado por fosas nasales y fractura en huesos propios nasales, equimosis contusa en cara anterior de hemitórax izquierdo que afectó la región esternal inferior y la parrilla costal, escoriaciones contusas en ambos dorsos de manos, lesiones todas estas que lo llevaron a entrar en un paro cardiorespiratorio, con riesgo de vida y colección hemática en pulmón derecho compatible con broncoaspiración; que posteriormente a consecuencia de falla multiorgánica, por shock refractario como complicación de los traumas graves en el rostro y tórax, tuvo un paro cardiorespiratorio que determinó su muerte, el que se produjo once días después del hecho, es decir el 8 de enero de 2011.-----

----- Como se evidencia en la narración, he tenido por comprobado el hecho expuesto en la tesis alternativa de la requisitoria de fs. 346/351, desestimando la proposición principal sustentada por el Ministerio Público Fiscal.-----

**Materialidad - Autoría - Nexo Causal - Homicidio Preterintencional.-**

----- Autor penalmente responsable fue el acusado Zóximo Francisco Sanz, y no tengo dudas, a tenor de los argumentos que se irán expresando, que fruto de su accionar consistente en golpear con brutalidad a su padre Jorge Oscar Sanz, se produjo la muerte de este último. Pero no puedo avanzar más allá de una intención de lastimarlo o lesionarlo (dolo de lesión). Precisamente la violencia del ataque llevó al Señor Fiscal a seleccionar la figura más gravosa de su acusación alternativa, pero luego de valorados todos los elementos de convicción, y aún admitiendo aquella adjetivación sobre el ataque, es decir que se realizó con “*cualidad de bruto*”, con “*excesivo desorden de los afectos y pasiones*”, en una acción “*grosera o cruel*”, en “*cantidad grande*” (Diccionario de la Lengua Española de la R.A.E., vigésima segunda edición, 2001) no solo puede afirmarse que no se comprobó un dolo homicida o parricida, sino que



existen varios elementos probatorios para desestimar este último propósito.-----

En efecto, el análisis minucioso de la prueba resulta categórico para arribar a la autoría referida y a la relación de causalidad existente entre la actividad desplegada por el imputado y el resultado muerte, aún cuando esta haya ocurrido once días después de aquella. Iré mencionando primero los elementos de juicio en los que asiento aquella convicción y luego daré el basamento probatorio en el que apoyo la causalidad de la acción del imputado. Más compleja resulta la cuestión atinente al aspecto subjetivo, es decir a determinar cual fue la intención que aquel comportamiento acarrea, lo que trataré más adelante y con mayor detenimiento, alcanzando de este modo a determinar finalmente el encuadre legal que a la conducta de Zóximo Francisco Sanz debe atribuirse.-----

----- La afirmación antedicha se sostiene, dando a la par respuesta al primer argumento de la defensa que entre otros múltiples planteos, cuestionó el nexos causal entre la actividad física desplegada por su asistido y el fallecimiento de su padre; en los siguientes elementos:-----

----- **a) Las expresiones del propio imputado** en ocasión de brindar declaración con motivo de lo dispuesto en el art. 308 del Código Procesal Penal, toda vez que a fs. 27/29 dijo que: *“en horas de la tarde le solicitó dinero a su madre para adquirir una cerveza “Quilmes”, habiéndosela tomado la misma, y al sentirse mareado salió a caminar, previo haber ingerido media pastilla de “clorazepan” 2 mgs., ya que se medica por estar bajo tratamiento psiquiátrico desde hace casi diez años. Que regreso a su casa, en horas de la madrugada, no recordando como ingreso a su domicilio, y se encontró con su padre y éste al verlo al deponente comenzó a “temblar” debido a su enfermedad, y como casi siempre se cae al piso el deponente intentó agarrarlo para que no se caiga al piso, y en este momento es que recibe golpes por parte de su padre en diferentes partes del cuerpo, el deponente trató de calmarlo y se defendió pegándole posteriormente dos o tres “piñas” en la cara, cuando ya vio que no podía controlarlo y no “le quedaba otra”. Que asimismo quiere manifestar que su padre en un primer momento al verlo al dicente ingresar al domicilio manifestó entre otras cosas que iba a matar a toda la familia,*



*que estaba cansado de todo, que iba a matar a todos. Que su padre agredió al docente con los pies y con las manos, e hizo que cayera el docente al suelo y es en ese momento que el deponente le aplicó los golpes de puño defendiéndose, en circunstancias que su padre estaba sentado en la cama y el deponente de pie, o sea parado. Que al advertir el docente que en sus manos tenía sangre y que su papá se encontraba lastimado en la cara y le salía sangre de la nariz o cree que era de ese lugar, el deponente se asusta y se retira de la casa, saliendo corriendo hacia el hospital, requiriendo en la guardia de ese nosocomio que lo asistieran al docente por los golpes recibidos y que mandaran una ambulancia para que atendieran a su padre. Que no observó si hubiera sangre o manchas de sangre en otro lugar, recordando que su padre estaba sentado en la cama y al ver que el mismo se recostó sobre la cama, el docente al agarrarle un ataque de pánico se retiró de la casa. Que asimismo manifiesta que su mamá al advertir que su padre comenzó a temblar, salió del interior del domicilio a pedir ayuda, no estando presente en el momento en que ambos, o sea el deponente y su padre se agredieran. Que desconoce si realmente mandaron la ambulancia hacia la casa del deponente a asistir a su papá. Que manifiesta así también que su padre en reiteradas oportunidades anteriormente ha agredido a su mamá, habiéndole pegado y arrojado en una oportunidad una botella a su madre, que su padre en la actualidad y después que le pasara un accidente cerebral el mismo tiene días buenos y días malos, siendo en esos días cuando más agresivo está y el deponente le tiene miedo, pero quiere a su padre. Que el docente no quería pegarle a su papá, que está arrepentido de lo hecho porque lo quiere mucho. Que en éste acto el Sr. Defensor Oficial Dr. Araujo repregunta para que el declarante manifieste que medicación está ingiriendo, a lo que responde clonazepan de 2 mgs., no tomando más de una y media pastilla diaria, que no depende como se siente el docente y que las ingiere, solo media pastilla a la tarde ya que por la noche toma otra medicación llamada Venlafaxina (antidepresivo) de 75 mgs. una por la noche junto con un “alplaxolan” (sedante, ansiolítico) de 2 mgs. Que las venía ingiriendo normalmente hasta la madrugada del día de ocurrido el hecho. Que asimismo para que diga desde hace cuánto tiempo que está en tratamiento psiquiátrico, que*



*médico lo asiste en que lugar, respondiendo, casi diez años, en el centro de salud mental local y lo atiende el Dr. Carlos Benavente. Que quien habla desea manifestar que se encuentre preocupado porque no ve a su mujer y a ella la ama, como así también porque no ve seguido a su hijo, manifestando que en la noche del 24 fue la última vez que vio a su mujer. Que asimismo quiere expresar que su mujer y su hijo se retiraron de la casa por pedido del deponente y en virtud del maltrato que el padre del dicente le brindaba a su hijo, no dejándole hacer nada y gritándolo constantemente a su hijo Alan Facundo Sanz y que tiene tres años y medio de edad. Que hace mas de diez años el dicente se retiró de la casa para no ver el maltrato y los golpes que su padre le daba a su madre y que estuvo cuatro años sin ver a su padre y regresó a ese domicilio hace aproximadamente siete años a la fecha y cuando ya su padre no estaba bien de salud, ya no tomaba mas, o sea dejó el alcohol ya que era alcohólico. Que el deponente sufre ataque de pánico habiendo tenido uno muy grande a los 14 años de edad y después de haber recibido una golpiza por más de seis personas, que no era entre ellas su padre, sino desconocidos. Que en este acto se obtienen fotografías del deponente de las diversas lesiones que posee en su cuerpo. Que asimismo refiere tener dolores en la parte intercostal izquierda”.*-----

----- Como se advierte en este relato, el acusado reconoció haber golpeado a su padre, y haberlo hecho con golpes de puño, al menos “dos o tres” en el rostro (probados también con la declaración de los Dres. Ricardo y Leitao). También admitió que como consecuencia de este proceder, su padre comenzó a sangrar profusamente, y sus manos estaban llenas de sangre, por lo que asustado salió corriendo hacia el hospital a pedir ayuda, de este modo también se infiere su conciencia sobre la gravedad de la golpiza, una contraposición con la escasa cantidad de golpes que dijo haber aplicado.-----

----- **b)** Otro elemento que aporta valiosa información y me persuade en el sentido antes expuesto son **las manchas de sangre perteneciente a la víctima en las manos del imputado**, tal como surge del cotejo entre la sangre recogida de sus manos y la extraía a la víctima



de autos (pericia químicas de fs. 159, 244 y 274/276 y declaraciones testimoniales de Jorge Antonio Gómez y Mirta Graciela Vereá).-----

----- **c) La declaración de Alicia Esther Maggio**, madre del imputado y esposa de la víctima, quien también reconoció en sus primeras declaraciones que le fueron recordadas -en lo pertinente- a través de su lectura durante el debate, cuando dijo que ambos cayeron al suelo (declaraciones de fs. 21/22 y 128/130) y también durante la audiencia, al expresar que temía que iba a ocurrir una pelea entre ambos y por eso había acudido a pedir ayuda al hospital.-----

----- Aún cuando creo que la testigo fue más creíble en sus primeras declaraciones, por su espontaneidad, proximidad con el hecho y coherencia con los acontecimientos, lo cierto es que durante la audiencia también dejó abierta la posibilidad de una disputa violenta entre padre e hijo para justificar el pedido de asistencia profesional. Es que de otro modo no se justifica -como dijo en la audiencia- que haya concurrido mostrándose urgida reclamando la asistencia de dos enfermeros si la golpiza aún no se había producido. Volveré sobre este testimonio al final, porque aún cuando tengo la certeza de que ocultó en gran medida la verdad de lo ocurrido en lógica y evidente intención de favorecer a Zóximo Sanz, tomaré aspectos de su versión como referenciales de la historia de vida familiar y de la salud de ambos protagonistas (esposo e hijo) con quienes convivía.-----

----- No hay dudas, entonces sobre las circunstancias de tiempo y lugar admitidas por el acusado. Sin embargo, sobre la causa y el modo, es decir la manera y pormenores respecto a cómo se originó y se desarrolló la paliza propinada, haré las consideraciones por las que me aparto del relato del imputado, en especial en dos tópicos: en cuanto a la cantidad y zonas de impacto de los golpes aplicados; y en relación a la excusa brindada por él para justificar los mismos. Ir desgranando estas circunstancias, irá develando el nexo causal entre los golpes infligidos y la muerte acaecida, y también la motivación que llevó al acusado a tener el comportamiento de golpear a su padre, fijando de este modo el encuadre legal que corresponde asignar al hecho.-----



----- **Nexo Causal entre medio y resultado.**-----

----- El medio empleado en la ocurrencia del suceso, por las lesiones corroboradas en el cuerpo de la víctima fue la aplicación de golpes de puños, lo que se confirmó además con la declaración del médico forense Dr. Roberto Leitao, al decir que los traumatismos eran compatibles con este tipo de golpes; y además, con la ausencia en el lugar del hecho de cualquier elemento contundente que permita inferir su utilización; en este aspecto quedó demostrado que la pata de la cama estaba atornillada al sommier, y se secuestró del lugar al solo efecto de peritar las manchas que, en apariencia luego confirmada, eran de sangre (ver fotografía de fs. 38 infra y declaración en la audiencia del perito Matías Prado quien levantó los rastros).-----

----- Es decir que en este aspecto, el imputado dijo la verdad, pero de una manera parcial, y aquí empiezo a distanciarme de su versión de fs. 27/29, porque existieron más golpes que los tres admitidos por Zóximo Sanz, puesto que además de los recibidos en el rostro, la víctima tenía múltiples arcos costales rotos (nueve según la pericia de fs 161/170), a menos que, siempre diciendo una verdad a medias, solo haya aplicado tres puñetes en el rostro y las lesiones en la región torácica hayan sido consecuencia de puntapiés, conducta que de ser así también omitió mencionar. De uno u otro modo, lo cierto es que, al realizar una minuciosa observación de la descripción de las lesiones con las que ingresó a la guardia del hospital, éstas resultaron compatibles y apreciables con las señaladas en el cadáver y que fueran debidamente explicitadas por el médico a cargo de la autopsia en el análisis tanatológico que expuso con solvencia en la audiencia; pudiendo concluirse en la falsedad de aquella afirmación (solo dos o tres golpes de puño en el rostro).-----

----- En efecto, los dos primeros exámenes médicos realizados a poco de su ingreso a la guardia del hospital Ramón Santamarina, hicieron alusión a “*politraumatismos, traumatismo frontal derecho, herida contusa en arcada superciliar derecha, importante hematoma malar y bpalpebral derecho, ...edema y equimosis bpalpebral izquierda, traumatismo contuso nasal con sangrado por fosas nasales, equimosis contusa en cara anterior de hemitorax izquierdo que afecta región esternal inferior y parrilla*”



*costal, ... fractura en huesos propios nasales...*” (informe obrante a fs. 8 por parte del Dr. Fernández Soto, médico de policía; y a fs. 73/80 en la historia clínica de la “Nueva Clínica Chacabuco”, que certifica el doctor Oscar Galli, donde se informó el traumatismo de tórax con múltiples fracturas costales).-----

----- Por su parte la doctora Liliana Aída Ricardo, médica de guardia y terapeuta del hospital que dispuso su traslado a la clínica, dijo que observó desde un primer momento las lesiones torácicas y un desnivel o asimetría entre ambas parrillas costales, pero no hizo constar esta circunstancia porque no tenía aún los resultados de la tomografía que permitió después certificar con precisión la presencia de la multiplicidad de costillas fracturadas, estudio que se hizo en la clínica “Chacabuco”, puesto que ellos -en alusión al equipo de guardia del hospital “Ramón Santamarina” que integraba- se ocuparon de mantenerlo con vida ante la gravedad de las lesiones que presentaba, por cuanto estando en riesgo la vida del paciente, centraron la atención en *“oxigenarlo, que respire y que su corazón lata”*, para lo cual procedieron a darle suero y aspirar la sangre que tenía en la boca y la vía aérea a efectos de visualizar la glotis y las cuerdas vocales, para poder así ingresar con urgencia un tubo endotraqueal y colocar el respirador artificial, disponiéndose el traslado a la clínica a la 05:30 horas, es decir media hora luego del ingreso al nosocomio municipal (declaración de Ricardo e historia clínica, ver fs. 73 y 75).-----

----- El estado de Jorge Sanz al ingresar al hospital era *“crítico con doble causa de riesgo para su vida”* –según la Dra. Ricardo- puesto que *“ingresó en coma y con riesgo de paro por la falla cardíaca por el trauma y por el estado de coma que hacía que no respire bien y no se oxigene”*, situación que, explicó la profesional, de continuar podía alterar así los demás órganos. También dijo que *“al ingresar presentaba lesiones en la cara, en la vía aérea y a nivel de tórax”* (declaración de la Dra. Ricardo).-

----- De todos modos se hace necesario detenerme en los traumatismos y laceraciones que presentaba la víctima en la región torácica, así lo amerita la duda defensiva respecto a la posibilidad de que se hayan generado a partir de los movimientos de reanimación en manos



de un inexperto, aunados a la posible incidencia de una patología osteoporósica que la víctima según la defensa podía padecer.-----  
----- En relación a esta enfermedad, luego de analizados los elementos de prueba de la causa no surge en las historias clínicas obrantes y tampoco fue referido por los familiares el padecimiento, pero resulta válida como hipótesis de la defensa a partir de los dichos del Dr. Leitao, experimentado médico de policía con alrededor de 1500 autopsias a lo largo de más de veinticinco años de práctica forense, quien observó en el examen postmortem que, utilizando la misma herramienta, los huesos se seccionaban con mayor facilidad que en otros casos de cadáveres con apropiada calcificación ósea, por lo que era muy posible que tuviera aquella patología (declaración del Dr. Leitao). Aún cuando sea concedible esta posibilidad, es decir que un impacto o presión violenta ejercida sobre el torax, a raíz de la descalsificación ósea pudiera incidir en el resultado inmediato (multiplicidad de fracturas costales) y también en la consecuencia mediata (muerte), lo cierto es que no puede atribuirse esa cuantía lesiva a la maniobra de reanimación.-

----- Vale mencionar sobre el punto, que la doctora Liliana Aída Ricardo, primera profesional que recibió a la víctima en la guardia, dijo de manera ilustrativa a raíz de las preguntas formuladas en aquel sentido, que las tareas de reanimación no son golpes en el tórax, sino que en rigor se trata de un masaje cardíaco, y que si bien pueden ocasionar la fractura de una costilla, esto ocurre muy raramente, y nunca podría darse en la cantidad que presentó la víctima (nueve costillas rotas), menos aún cuando los masajes se deben efectuar sobre el sector izquierdo del tórax, y el herido presentaba entre las nueve fracturas, cinco de los arcos costales ubicados sobre el lado derecho de la parrilla, por lo que en su opinión no era posible que se hayan producido realizando las tareas de reanimación.-

----- El Dr. Roberto Leitao en su carácter de médico autopsiante, compartió la opinión de su colega, mencionando que “*puede suceder que ocurra alguna costilla rota por las tareas de reactivación del ritmo cardíaco, pero no es fácil de lograr*”, además sostuvo que nunca había visto, en toda su carrera, nueve arcos fracturados por aquella



circunstancia, por cuanto “*los masajes se realizan además en una zona más localizada*”.-----

----- La defensa responsabilizó al funcionario policial Gutiérrez de algunas de las fracturas costales, por ser quien primero arribó al lugar y practicó la reanimación al ver al herido sobre el piso sangrando y con escaso pulso carotídeo, sin tener la experiencia de un enfermero o médico. Sin embargo Juan Carlos Gutiérrez, dijo que tenía conocimientos a raíz de los cursos de RCP que había realizado, y que en el caso, el masaje lo había hecho “*con suavidad, con mínima presión*” y por un lapso “*muy breve*” (declaración en la audiencia), dichos que fueron corroborados por el funcionario policial acompañante (declaración de Fernando Gabriel Murilla). A su vez, y ahora para desestimar cualquier otra intervención ajena al imputado que la defensa dejó entrever ante las precisas declaraciones de Gutiérrez y Murilla; el enfermero Julio Andrés Santomauro, que efectuó el traslado hacia el nosocomio, dijo que no había realizado ninguna actividad de reanimación limitándose solo al traslado del herido, y que una vez en el hospital ante la presencia de ritmo cardíaco la doctora de guardia dispuso el entubamiento cesando toda tarea reanimatoria sobre el sector cardíaco pulmonar. Finalmente concluyó junto con los profesionales citados, ante las reiteradas preguntas formuladas por la defensa a todos los testigos calificados por su profesión, que no era factible la existencia de tantas costillas rotas como consecuencias de masajes de reanimación cardíaca (declaración de Santomauro en la audiencia).-----

----- La concatenación de todos los testimonios referidos, permite rearmar toda la secuencia (que duró alrededor de una hora) a partir, casi del momento mismo, en que el imputado dejó de golpear a su padre y salió a pedir ayuda al verlo sangrando o acostado sobre la cama, hasta que llegó el primer socorrista de la víctima, como se dijo, el policía Gutiérrez, que lo vio en estado de inconsciencia y escaso pulso, y, que realizó un breve masaje cardiopulmonar (declaraciones de Gutiérrez y de Murilla). En esta sucesión de cuadros enlazados debo mencionar el posterior arribo al lugar de la ambulancia con el enfermero Santomauro y el inmediato traslado de la víctima al hospital distante a dos cuadras del domicilio sin que aquel



intentara reanimación (declaraciones de Santomauro); luego la llegada al hospital del paciente donde con urgencia se procedió a su entubamiento para emplear a esta altura respiración mecánica o artificial, por lo que era innecesaria la realización de masajes, aunque luego con el correr de los días –pero ya constatadas las nueve fracturas costales a través de la tomografía- se intentarían múltiples resucitaciones desfibrilatorias.-----

----- Sostener que las fracturas fueron consecuencia de la reanimación en manos de personas expertas o inexpertas, es un intento válido pero totalmente infundado de la defensa a partir de las circunstancias acreditadas. Porque ninguna duda hay a partir del análisis referido de que fue el exclusivo accionar de Zóximo Francisco Sanz el que produjo las lesiones que finalmente provocaron la muerte de su padre.----

----- Los argumentos vertidos hacen que desestime también la afirmación del imputado de que hayan sido solamente dos o tres los golpes por él aplicados a su padre, esa cantidad de manera mínima fue la descargada “de lleno” en el rostro, es decir sin obstrucciones, porque entiendo que aplicó varios más en esa zona del cuerpo que fueron interceptados por maniobras defensivas de la víctima que con ambas manos se cubrió la cara; y, otros tantos en el tórax de acuerdo con las lesiones constatadas.-----

----- **Preterintención.**-----

----- Sentado lo expuesto, cabe analizar, si los golpes de puño reiterados sobre el rostro y el tórax de la víctima tenían razonabilidad para provocar la muerte. A la luz de lo ocurrido, es decir ex post, no habría dudas sobre la respuesta afirmativa en relación a la aptitud del medio utilizado. Pero para determinar el verdadero propósito de Zóximo Sanz, debe valorarse no solo la contundencia o fuerza vulnerante del medio empleado, sino la forma en que se usó (en este caso los puños) y así apreciar a partir de ciertos detalles: por ejemplo, la cantidad de golpes (dato incierto, aunque sí he dado por probado que fueron varios más de tres), las particularidades físicas de atacante y atacado, la actitud previa y posterior del atacante, entre otros datos, que irán aproximando al resultado perseguido por el autor.-----

-----



----- Así, reexaminando los hechos, a partir de los dichos del Dr. Roberto Leitaó, tenemos que los golpes en el rostro no tenían aptitud para provocar la muerte, siendo cuestión de tiempo una segura evolución favorable. Y respecto a los golpes en la región torácica mencionó que allí se encontraba la lesión de mayor gravedad –contusión pulmonar- que fue ocasionada por las fracturas costales.----

----- El Dr. Leitaó explicó que la contusión pulmonar se produjo en el pulmón izquierdo con predominio en el lóbulo superior por lo que, tal como lo refiriera con certeza el Señor Defensor, es más que improbable que una persona pretenda con la finalidad de matar a otra aplicarle golpes de puño en el pecho, para que a su vez se fracturen varias costillas y así alguna de ellas lesione el pulmón que derivará finalmente en la muerte. La irrazonabilidad de tal proceder es manifiesta; pero además porque puede haber contusión pulmonar sin fracturas y fracturas sin contusión pulmonar, con lo cual la gravedad de la lesión resultante de aplicar puñetazos en el tórax sería aleatoria. Si a ello sumamos que puede haber incidido en la falla respiratoria el padecimiento de un enfisema pulmonar se aleja más cualquier previsión o cálculo tenido en cuenta por el autor.- Por ello concluyo en la existencia de una falta de previsibilidad en la conducta del imputado con relación al resultado producido, pues si la muerte hubiera sido el objeto perseguido por Zóximo estaríamos en presencia de un homicidio cubierto de culpabilidad, sea con dolo directo o por dolo eventual. El imputado fue a golpear a su padre, pero no a matarlo; y aunque éste haya sido el resultado final de su acción coincido sí con la defensa en que la osteoporosis de la víctima –dato desconocido por el imputado- coadyuvó al resultado final. Es que tal como se afirma, la concurrencia ideal de dos figuras (lesiones dolosas y homicidio culposo) dan pie en su naturaleza jurídica a este complejo tipo del homicidio preterintencional donde el agente comienza la conducta con un dolo de lesionar y se culmina matando sin quererlo por aquella misma actividad (“Código Penal y leyes complementarias”, comentado, anotado y concordado – Omar Breglia Arias, Omar R. Gauna, Editorial Astrea edición 2003, tomo 1, pág. 706).-

-----



----- En este orden de ideas, partiendo de la hipótesis de la defensa basada en la apreciación del médico autopsiante, que consideró muy factible la existencia de una osteoporosis en la víctima, no puede descartarse la incidencia de la fragilidad de sus huesos, situación desconocida para el imputado y también para la víctima y su familia, al evaluar las consecuencias inmediatas (nueve fracturas costales y contusión pulmonar, cuadro agravado por el enfisema pulmonar) y mediata (la muerte once días después).-----

----- Contribuyen a la afirmación de que el resultado (muerte) excedió en extremo la pretensión del imputado (solo lesionarlo) dos datos de relevancia. El primero es que no empleó ningún elemento de mayor contundencia o poder vulnerante, teniéndolos a su alcance, así por ejemplo el velador hallado en la escena del hecho, los cuchillos de la cocina, entre otros muchos posibles de obtener; tampoco empleó la propia fuerza física de un modo más dirigido o letal: compresión sobre el cuello con sus manos, impactar la nuca contra el piso, pared, etc. Y además, porque cuando advirtió que su padre perdió el conocimiento abandonó la golpiza, lo que se desprende de sus dichos y no advierto elementos para dudar de su versión en este aspecto, en especial a partir de su ulterior comportamiento. Precisamente éste, es el segundo aporte que robustece la ausencia de un dolo homicida, y es que salió corriendo a pedir ayuda al hospital cuando advirtió aquella circunstancia, es decir que lejos de huir, ocultarse o culminar su obra, pidió con urgencia una ambulancia (declaraciones de Zóximo Francisco Sanz de fs. 27/29 y de Graciela Vereá y Jorge Antonio Gómez, recepcionista y enfermero respectivamente de la guardia del hospital, durante la audiencia).-----

----- He dado respuesta hasta aquí a dos de los reparos de la dedicada y por ello mismo poliargumental defensa. Y así he desestimado la falta de nexo causal por esta esgrimida, pero receptando la hipótesis -prevista por el fiscal en su tesis alternativa- que enmarca legalmente el hecho como un homicidio preterintencional, lo que así dejo dicho de manera adelantada para su oportunidad en la calificación legal.-----

----- Como dije, con un esmero denodado en la labor, la defensa ha planteado una multiplicidad de variantes defensivas, que por tantas,



algunas resultan contradictorias en su logicidad, a punto de solicitarse la absolución por considerar al hecho enmarcado en un supuesto de legítima defensa o legítima defensa putativa y por otra parte se solicita como circunstancia eximente de responsabilidad la inimputabilidad del acusado en atención a una falta de dirección de las acciones a partir de una enfermedad mental.-----

----- Diré ahora las razones por las que tengo la convicción de que no hubo legítima defensa y tampoco la creencia errónea de un ataque por parte del imputado. Si bien el lugar apropiado de su tratamiento sería en la cuestión venidera, la vinculación con la prueba asociada a la que vengo aludiendo aconsejan hacerlo a continuación.-----

----- Este último supuesto **-legítima defensa putativa-** es descartable de plano a partir de que no fue siquiera esgrimido en oportunidad de su declaración por parte del imputado en ocasión del art. 308 del C.P.P., y tampoco fue invocado o insinuado hasta la clausura de la recepción de la prueba, por lo que no hay apoyo en ningún elemento serio de convicción para su invocación y en consecuencia ahora para su tratamiento. Que la víctima se pusiera tembloroso, en especial sus piernas, lo que ocurría cuando se ponía nervioso como consecuencia de sus padecimientos físicos, y que inclusive a veces perdiera estabilidad o cayera cuando aquello sucedía, lo que era habitual (declaraciones de Alicia Maggio, Carolina Fernández, Lucía Sanz, Anahí Sanz y Celina Sanz) y por ello una situación conocida por todo el grupo familiar que incluye al acusado según él mismo lo informó, no da sustento ni basamento para el planteo de la defensa.-----

----- Distinta es la situación de **la legítima defensa** esgrimida por el imputado en su declaración, aunque la misma suerte que aquella correrá. Así es que Zóximo Sanz dijo que su padre cuando lo vio al llegar a su casa, comenzó a temblar y como *“casi siempre se cae al piso”*, cuando intentó agarrarlo para que no caiga, aquél comenzó a golpearlo con los pies y con las manos provocando la caída del declarante, por lo que a efectos de defenderse replicó con dos o tres piñas por cuanto no le quedaba otra alternativa. También dijo que en un primer momento antes de esto su padre manifestó que iba a matar a toda su familia.-----



----- El Señor Defensor en apoyo argumental de aquella justificación invocada por su pupilo en ocasión del art. 308 del C.P.P., dijo que la víctima tenía lesiones en el dorso de sus manos fruto de los golpes que aplicó, lo que surgía del informe médico obrante a fs. 8; sin embargo, el lugar de situación de estas laceraciones se explica –ya adelanté alguna opinión- por la maniobra de defensa para protegerse con ambas manos el rostro hacia donde iba dirigida la andanada de golpes de puño que aplicaba Zóximo. Es que al evaluarse toda la situación, no ya por el resultado final de toda la escena que de por sí es indicativa de lo ocurrido, sino a partir de aquellas lesiones típicamente de defensa, es impensable armar el escenario invertido imaginando a la víctima de 61 años de edad, que instantes antes estaba acostado y posiblemente durmiendo, con un estado de salud sumamente frágil y deteriorado al que me referiré en detalle a continuación, golpeando con ambos puños a su hijo, a diestra y siniestra -porque las lesiones son en ambos dorsos de las manos- y también puntapiés, cual púgil callejero que provoca la oportuna y necesaria reacción del atacado, y de allí el trágico desenlace.-----

----- La excusa brindada no resiste mucho andar a poco de seguir analizando ciertos elementos de convicción que a más de los expuestos iré desgranando.-----

----- Primero habré de referirme a la intrínseca contradicción obrante en la declaración del imputado que va descorriendo el velo de su falacia, argumentada al solo efecto de obtener una mejora procesal. Así es que, en la primera parte de la versión, Sanz dijo que vio a su padre temblando, y contó que como casi siempre que eso ocurría se caía al piso, intentó “agarrarlo” para evitarla, que fue en ese momento en que recibió golpes de aquel con los pies y con las manos, en diferentes partes del cuerpo, motivo por lo cual le aplicó las trompadas para defenderse, pero que fruto de aquéllos golpes propinados por su progenitor cayeron ambos al suelo. Es decir, que de acuerdo a esta narración Zóximo aplicó sus golpes de defensa una vez que ambos cayeron al piso, sin embargo, tal relato resulta contradictorio cuando afirmó luego que los golpes que aplicó se produjeron estando él de pie y su padre sentado en la cama. Estas últimas ubicaciones de cada uno dadas por Zóximo en su declaración, si



bien son diferentes a las contadas antes, fueron expresadas de manera calculada por el imputado para hacerlas coincidir con algunas de las manchas de sangre dinámicas apreciadas en la pared del cuarto; pero no explican, al menos de ninguna manera lógica, en qué momento Jorge Sanz luego de patear y golpear con ambos puños a su hijo y luego ubicarse ambos caídos en el piso, se incorporó y se sentó en la cama y tampoco en qué momento lo hizo el imputado incorporándose y pegando a su padre ahora de pie. Y no tienen explicación razonable, porque no ocurrieron así las cosas, al menos en el inicio de la trifulca donde se pretende hacer figurar a la víctima como atacante e iniciador de la agresión a golpes.----

----- Aunque puede inferirse (por el informe de levantamiento de rastros y fotografía digital de fs. 33/44 y la declaración de Matías Prado) que en algún tramo de la golpiza se presentó la ubicación referida por el imputado que situó al padre sentado en la cama y a él golpeándolo de pie, me atrevo a suponer, y solo eso porque no hay elementos que permitan aseverarlo, que fue al inicio de la batahola, de todos modos es entendible que la víctima haya intentado detener el aluvión de golpes y la ira de su hijo con algún forcejeo o maniobra ineficaz, cayendo ambos al piso en el intento. Lo cierto es que respecto a la secuencia del hecho, las manchas de sangre “dinámicas” existentes en la pared y un tanto alejadas de la cabecera, hacen correcta la afirmación de que la golpiza – y hubo una multiplicidad de golpes- no fue íntegramente propinada en toda su encadenación secuencial sobre la cama.-----

----- Comparto en este tópico algunos de los argumentos señalados por la Jueza de Garantías en ocasión del dictado de prisión preventiva, toda vez que tuvieron corroboración en el juicio. Así es que considero a las excoriaciones y equimosis múltiples en el dorso nasal, el malar derecho y en dorso izquierdo de la región lumbar (informe médico de fs. 9) como consecuencia indeseada de la feroz golpiza, a raíz de las rodadas y caídas en el piso y golpes contra el mobiliario existente en la habitación el cual se encontraba parte corrido de su lugar y en parte caído (ver inspección ocular de fs. 3/4 y declaraciones de Lucía Sanz y María Carolina Fernández). No descarto que algunas de estas lesiones hayan sido autoinfligidas para justificar su accionar, la hipótesis parte de tener en



cuenta la declaración del testigo Gómez que lo vio detenidamente al dialogar con él, cuando advirtió que “*tenía las manos ensangrentadas pero sin ninguna otra lesión aparente*”, lo que ocurrió alrededor de las 04:30 o 05:00 hs., mientras que la hora de la revisión por parte del médico de policía fue casi dos horas después (06:40 horas), o como consecuencia de que, producto de su reciente origen, aún no se habían manifestado a nivel de la epidermis.-----

----- Dos últimos argumentos para desestimar cualquier inicio de ataque de parte de la víctima surgen a tenor de varios testimonios de familiares y conocidos allegados a los dos protagonistas.-----

----- Por un lado el carácter iracundo del imputado como señal que se evidenciaba cada vez que ingería alcohol que en combinación con la medicación psiquiátrica que a diario tomaba, resultaba un coctel explosivo en su temperamento.-----

----- Y por otra parte, como razón más importante para descartar cualquier ataque previo de la víctima, además de la falta de toda motivación, aparece de manera insoslayable en la imposibilidad práctica por el deteriorado estado físico en el que se encontraba.-----

----- Numerosos testigos dan cuenta de ambas circunstancias.-----

----- Así manifestó **Alicia Isabel Maggio**: “*..le encontraron una lesión en el cerebro y en Mar del Plata lo estudian y dicen que es imposible llegar al cerebro de mi esposo. Entonces le hacen la jubilación ... lo llevo a casa, y ahí estamos, mis hijas trabajando y estudiando, y mi hijo estaba todo el día en casa, porque como enfermero trabajaba así, poco, y estaba en casa, que él siempre lo ha cuidado en esos ocho años ... lo llevamos a la Iglesia a bautizar porque somos muy creyentes ... Fue muy difícil esos ocho años porque no tenía memoria, entonces era como una criatura al principio, después fuimos superando la etapa, enseñarle a comer, yo engordé veinte kilos me acuerdo en ese entonces, porque ponía todo para que él comiera, dulce de leche lo poníamos con la cuchara y a ver qué hacía, y así íbamos descubriendo en qué época estaba él, en qué momento. Empecé a seguirlo, a darle un poquito más de libertad y siempre hacía el mismo recorrido, y yo iba por detrás y les decía a las personas que no se asustaran, que él solamente iba a mirar, algún taller o alguna*



*cosa así. Él hablaba poco...”. La testigo refirió que asistía la pedicura al domicilio de calle Alem a cortarle las uñas de los pies por cuanto él no podía hacerlo, y en cuanto a las uñas de las manos se las cortaba habitualmente una de sus hijas. Contó que caminaba muy despacio, y que con frecuencia “temblaba todo ... tenía esas cosas, y uno realmente no sabía qué le pasaba, si tenía frío o calor, realmente no expresaba nada, pero ya había empezado de a poquito como a apretar el brazo, era difícil de manejar, no quería bañarse, todo era una situación que había que manejarlo con mucho cuidado, todo, en la higiene, con la ropa, con la comida ... Pero bueno, hice lo que pude hasta donde pude”.*-----

----- La esposa de la víctima contó que por el enfisema de pulmón lo trataba el Dr. Grutsky, pero este había fallecido recientemente, y el médico de cabecera, decía que “no había nada para hacer ... el psiquiatra no le daba ninguna medicación, porque no sabía si era prudente darle o no, entonces se manejaba así, con vitaminas, yo le daba vitaminas nada más y eso, y él empezó a recuperar memoria, pero como él no hablaba mucho ... Un día normal de mi marido costaba, porque había que darle su tiempo, cuando él se quería levantar, se levantaba, el desayuno, después iba y caminaba. Todo lo servía yo, la ropa, la comida. Lo hacía porque era mi marido, porque me correspondía a mí, él no era de hacer las cosas de la casa, y además si uno no lo obligaba un poquito, si no lo atendía, a él le daba lo mismo, si hacía calor yo tenía que obligarlo a sacarse el saco, que por ahí podía y por ahí no, o si hacía frío, ... le daba igual, comer o no comer ... Lo primero quise hacerle la prótesis nunca la pudo usar porque claro, causaba impresión, como eso se adhiere nunca se la pude hacer poner, le hice los anteojos, que sí los usó. Estaba cuidado, no era que estaba descuidado. Quizás a veces la ropa costaba más hacerle sacar. Yo le preparaba el baño ... Si yo no estaba la chica cuando estaba, que ella cocinaba, le servía. Para bañarse yo me quedaba en el baño, pero el se bañaba solo”.—

----- Las hijas de la víctima y hermanas del imputado fueron más contundentes aún al describir el cuadro familiar en general y el estado psico-físico de su padre en particular, así Lucía Jorgelina Sanz, única que vivía con el grupo familiar en calle Alem Nro. 1972, dijo que el imputado



hacía dos o tres meses se había separado de la mujer, Soledad Cabanillas y su hijito. Que con su hermano no tenía mucho trato porque siempre estaba *“borracho o drogado, su papá estaba medio enfermo, preguntaba siempre lo mismo. El trato entre Zóximo y papá era bueno, pero poco...”*; expresó que *“...cocinaba mamá, y era la que hacia todo”*; en relación al padre, dijo *“...yo le cortaba las uñas, pero todo el resto lo hacia mamá, bañarlo, cocinar, vestirlo, ... papá hablaba poquito, porque recordaba poco, siempre hablaba de lo mismo, de cosas puntuales, de la fábrica. Antes del accidente no se llevaban bien mi papá y mi hermano...”*. Contó que su hermano se fue de la casa a raíz de una golpiza que su padre dio a su madre y Zóximo intercedió *“...y recién volvió cuando se enfermó papá, ...después mandaba él en la casa, ... por ejemplo yo llegaba a las diez de la noche, no podía prender la luz, o no me podía bañar. Era lo que él quería, dependía de su estado de ánimo. Si estaba bien se podía, sino no. Había épocas que estaba un poco mejor, pero otras cuando se drogaba o tomaba, era peor...”*.-----

----- **María Soledad Cabanillas**, ex pareja del imputado y madre de un hijo en común, dijo que lo conoció al imputado en el año 2001 o 2002, con motivo de ser amiga de una de las hermanas (Anahí), que luego de una relación de amistad se puso de novio con él y nunca tuvo problemas, contó que *“...era mayormente depresivo, tenía mucha angustia y tenía tiempos buenos y tiempos malos...”*. Comenzó a convivir con él en la casa donde ocurrió el hecho cuando quedó embarazada (en el año 2006 nació su hijo) y convivió durante tres años aproximadamente, en la casa en ese entonces *“...vivían Alicia, Jorge, Lucía y Anahí...”*. Dijo que no recordaba bien, pero cuando se fue de la casa, lo hizo *“...un par de meses antes del hecho...”*, expresando que lo había hecho a pedido del imputado, quién le pidió que se fuera, *“...porque el nene jugaba en una cama que estaba cerca del televisor, y Jorge tenía miedo que se cayera, y le dio un chirrito, nada ... entonces me dijo que me fuera ... Cuando yo me fui, Jorge estaba mal, de salud no estaba bien, pero el ya tenía un problema,... conmigo hablaba y era bastante expresivo, pero por lo general cuando estábamos solos, me buscaba y hablaba ... para comer, no tenía los dientes, porque no tenía dientes, comía comida blandita. Le costaba caminar, tenía un problema*



*en el pie. A veces se ponía nervioso, temblaba, pero nada, pedía que lo dejaran tranquilo. Nunca vi que molestara a nadie... supe que Jorge no había sido como yo lo conocía, antes era violento, pero tuvo una oclusión cerebral, que por eso el era así, que se había vuelto como una nene. A Jorge lo ayudaba la esposa, no lo vi a Zóximo ayudando...".-----*

*----- Al respecto **Celina Cecilia Sanz** dijo en cuanto a la enfermedad de su padre y la conducta de su hermano que "...cuando me fui de mi casa la enfermedad de mi papa ya estaba en curso. Antes de que sufriera la enfermedad mi papa y mi hermano no se llevaban, mi papa capaz que lo ignoraba a Zoximo, conmigo tenía muy buena relación mi papa, como que igualmente tampoco estaba pendiente como era con el resto. Cuando iba cada tanto la casa era un lío, ya desde el desorden, la conducta tampoco de mi hermano era muy buena, porque o rompía cosas, o siempre que pasaba algo Lucia me avisaba, entonces iba a casa a ver que pasaba. Una vez rompió todo el baño, otra vez era toda una mampara, o tenían que estar todos en la puerta esperando que se le pasara. Las razones no se porque eran, yo ni hablaba con el. Yo no tenía vínculo con el ... Yo ya ni preguntaba cual era la causa. Mi papa, andaba las últimas veces, dentro de lo que tenía él bien. El caminaba despacio, como tenía perdida de memoria a veces o era muy reiterativo cuando te preguntaba las cosas, era como más dócil. Parecía un hombre mayor, el era joven. El tenía 61, 62, parecía una persona de 70 y pico, como que era más frágil. Se bañaba solo, mama le tenía que decir las cosas que tenía que hacer. No se si las hacía bien ... Cuando papa se ponía nervioso temblaba o por ahí como que tenía una dificultad para caminar o se ponía muy sensible ... Nunca vi a mi papa en una actitud de agresión después de la enfermedad. No tenía papa fuerza suficiente para tirarlo al piso, igual nunca lo agredimos para ver si tenía fuerza o no...".-----*

*----- En tanto la tercer hija mujer de la víctima, **Anahí Sanz**, dijo: "... Yo mas o menos hacia un año me había ido de casa, vivía a dos cuadras, yo quería estudiar y en mi casa no podía. No podía porque no me daba. Había peleas, mi papa con mi mama, mi papa con mi hermano. Discutían. Siempre hubo, desde chica. Las peleas, siempre surgía alguna cosa, se querían agarrar a piñas mi papa y mi hermano, eso antes del*



*problema, se agarraron una vez sola paso, pero mi mama siempre salía gritando y como que se separaban. Siempre había muchas discusiones entre los tres. Las discusiones eran por mi hermano. Había cosas que mi hermano hacía y mi papa se enojaba o siempre había agresiones, por muchas cosas. Este ultimo tiempo no había golpes, había gritos, pero agresiones físicas no. Más que nada gritaba Zoximo, gritaba siempre, siempre tenía un problema ...”.-----*

*----- En referencia al día del hecho la testigo dijo: “...La última vez antes del hecho que había ido a la casa no me acuerdo, yo pasaba todas las noches, pasaba a saludar, pero justo esa noche no fui, me parece que había ido la anterior. No note nada distinto. El 25 lo pasamos todos juntos en familia, y mi hermano si estaba alcoholizado, pero después habíamos estado todos juntos. Estaba alcoholizado o empastillado o no se que estaba. Estaba como medio tirado en una silla. Decía pavadas, tratábamos de obviarlo. Papa siempre que había un problema o algo se ponía mal. Otras oportunidades que había estado alcoholizado o temblando, el se ponía mal se ponía a temblar, se ponía mal y como que lo quería ayudar. Y lloraba. En ese momento se ponía muy nervioso. Papa estaba débil ... Esa noche no vi a Zóximo. No tome contacto con el nunca más...”-----*

*----- Volvió a hablar del deterioro físico de su padre cuando dijo: “...Mi papa a veces le costaba levantarse o comer y era la que estaba día a día ‘Jorge levántate, Jorge levántate’ y el le decía ‘no, dejame de joder’ y gritaba y a veces se ponía mal, porque le costaba bañarse, y a veces no tenia voluntad, después que se le murió el padre sobretodo, eso fue muy difícil...”-----*

*----- También amplió en cuanto al carácter de su hermano al expresar: “... En la casa hubo incidentes de golpes y roturas, porque no le gustaba algo o se sentía mal. Rompió la mampara, creo que no el dejo ni un vidrio, platos, vasos, volaba de todo. ... Mamá tenía que comparar todo plástico porque volaban. Ya después se fue calmando un poco, no rompía tanto. Tuvo un incidente mi hermano con un tio, que creo que fue a la casa y le rompió un vidrio, porque quería hablar con el, porque dijo que veía a mi papá mal, y el fue a su casa a hablar y ahí le rompió el vidrio. Zóximo no lo ayudaba a papa a bañarse a veces a afeitarse si,*



*porque había momentos que estaban bien y otros que no. Zóximo no le tenía miedo a papá, pero papá sí a Zóximo cuando quedo mal...".-----*

*----- Y volviendo al estado de salud de su padre, agregó: "...Hace como diez años mínimo que quedo mal. Papá no estaba fuerte, tenía un espolón en el pie, por eso no caminaba bien, para mi no estaba fuerte para nada, estaba débil. Había diferencia física entre mi papa y mi hermano. Mi papa no tenía estabilidad, capaz que se ponía a jugar con Alan y como no tenía estabilidad se ponía nervioso...".-----*

*----- Para finalizar volvió sobre el carácter de su hermano: "... A mi Zóximo sí me agredió. Creo que fue ese día que yo me estaba pintando las uñas, y como el es asmático, estaba en su pieza, yo me estaba pintando las uñas y nada, yo tenía una cajita llena de esmaltes, me las revoleo. Siempre era así, mamá pedía 'Anita, salí rápido del baño porque él quiere ir al baño', 'Anita no te bañes porque quiere entrar él'. Yo no podía hacer nada. No podía prender la luz porque le daba a su pieza. Yo no podía hacer nada, es como que estaba presa en mi propia casa ... Mi mamá siempre me decía ándate porque esta mal, y yo era chica y me iba por ahí. Fueron varias veces...".-----*

*----- **María Carolina Fernández**, amiga íntima de Lucía Sanz y vecinas, dijo que se conocían desde hacía veinte años. Contó que visitaba a diario la casa de la familia Sanz y que lo hacía desde muy pequeña, y describió cada una de las dependencias y como se ubicaban en ellas cada integrante de la familia. Dijo que en un principio "...la relación entre ellos era difícil, Zóximo prácticamente no se hablaba con el padre, hay como dos historias, lo que yo veía y lo que me contaba Lucía. Cuando yo estaba era una persona, y cuando estaba solo con la familia era otro. Cuando yo iba era una persona muy amable, pero se que tuvieron muchas discusiones con las hermanas, con Celina tenía una relación conflictiva. Lucía me contaba que él le agarraba como ataques y se ponía violento, gritaba, rompía cosas, una vez rompió todos los vidrios de una pared... Yo la ayudé a sacar lo que quedaba de los vidrios. Yo ví una vez que él se enojó por la comida, no le gustaba lo que había de comer, y me acuerdo que tiró el plato, se enojó con la madre, como que siempre había lo mismo de comer, tiró el plato y lo rompió, entonces en su casa toda la vajilla era*



*de plástico. Se que la mayoría de las veces estaba alcoholizado o drogado, otras veces no...”. Sabía que un día le había pegado a Anahí, la otra hermana, y que por ese motivó Anahí se fue de la casa.-----*

*----- Relató la testigo que “...había maltratos, insultos, de Zóximo hacia las hermanas y hacia la madre, eso era muy frecuente ... por ej. Lucía estaba estudiando, y el quería dormir y entonces se ha llegado a no poder prender las luces de la casa, porque sino él se enojaba. Llegó un punto en que estaban todos sometidos a lo que él quería, -la testigo se refería al imputado- por ejemplo llegaba una hora que quería dormir, y hasta nosotras nos teníamos que ir. O no prender el calefactor, o poner la música a todo lo que daba, y no se podía bajar”.-----*

*----- En relación con la noche del hecho dijo “...que salieron a bailar...”, pero que pasaron por la casa de Lucía en taxi, “eran las 02:00 de la mañana, y la madre le dijo que lo estaba esperando a Zóximo que seguramente iba a volver alcoholizado y que por eso dejaba la puerta abierta, porque tenía miedo, y le pidió a Lucia que no saliera. Ella salió igual y cuando nosotros volvimos a las 05:30 o 06:00 de la mañana, y Lucia me llamó que había encontrado toda la escena y me llamó. Había encontrado sangre en la habitación y estaba todo desordenado, y no había nadie, nos fuimos al hospital y ahí estaba la madre. ...Nos dijo la madre como que se asustó y salió a pedir ayuda...”.-----*

*----- Luego ante preguntas puntuales sobre la escena del crimen dijo: “vi sangre en la pared detrás de la cama, era como salpicado; cuando el perito entró y vio eso, primero la hipótesis era que se había caído y se había lastimado con la cómoda, y el perito dijo que no, que eran producto de golpes. No me acuerdo mucho de las cosas que estaba tiradas, había algunas que se habían caído de la cómoda, pero no me acuerdo mucho. Era una casa que estaba desordenada. El charco de sangre en el piso no lo vi, pero se que estaba acá, cerca de la cómoda, creo que era del lado de los pies de la cama, no estoy segura de eso...”.-----*

*----- Respecto al estado de salud de Jorge Sanz dijo que “...el último tiempo el padre de salud estaba bastante deteriorado. Lo notaba físicamente, siempre fue muy delgado, el ultimo tiempo mas, era muy lento para moverse, y era un hombre relativamente joven, y mentalmente porque*



*por ejemplo cuando recién pasó todo no me reconocía, siempre me preguntaba las mismas cosas, la memoria a corto plazo la tenía mal. Caminaba, lento, con pasos lentos, pero sí, salía a caminar solo. Había totalmente una diferencia física entre los dos, así como estaba creo yo que el padre no podía atacar a nada. Creo yo que estaba débil en lo físico, desde lo físico él era muy lento, para agarrar a alguien desprevenido o poder agarrar a alguien, y de la personalidad después de la enfermedad era una persona muy callada, no se lo veía nervioso ni violento”.-----*

----- Como común denominador en todos los testimonios de familiares cercanos y amigos visitantes de la casa, se extrae que Jorge Sanz, víctima de autos, fue una persona hasta el año 2001 y a partir de allí y hasta el momento de ocurrencia de los hechos, sufrió un notorio y acelerado deterioro psicofísico. Pese a sus 61 años de edad, parecía “un nene” o “un anciano”, con grandes dificultades para moverse, alimentarse, vestirse, afeitarse, bañarse, levantarse de la cama, con temblores, inestabilidad, etc... como consecuencia del accidente cerebrovascular (A.C.V.) que generó su jubilación por enfermedad, en concomitancia con un cuadro severo de depresión, largos años de alcoholismo y un enfisema pulmonar como derivación del hábito de fumar.-----

----- Se pretendió presentar a la víctima por parte de su esposa y del propio imputado, en tiempo contemporáneo al hecho, como una persona de mal carácter, recriminadora, agresiva y golpeadora, lo que otrora había sido en un pasado lejano, pero resultan elocuentes como contracara de este panorama, varios datos que por lo persuasivos deben con más detalle referirse. Jorge Sanz, no sólo se había convertido en una persona apocada, de pocas palabras y escasa movilidad y estabilidad; con pérdida notoria de peso (lo ayudaban a afeitarse cosa que ya no hacía más porque se cansaba al hacerlo), no ingería alimentos sólidos por falta de la dentadura, lo acompañaban al baño para asearse, le cortaban las uñas de manos y pies, lo acompañaban al principio y luego lo seguían de cerca en su marcha lenta cuando alguna vez salía a pasear por el barrio, etc. (según declaraciones de Alicia Maggio y Lucía Sanz principalmente), había perdido la memoria cercana olvidando sucesos recientes y nombres de personas que veía a diario, temblaba con frecuencia y se caía, le costaba



cambiarse de ropa, cosa que hacía a regañadientes y a instancias de su familia, casi no hablaba o lo hacía muy poco y sus temas eran casi siempre del pasado, de su época laboral.-----

----- Para advertir el grado de debilidad y las dificultades que tenía en su motricidad fina resultaron muy gráficos los dichos de Lucía Jorgelina Sanz, hija de la víctima, quien tomó las fotografías de fs. 249/251 con motivo de las fiestas navideñas pocos días antes del hecho y señalándola al serle exhibida en la audiencia a pedido del fiscal, expresó que en la foto se observaba al padre siendo ayudado para abrir una caja de alfajores que le habían regalado porque no tenía las fuerzas suficientes para hacerlo por sus medios.-----

----- En el cuadro de circunstancias personales de Jorge Sanz referidas, aunado a los demás datos ya mencionados, no se concibe por parte de la víctima un ataque a su hijo a golpes de puño y puntapiés, como lo refirió el imputado, razones todas por las cuales desestimo la hipótesis de una legítima defensa.-----

----- **Motivación.**-----

----- Como fue dicho, Zóximo Sanz tenía ese día la intención de golpear a su padre, propósito que luego materializó.-----

----- Las razones eran que estaba enojado con aquél porque a su entender, por su culpa, su pareja y su hijo se habían ido de la casa, lo que había ocurrido dos o tres meses antes del hecho. Y aunque los motivos por los que Cabanillas se fue de la casa y cortó la relación de pareja fueron otros según dijo (el desgaste de la relación con la madre del imputado), sí quedó claro que el episodio disparador de su ida del domicilio de calle Alem y motivo real por el cual el propio Zóximo le pidió que se fuera, fue a raíz de un incidente entre el hijo de ambos de tres años de edad y la víctima que generó un “chirlo” o “apretón del brazo” aplicado por su abuelo al menor y el pedido en consecuencia de que se fueran de la casa por parte del imputado, para evitar que vuelva a golpearlo, porque “*tenía una edad en que estaba más grande y hacía travesuras*” (declaración de María Soledad Cabanillas y de Alicia Maggio).-----

-----



----- El episodio y sus consecuencias fueron narrados por la madre de Zóximo Sanz, pero en boca de su ex concubina María Soledad Cabanillas fue contado así: *“me fui un par de meses antes del hecho. El me dijo que me fuera, porque el nene jugaba en una cama que estaba cerca del televisor, y Jorge tenía miedo que se cayera, y le dio un chirrito, nada... entonces me dijo que me fuera, eso tenía él, que quizás se ponía muy mal, esa vez que me fui le dije que iba a ser la última vez, porque estaba cansada”*.-----

----- Luego confirmó que a partir de ese día cortó la convivencia con Zóximo, y nunca la retomó.-----

----- Y esta idea, cual era: que como consecuencia de aquel episodio, del que responsabilizaba a su padre, ni su pareja ni su hijo estaban más con él, se fue internalizando cada vez más y haciéndose carne en el imputado. Cabanillas en aquella oportunidad puso fin a la relación de pareja, aunque como dijo, siguió tratándose con cierta frecuencia con el padre de su hijo.-----

----- Y la noche del hecho, poco tiempo antes de que ocurra, alrededor de las 02:00 horas, el imputado, alcoholizado, fue al domicilio de Cabanillas para pedirle, pero ahora de manera muy insistente, que regrese con él tanto como pareja como a vivir al domicilio de calle Alem, porque los extrañaba mucho (declaración de Cabanillas), y le dijo recordando el momento cuando le pidió que se fuera de la casa, que esto había sido por culpa de su padre. La negativa a retomar la relación y a volver al domicilio fue brindada esa misma noche por Cabanillas, y Zóximo le recordó una vez más su idea de que el responsable de aquél episodio había sido su padre. Así lo refirió la testigo cuando luego de hablar del incidente, escuchó a su ex pareja decirle poco antes del hecho: *“...fue por aquello que pasó con papá que no querés volver...”* .-----

----- A punto tal fue la asociación que hizo Zóximo Sanz de su ruptura concubinaria con el episodio entre su hijo y su padre, y la doble significancia negativa del suceso, al revivir el maltrato sufrido en su propia infancia a manos de aquél, que al momento de prestar declaración dejó reflejada sin quererlo, la impronta recelosa hacia su progenitor, grabada a fuego en su psiquis. Así, pese a que omitió toda referencia a la



conurrencia esa noche al domicilio de su ex pareja, dijo: “...*Que quien habla desea manifestar que se encuentra preocupado porque no ve a su mujer y a ella la ama, como así también porque no ve seguido a su hijo, manifestando que en la noche del 24 fue la última vez que vio a su mujer. Que asimismo quiere expresar que su mujer y su hijo se retiraron de la casa por pedido del deponente y en virtud del maltrato que el padre del dicente le brindaba a su hijo, no dejándole hacer nada y gritándolo constantemente a su hijo Alan Facundo Sanz y que tiene tres años y medio de edad...*” (fs. 27/29).-----

----- Si a lo expuesto se adiciona que cada vez que se alcoholizaba comenzaba a recordar los maltratos a los que aquél lo había sometido en una época anterior (declaraciones de Soledad Cabanillas y Alicia Maggio), y que esa noche había ingerido alcohol (declaración de Cabanillas e informe pericial de fs. 159), aparecen suficientes los motivos que explican su conducta.-----

----- La testigo Cabanillas, ex pareja de Sanz, la madrugada del hecho (alrededor de las 02:00 horas estimó la testigo) y por alrededor de media hora, fue la última persona con quien tuvo una conversación Zóximo Sanz, antes de dirigirse a su casa y golpear a su padre, de allí la notoria relevancia de sus dichos para determinar la motivación que llevó a Zóximo a reaccionar contra aquel. Por ello, a riesgo de ser reiterativo o sobreabundar, se hace imperioso transcribir textualmente sus palabras.---

----- Dijo Cabanillas: “*esa noche golpeó la puerta, el nene estaba durmiendo en un colchón conmigo porque hacia mucho calor. Mi cuñado también se levantó, pero le dije que se acostara porque el nunca me había hecho nada, aunque estaba borracho, que yo no tenía miedo. Le ofrecí unos mates, y charlamos. Le dio un beso al nene como pudo, porque estaba borracho. Me pedía que volviera a la casa, le dije que no iba a volver, me pidió más cerveza, le dije que alcohol no había, así que nada, me habló mucho de que quería que volviera... Yo le dije que no iba a volver, que no iba a volver con la madre, porque no podía hacer una vida normal. El estaba bastante borracho, y como no tenía alcohol me dijo que se iba. Iba solo, yo me quedé mirando cuando se fue. Me hablaba bien, era conciente porque me decía cosas coherentes, pero estaba bastante borracho. No*”



*estaba agresivo, no fue agresivo conmigo. No lo vi lastimado ni lesionado. Se fue caminando como para la casa. Era de madrugada seguro, hacía ya un rato que me había acostado, ya todos estábamos acostados y lo hacemos a las 11 o 12, así que serían las dos, no sé. ...Me decía que volviera que me quería, que no aguantaba estar sin nosotros, que extrañaba al nene, yo le decía que en el estado en el que estaba menos iba a volver. Había tomado cerveza, tenía olor...”.-----*

----- Por todas las razones apuntadas he de dar una respuesta afirmativa a los interrogantes planteados por ser esa mi sincera convicción.-----

----- Sin perjuicio de la conclusión arribada, he dejado para el final el análisis de la declaración de la madre del imputado Alicia Ester Maggio de Sanz, por cuanto su versión en la audiencia aproximadamente de tres horas, ha sido uno de los pilares en los que el Señor Defensor apoyó algunos de sus argumentos. Como se adelantó, he tenido a sus dichos solo como referentes de la historia familiar y del estado de salud de quién fuera su esposo. En cuanto al hecho en sí, entiendo que vio al menos el inicio de las acciones, y por entendibles razones afectivas no las expresó durante el juicio para no agravar más la situación procesal de su hijo, sin perjuicio de la prohibición establecida en el art. 234 del C.P.P. Fue evidente a lo largo de su declaración, aquella intención de favorecerlo. Confusa e ilógica en varios aspectos de su relato, con verborragia contestó de manera conveniente a su propósito de proteger y amparar a Zóximo, eludiendo dar respuestas directas a preguntas puntuales, en especial las que se referían al momento mismo del hecho. Cuando el Fiscal le enrostró que en dos anteriores declaraciones había sostenido haber visto el inicio de la pelea entre su esposo y el imputado, y se las leyó, hizo uso del recurso “*no me acuerdo haber dicho eso*”, lo que tratándose de una pelea con el final conocido entre dos familiares directos y queridos resulta difícil de creer. No pudo explicar con razones lógicas por que había solicitado dos enfermeros en la guardia del hospital si todavía no había ocurrido el episodio de violencia. Y menos explicación se encuentra –por ese mismo motivo- a la concurrencia de los dos policías a su domicilio, quedando claro que las cosas habían sido mínimamente explicitadas en la guardia



relatando el inicio de la pelea. Un dato más, en relación al ingreso a la casa junto a los dos policías; la testigo ingresó primero, así lo dijeron ambos funcionarios policiales (declaraciones de Gutiérrez y Murilla), sin embargo ahora en el juicio para darle más coherencia a su versión, en cuanto a que no sabía lo que había ocurrido en su casa, dijo que ingresaron los policías primero y uno de ellos salió y le dijo para resguardarla de una segura impresión frente al cuadro existente: “¡usted no entre señora!”.-----

----- Así también, con la señalada finalidad de favorecer a Zóximo pretendió hacer quedar a su esposo como agresor y a su hijo con una postura diametralmente distinta, de allí que dijo en la audiencia algo que nunca había contado. Me refiero a cuando expresó que su hijo al entrar la saludó con tono amable: “*hola mami*”, para luego dirigirse a la cocina, mientras que en su esposo haciendo una entonación colérica, puso estas palabras: “*¡Vos andáte Alicia!*” dando toda la significación de que su cónyuge iba a iniciar la gresca. A tenor de todas las consideraciones expuestas su versión no es creíble, menos cuando esa noche dijo reiteradamente a los policías, enfermeros y hasta a la recepcionista de la guardia que estaba preocupada porque temía que Zóximo golpee a su padre porque seguramente había bebido y cuando lo hacía se tornaba muy agresivo, lo que también manifestó en la audiencia (declaraciones de Gutierrez, Murilla, Gómez, Santomauro y Vereá).-----

----- Con los elementos arriba referidos tengo por acreditada la materialidad del hecho ilícito imputado como asimismo la autoría y responsabilidad del mencionado Zóximo Francisco Sanz en la comisión del mismo, en virtud de lo cual doy mi respuesta afirmativa a las cuestiones planteadas (Arts. 371 tercer párrafo ap. 1° y 2° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal).-----

----- A las mismas cuestiones el señor juez Dr. Arecha dijo: adhiero al voto del Dr. Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 1° y 2° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.-----

----- A las mismas cuestiones planteadas, el señor Juez Dr. Echevarría dijo: adhiero al voto de mis colegas preopinantes en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera



convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 1° y 2° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.-----

----- **A LA TERCERA CUESTION** el señor Juez Dr. Galli dijo: el Defensor Oficial Sr. Diego Araujo, planteó, basándose en el trastorno de la personalidad que afecta a Sanz, la ausencia de imputabilidad en el injusto endilgado, y subsidiariamente la posibilidad de que haya obrado al menos con una disminución en aquélla.-----

----- Tengo la sincera convicción de que el imputado, en el momento de los hechos, era imputable, pero que obró con imputabilidad disminuida y que la pena a aplicarle debe ser proporcional a esta consideración.-----

----- La afirmación la baso, entre otras cuestiones, en distintos elementos de juicio que permiten arribar a esa conclusión. En primer término, el contenido de la pericia psiquiátrica obrante a fs. 68/71vta. cuando se refiere que Sanz *no padece alteración morbosa, estados de inconciencia o insuficiencia de sus facultades mentales, y al momento de cometer el hecho imputado en autos, estuvo en condiciones de comprender la criminalidad del mismo y dirigir sus acciones*. Las peritos intervinientes, luego de explicitar el trastorno límite de la personalidad que posee Sanz, mencionaron en dicha pericia que el mismo “*era conciente de sus actos*”. Tales consideraciones han sido suficientemente explicitadas por la Licenciada María Eugenia Navarro en la audiencia de debate, brindando precisiones sobre la experticia realizada, así como también por el Médico Psiquiatra que lo atendió en varias oportunidades en el Hospital local, quien refirió que “*...el no presentaba un deterioro cognitivo y conservaba un criterio de realidad, si bien el me podía haber planteado o presentado que no se sentía en sus cabales, posteriormente en la evaluación estaba orientado en tiempo y espacio y tenía un discurso coherente. El problema que había en la historia clínica, creo que hubo varias evaluaciones por varios especialistas, pero nombraron que había episodios depresivos, y esa es una de las pautas por las que doy un diagnóstico de trastorno límite de la personalidad (...) Siempre lo encontré lúcido, estable, nunca lo encontré desorientado, incluso después del hecho... El hecho de no sentirse en sus cabales puede ser la reacción*”



*de despersonalización, a diferencia de las personas que están alienados, tienen conciencia de realidad (...) Una persona con trastorno límite de personalidad tiene criterio de realidad. El 2% de la población general tiene este trastorno y el 10% de los pacientes ambulatorios lo tiene. Es una población bastante grande. Que haya pasado esto no significa que todas las personas que tengan este trastorno puedan cometer este hecho. Si las personas que lo tienen por una crisis que tengan, tienen una reacción de despersonalización donde en forma subjetiva manifiesten que no están en sus cabales, con la evaluación psiquiátrica uno puede llegar al arribo de que tienen criterio de realidad, a diferencia de los pacientes alienados...” (declaración del Dr. Carlos Iván Benavente Pintos).-----*

----- A las consideraciones técnicas efectuadas por los médicos y la psicóloga que trataron y evaluaron a Sanz, debo agregar elementos fácticos, que fueron acreditados en la audiencia de debate, y que me llevan a confirmar la postura adoptada en esta cuestión. En primer lugar, por los dichos de su ex concubina, María Soledad Cabanillas, pudo comprobarse que antes del hecho Sanz estuvo charlando con ella en su casa, tomando mate, y manteniendo entre sí una conversación coherente, a pesar de que el mismo se encontraba borracho. En segundo lugar, tengo en cuenta la actitud del imputado inmediata y posterior a la agresión. La circunstancia de haberse dirigido al Hospital solicitando auxilio para su padre a quien había dejado herido en su casa, y pedir curación para sus manos que exhibía manchadas con sangre son claros indicadores de que entendía lo que estaba sucediendo. Es más, surgió, especialmente de la declaración de Mirta Graciela Vereá, que Sanz estaba alterado, pero dicha circunstancia no le impidió, por ejemplo, comprender que no se podía fumar en el lugar y molestarse porque se lo pidieran.-----

----- En síntesis, la pericia psicológica psiquiátrica referida, lo manifestado en el debate por los profesionales que atendieron a Sanz, y la actitud anterior y posterior al hecho que se comprobó tuvo, me convencen de la existencia de plena conciencia en la persona al momento de cometer el ilícito.-----

----- Sin embargo, y aquí sí en consonancia con uno de los requerimientos efectuados por el Dr. Araujo al alegar, no puedo dejar de



tener en cuenta que el trastorno de la personalidad que lo afecta, sumado a la comprobada ingesta de alcohol esa noche (informe médico de fs. 9, informe de alcoholemia de fs. 159 y declaración de María Soledad Cabanillas), elemento que actuó como desinhibidor de los impulsos, han hecho objeto de una menor reprochabilidad a su accionar. Si bien lo he considerado imputable, *“dado que entre la capacidad y la incapacidad psíquica no hay una diferencia tajante y se plantea una cuestión de grado”* (conf. Eugenio Raúl Zaffaroni-Alejandro Alagia-Alejandro Slokar *“Manual de Derecho Penal Parte General”*, Pág. 562), entiendo que esos elementos permiten mensurar la culpabilidad y entender que ha habido en el imputado una afección en su ámbito de autoderterminación que actuó disminuyéndola pero sin eliminarla (conf. Ob. Cit. Zaffaroni-Alagia-Slokar, Pág. 562).-----

----- En ese sentido, surge también de la mentada pericia que *“Zóximo Francisco Sanz presenta un trastorno límite de la personalidad que se caracteriza por una inestabilidad afectiva debido a una notable reactividad del estado de ánimo, tendencia a la actuación impulsiva, perturbación de la autoimagen, sentimientos crónicos de vacío, tendencia al comportamiento autodestructivo, retracción social, ira inapropiada o intensa, con dificultades para controlarla, ideación paranoide transitoria relacionada con el estrés y síntomas disocativos graves. Este trastorno puede conllevar la aparición de múltiples sintomatologías ligadas a la depresión y a la dificultad para controlar los impulsos, el recurso a la ingesta de sustancias para atenuar la ansiedad o angustia, fracaso en la organización de un sentimiento de identidad, con tendencia a establecer pseudoidentificaciones y posibilidad de aparición de episodios desorganizativos, con vivencias de despersonalización, volviendo luego a reorganizarse y recobrar un funcionamiento que se adapta al entorno”*. Agrega la Dra. Silvina Banega que *“dicho trastorno conlleva una importante dificultad para controlar los impulsos, la que no puede traducirse a nivel cuantitativo. Si bien es consciente de sus actos, el juicio de realidad (crítica o evaluación subjetiva que la persona hace de aquélla) se ve teñido por el uso de mecanismos como son la idealización*



*y la devaluación, con dificultades para lograr una percepción integrada de los otros como de sí mismo”.-----*

----- La presencia de ese trastorno fue confirmada en el juicio por la Licenciada Navarro y también por el Médico Psiquiatra Benavente Pinto, quien no sólo fue asertivo respecto de lo manifestado en la pericia oficial cuando le fue leído por el Defensor, sino que refirió además que *“...El trastorno límite de personalidad son tres esferas las que se afectan, la cognitiva, la afectiva y la impulsiva. La cognitiva en estos episodios que nombré antes, la depresiva por los estados de ánimo que se ven afectados y la impulsiva porque son personas que tiene cierta dificultad para poder racionalizar sus actos. En cuanto a lo impulsivo, son personas que son muy inestables, a nivel propio o a nivel de terceros. Tiene una dificultad para controlar impulsos...”*.—

----- Es decir que sin duda el control en la dirección de sus acciones ha sido mermado, coadyuvando a ello la ingesta alcohólica. En este último aspecto los profesionales referidos también fueron coincidentes en la incidencia *deshinibitoria* que tuvo la comprobada ingesta de alcohol, la que produjo una disminución de las funciones intelectivas y de la voluntad en el accionar del imputado (del informe de la Dra. Silvina Banega y declaración de la Lic. María Eugenia Navarro).-----

----- De modo que entiendo que Sanz, siendo una persona que no había tenido episodios de agresividad contra su padre ni contra su pareja, hijo, etc. —en esto fueron coincidentes los testigos—, actuó en el caso afectado por una de las principales características de su trastorno, la impulsividad.-----

----- Tal como se ha considerado en votos anteriores, traigo a colación lo dicho en la sentencia dictada con fecha 17/03/2010 por este Tribunal en causa n° 1270 caratulada “CIROS, Diego Armando - Robo calificado por el uso de armas - Tandil” (IPP 01-01-001232-09) y acumuladas, donde al referirse a la conducta del imputado se expresó: *“...En este cuadro conductual donde la **impulsividad** produce una notoria reducción de la capacidad para motivarse y comportarse conforme a la norma, cabe concluir que la pena que debe acompañar a la culpabilidad deber ser proporcional y para ello debe ser inferior al mínimo*



*contemplado. En este último sentido –pena inferior al mínimo legal- vale aquí recordar lo dicho en un precedente de este Tribunal donde el juez preopinante (Dr. Piñeiro) expresó: “...estoy convencido de que es así a pesar de que no exista una norma a nivel legal que considere específicamente los casos como el presente. Digo esto pues, por un lado, el Código Penal ha contemplado la culpabilidad disminuida en dos supuestos: el del homicidio emocional (art. 81 inc. 1º letra a)) y el de las lesiones en igual estado (art. 93), lo que otorga la posibilidad de resolver por analogía (in bonam parte) una situación de evidente similitud; y por otro, -lo que abarcaría a cualquier injusto y no solamente homicidios o lesiones- en razón de que el principio de culpabilidad, que posee jerarquía constitucional y por lo tanto debe ser igualmente aplicado con prescindencia de que exista otra norma de nivel inferior que lo contemple, manda que se respete la proporcionalidad de la pena en relación a la reprochabilidad que merezca el autor...” (causa n° 624 Fuentes)...”.*-----

----- Por lo dicho hasta aquí y dando respuesta así a la controversia de las partes en relación al aspecto volitivo de Sanz, soy de opinión que era imputable al momento del hecho pero que obró con una merma que si bien no le impidió dirigir las acciones, redujo su control, mereciendo menor culpa y una dosificación de la pena proporcional a esta consideración.-----

----- Por las razones expuestas concluyo diciendo que no existen circunstancias eximentes de responsabilidad, aunque sí motivos provenientes de un ámbito de la dogmática jurídica (la culpabilidad) para reducir por debajo del mínimo legal la pena que habré de proponer a mis colegas se imponga a Zóximo Sanz.-----

----- En consecuencia, doy a la cuestión planteada mi respuesta negativa, con el alcance indicado, por ser mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 3º y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.-----

----- A la misma cuestión el señor Juez Dr. Arecha dijo: adhiero al voto del Dr. Galli en igual sentido, por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 3º y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.-----



----- A la misma cuestión el señor el señor Juez Dr. Echevarría dijo: adhiero al voto de mis colegas preopinantes en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 3º y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.-

----- **A LA CUARTA CUESTION** el señor Juez Dr. Galli dijo: al tratar la cuestión anterior fue analizada en detalle una circunstancia que permitía en función de un menor grado de culpabilidad reducir el monto de la pena, resulta válido reiterar alguno de aquellos conceptos en virtud de lo normado en el art. 41 del Código Penal, por cuanto hacen a *las condiciones personales* del imputado que deben tenerse presente para la determinación o individualización de la pena.-----

----- Y entre otros aspectos vinculados a esta selección debe tenerse en cuenta, tal lo requerido por la Defensa Oficial a cargo del Dr. Araujo, la particular situación ocurrida al imputado con motivo de encontrarse en prisión preventiva a raíz del hecho que se ventila. En tal sentido no puedo abstraerme del hecho que tuviera a Zóximo Francisco Sanz como víctima del delito de homicidio en grado de tentativa en manos de un compañero de celda de apellido Rivas, circunstancia que diera lugar a la formación de la IPP nro. 01-00-003896-10 de la UFI 14 departamental a cargo del Agente Fiscal Luis Surget, que en fotocopia certificada fue acompañada como prueba al debate, y de donde surge -acta obrante a fs. 14/15vta.- que con fecha 07 de julio de 2010 siendo aproximadamente la hora 01:05 y hallándose el Cabo Pablo Vallejos realizando *“una recorrida por las diferentes celdas y al hacer lo propio en el sector de admisión, pudo escuchar fuertes gritos provenientes de la celda número dos de admisión la cual se encontraba habitada circunstancialmente por los internos... Rivas Costas, Walter y Sanz Maggio, Zoxímo Francisco, pudiendo observar, a simple vista que el interno Rivas tenía reducido al interno Sanz, tomándolo del cuello, a la vez que lo golpeaba contra la cama y luego contra el asiento de cemento (honguito)... En razón de ello y luego de ser separados por los efectivos se procedió al urgente atención de Sanz, el diagnóstico inicial efectuado por el Dr. Ricardo Vicente en la Unidad Penal 37 de Barker determinó: ‘traumatismo encéfalo craneano*



*severo. Heridas contusas múltiples en ambas zonas frontoparietales derecho e izquierdo. Glasgow 3-15 (estado comatoso), carácter de la lesión grave. Se deriva de urgencia a Hospital Interzonal de Agudos "Abraham Piñero" de Benito Juárez'. Ello se corresponde con las declaraciones testimoniales prestadas por los oficiales Vallejos (fs.7vta.), Weero (f.8/vta.) y Pavón (fs. 9/vta.) y el médico de la Unidad Dr. Vicente (fs.10/11). La gravedad de los hechos relatados se grafican con las placas fotográficas obrantes a fs. 175/189, destacándose en especial por el grado de violencia que denotan, las correspondientes a fs. 181/183.-----*

*----- Como consecuencia de tal hecho Sanz permaneció en terapia intensiva, luego de lo cual y con motivo del grave estado de salud producto de la golpiza de la que fuera víctima, el día 27/09/10 le fue concedido por el Juez de Garantías, Dr. José Alberto Moragas, la morigeración de la prisión preventiva bajo la modalidad de internación en el Hospital Municipal Ramón Santamarina de esta ciudad, constituyendo en garante de tal medida a su señora madre, Alicia Esther Maggio (v.fs. 60/61/vta. del inc. de morigeración) y posteriormente el arresto domiciliario el día 25/11/10 (v.fs. 87/88 inc. de morigeración).-----*

*----- Entiendo que no puede segmentarse la valoración de la conducta del aquí enjuiciado con relación a las gravísimas consecuencias padecidas por él hallándose detenido en la Unidad 37 del S.P.P.B.A. Ello tiene sustento en los principios de "proporcionalidad y humanidad" de la pena, en estrecha relación con la denominada "**pena natural**" que se produce en aquellos casos en los cuales "la extensión de la privación de bienes jurídicos" del autor del hecho adquieren un alcance tal que la aplicación estricta de la sanción penal prevista para el delito incriminado importaría una palmaria violación de tales principios (conf. Trib. de Casación Penal de la Prov. De Bs. As., Sala II, Fallo 19007, del 16/08/2007).-----*

*----- Así Eugenio Raúl Zaffaroni enseña que, "... se llama poena naturalis al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena,*



*sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad..."* (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, p. 95, "Derecho Penal. Parte general").-----

----- En el mismo sentido sostiene Gustavo L. Vitale: "... La imposición de una pena para los supuestos de la llamada 'pena natural', violentaría abiertamente el principio de estricta necesidad de la pena. A su vez, importaría una reacción estatal verdaderamente cruel, con lo cual se estaría transgrediendo el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Por supuesto que, a su vez, ello sería un modo ilegítimo de desconocer el principio de racionalidad de los actos de gobierno y razonabilidad de las decisiones judiciales, resultando la pena en concreto una respuesta del Estado incapaz de servir para el cumplimiento del fin de 'reinserción social' que las normas fundamentales le atribuyen a su ejecución...". (VITALE, Gustavo, "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal", p. 71 y sigtes.)-----

----- En virtud de lo hasta aquí expuesto, las consideraciones brevemente efectuadas permiten entonces dejar establecido que en las excepcionalísimas circunstancias que rodean al caso, la persona aquí imputada, ha padecido lo que acertadamente la doctrina y jurisprudencia calificara como pena o sanción natural que por su gravedad excede la sanción penal prevista para el tipo aquí atribuido a la conducta de Sanz, lo cual, por la aplicación al caso concreto de principios, valores y normas de jerarquía superior (arts. 31 y 75 numeral 32 de la Constitución Nacional), tornan ajustado a derecho y conforme a las exigencias de la justicia en la situación particular acaecida, una disminución del quantum punitivo.-----

----- También valoro como circunstancia minorante de la sanción a imponer el buen concepto del que goza en su ámbito de relación que surge del informe socio-ambiental de fs. 240/242.-----

----- La falta de antecedentes penales computables es un dato más que tengo presente a efectos de seleccionar la pena a imponer, lo cual surge del informe del Registro Nacional de Reincidencia de fs. 86/90 y del Ministerio de Seguridad provincial de fs. 157.-----



----- También se hará lugar a la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación, pero habré de desarrollar esta cuestión al tratar el encuadre legal de los hechos.-----

----- En base a lo expresado doy mi respuesta afirmativa a la cuestión planteada, por ser mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 4° y 373 en relación al 210 del Código Procesal Penal.-----

----- A la misma cuestión el señor Juez Dr. Arecha dijo: adhiero al voto del Dr. Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser eso, también, mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 4° y 373 en relación al 210 del Código Procesal Penal.-----

----- A la misma cuestión el señor Juez Dr. Echevarría dijo: adhiero al voto del Dr. Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 4° y 373 en relación al 210 del Código Procesal Penal.-----

----- **A LA QUINTA CUESTION**, el señor Juez Dr. Galli dijo: valoro en consonancia con lo peticionado por el señor Fiscal de juicio como agravante, el estado de mayor indefensión que tenía la víctima en razón de su deteriorado estado de salud, situación esta que, en gran medida era conocida por el imputado. Digo que el conocimiento sobre el estado de salud era parcial, por cuanto el padecimiento de la enfermedad ósea (osteoporosis) era un dato desconocido para Zóximo Sanz conforme fue dicho en el tratamiento de la cuestión primera y segunda.-----

----- Por lo expresado, a la cuestión planteada doy mi respuesta afirmativa, por ser mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 5° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.-----

----- A la misma cuestión el señor Juez Dr. Arecha dijo: adhiero al voto del Dr. Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 5° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.-----

----- A la misma cuestión el señor Juez Dr. Echevarría dijo: adhiero al voto del Dr. Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 5° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.-----



----- Como consecuencia de lo expresado el Tribunal ha arribado por unanimidad a un **VEREDICTO CONDENATORIO**.-----

----- Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Jueces del Tribunal, por ante mí que doy fe.----

En la ciudad de Tandil, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil once, se reúnen en la Sala de Acuerdos del Tribunal en lo Criminal de esta ciudad los Señores Jueces que lo integran, Doctores Guillermo Alberto Arecha, Pablo Galli y Gustavo Agustín Echevarría, a fin de dictar sentencia en la presente causa, registrada bajo el **N° 1480** (IPP N° 01-01-003738-09) caratulada **"SANZ, Zóximo Francisco - Homicidio agravado por el vínculo - Tandil"**. Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de la votación, resultó que dichos señores jueces deben hacerlo de la siguiente manera: doctores Galli - Arecha - Echevarría.--

----- En mérito a lo establecido en el art. 375 del Código Procesal Penal, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:-----

#### CUESTIONES

----- 1° ¿Qué calificación legal corresponde otorgar al hecho?-----

----- 2° ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?-----

#### VOTACION

----- **A LA PRIMERA CUESTION** el señor Juez Dr. Galli dijo: la calificación legal que corresponde otorgar al hecho es la de **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL CALIFICADO POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN**, delito previsto y reprimido por los artículos 81 inc. 1° ap. b), 82 y 80 último párrafo del Código Penal.----

----- Debo referirme ahora al pedido común de ambas partes, en relación a que resultan de aplicación en el presente las circunstancias extraordinarias de atenuación, único punto de coincidencia a lo largo del debate entre el fiscal y el defensor.-----

----- Es cierto que el Ministerio Fiscal solicitó la aplicación de tales circunstancias de excepción, pero lo hizo dentro del marco normativo previsto por el legislador en el art. 80 último párrafo del Código Penal, mientras que la defensa por su parte explicitó que, aún cuando



peticionara la calificación otorgada para el homicidio preterintencional del art. 81 inc. 1 apartado b) de la ley de fondo, cabría también la aplicación de la atenuación por aquellas circunstancias extraordinarias, en virtud de que no hacerlo rompería la sistematicidad del Código Penal.----

----- Como se advierte a lo largo del desarrollo sobre la materialidad y la responsabilidad criminal tratadas en las primeras cuestiones del veredicto, y, como también se adelantara en el capítulo correspondiente a la existencia de minorantes, he acogido la solicitud de la defensa, aún cuando piense que la sistematicidad de nuestro Código Fondal, además de la señalada tiene otras fracturas que no es del caso ahora considerar.-----

----- Las circunstancias de excepción eran preexistentes al hecho en juzgamiento, y fueron ampliamente consideradas en especial al tenerse en cuenta el testimonio de Alicia Esther Maggio, que si bien he cuestionado en relación al episodio en sí mismo, he tenido por válido respecto a otros aspectos vinculados con la historia de vida familiar, en su calidad de esposa y madre respectivamente de la víctima y el imputado.-----

----- Así explicó los maltratos padecidos por el imputado en la infancia, adolescencia y bien entrada la juventud, que incluyeron golpes, descalificaciones y que provocaron finalmente el retiro de Zóximo del hogar paterno (declaración de Maggio). A lo dicho se suma lo explicitado al tratar la motivación del imputado, quien atribuía a su padre la separación del vínculo con su pareja e hijo, lo cual fue el detonante del hecho.-----

----- También las hijas hablaron de un ámbito de desarrollo de la vida familiar signado por continuas discusiones entre Zóximo y su padre a lo largo de su vida en común.-----

----- Sin dudas estamos frente a un contexto, donde un conjunto de aspectos generan una situación excepcional en la relación entre la víctima y el victimario, que vuelve inexistentes las consideraciones que han llevado al codificador a agravar la conducta en orden a la disminución del afecto y el respeto, provocando en el sujeto activo una reacción, sin que se lleguen a dar los requisitos de la emoción violenta (Conf. D'Alessio



José Andrés, “Código Penal – comentado y anotado, Parte Especial” pág. 23, con cita a Breglia Arias).-----

----- Es que como bien ha dicho el Tribunal de Casación, en el caso se han dado las circunstancias endógenas y exógenas al autor para considerar un elemento más de mitigación de la pena, que solo he mencionado ahora en parte, pero que en una detenida lectura de las distintas consideraciones expuestas en las respuestas a los interrogantes del veredicto aparecen entremezcladas en los testimonios, en especial de los familiares y amigos de la familia como expresión de las causas exógenas y de los profesionales de la psiquiatría que declararon respecto a las endógenas.-----

----- Y en este orden de ideas, no hay razón para negar a la defensa la extensión de esa minorante (en tanto se traduce también en una mengua de la reprochabilidad) al homicidio preterintencional del que fuera víctima Jorge Sanz, aún cuando no haya previsión legal estipulada para esta figura, porque desde un análisis exegético y sistemático apropiado no veo motivos para descartar su aplicación.-----

----- Así como la emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable en el homicidio simple de acuerdo a las previsiones del art. 81 inc. 1 ap. a se extiende a los supuestos del homicidio calificado por el parentesco por reenvío del art. 82 del C.P. que remite para aquel supuesto (art. 80 inc. 1º, último párrafo) y en las lesiones dolosas (art. 93 del C.P.), no hay razones que impidan, o mejor dicho hay razones que obligan –a partir de una correcta exégesis y sistematicidad- a extender el beneficio de una menor sanción previsto en las circunstancias extraordinarias de atenuación a la figura de mucho menor lesión al mismo bien jurídico como lo es homicidio preterintencional.-----

----- Así lo voto. Art. 375 segundo párrafo ap. 1º del Código Procesal Penal.-----

----- A la misma primera cuestión el señor Juez Dr. Arecha dijo: adhiero al voto del Dr. Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos. Art. 375 segundo párrafo ap. 1º del Código Procesal Penal.-



----- A la misma primera cuestión el señor Juez Dr. Echevarría dijo: adhiero al voto del Dr. Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos. Art. 375 segundo párrafo ap. 1° del Código Procesal Penal.-

----- **A LA SEGUNDA CUESTION** el señor Juez Dr. Galli dijo: que corresponde **CONDENAR** a **ZÓXIMO FRANCISCO SANZ**, argentino, instruido, soltero, enfermero, nacido en Tandil el día 1° de febrero de 1978, DNI N° 26.393.782, hijo de Jorge Oscar Sanz y de Alicia Esther Maggio, y con domicilio en calle Montevideo N° 954 de Tandil, a la **PENA DE SEIS AÑOS DE PRISION y accesorias del art. 12 del C.P.**, como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL CALIFICADO POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN, hecho cometido en Tandil el día 28 de diciembre de 2009 en perjuicio de Jorge Oscar Sanz. **Con COSTAS.-** (Arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 81 inc. 1° ap. b), 82 y 80 último párrafo del Código Penal, y 531 del Cód. Procesal Penal).-----

----- Así lo voto. Arts. 375 segundo párrafo ap. 2° del Código Procesal Penal.-----

----- A la misma segunda cuestión el señor Juez Dr. Arecha dijo: adhiero al voto del Dr. Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos. Art. 375 segundo párrafo ap. 2° del Código Procesal Penal.-

----- A la misma segunda cuestión el señor Juez Dr. Echevarría dijo: adhiero al voto del Dr. Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos. Art. 375 segundo párrafo ap. 2° del Código Procesal Penal.-

----- Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Jueces del Tribunal, por ante mí que doy fe.----



**SENTENCIA**

----- Tandil, 30 de noviembre de 2011.-----

----- Atento lo acordado por unanimidad del Tribunal, se:-----

**RESUELVE:**

----- **I. CONDENAR** a **ZÓXIMO FRANCISCO SANZ**, argentino, instruido, soltero, enfermero, nacido en Tandil el día 1° de febrero de 1978, DNI N° 26.393.782, hijo de Jorge Oscar Sanz y de Alicia Esther Maggio, y con domicilio en calle Montevideo N° 954 de Tandil, a la **PENA DE SEIS AÑOS DE PRISION y accesorias del art. 12 del C.P.**, como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL CALIFICADO POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN, hecho cometido en Tandil el día 28 de diciembre de 2009 en perjuicio de Jorge Oscar Sanz. **Con COSTAS.** (Arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 81 inc. 1° ap. b), 82 y 80 último párrafo del Código Penal, y 531 del Cód. Procesal Penal).-

----- **II. DISPONER LA DESTRUCCION** de los elementos recogidos a fs. 33/35. La medida se llevará a cabo por intermedio del responsable de la sala de efectos de la Fiscalía.-----

----- **III. DETERMINAR COMO COSTAS** del proceso la suma de \$96.20 (pesos noventa y seis con veinte) –s.e.u.o.- (art. 40 Ley 12.576 art. 295, ss. y concs. del Código Fiscal).----

----- **REGISTRESE** (Ac. 2514 S.C.J.B.A.), **NOTIFIQUESE.** Líbrense los oficios del caso (Ac. 2840 y art. 83 inc. 3° del C.P.P.).-----

-----

Ante mí:

Conste que en la fecha se dio lectura al presente veredicto y sentencia; y que se libró oficio al J. Garantías (Ac. 2840).- /11/11.-



## **REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL**

ASOCIACIÓN NACIONAL DE DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS DE LA  
REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL (ANADEP)

Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE)

**HABEAS CORPUS N° 596.603 - SP (2020/0170612-1) Recurso Penal núm.  
1500218-04.2019 .8.26.0546 Tribunal Superior de Justicia STJ. HABEAS  
CORPUS para liberar más de 1000 presos que cumplían indebidamente  
prisión en un régimen cerrado.**



**INFORMACIÓN DE FALLOS PARA BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA  
AIDEF 2021**

| PARÁMETRO  | CONTENIDO  |
|--|--|
| <b>País</b>  | <b>Brasil</b>  |
| <b>Tribunal</b>  | <b>Superior Tribunal de Justiça</b>  |
| <b>Materia</b>   | <b>Direito Penal – Habeas Corpus Coletivo</b>  |
| <b>Derechos involucrados</b>                                     | <b>Direito de liberdade/locomoção</b>  |
| <b>Breve relación de los hechos</b>                              | A Defensoria Pública do Estado de São Paulo colacionou tabela com mais de cem decisões recentes do TJSP, em que, a despeito do reconhecimento do tráfico privilegiado, fora fixado o regime inicial fechado, decisões essas que foram impugnadas perante o STJ e cujo índice de reforma foi de 77,8%. Traz, também, resposta da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo ao ofício da Defensoria Pública, a qual registra que, atualmente, 1.018 pessoas cumprem sanção de 1 ano e 8 meses no modo mais gravoso, por condenação pelo tráfico privilegiado. |
| <b>Fundamentos de derecho</b>                                    | Fixação do regime aberto para os condenados a pena mínima por tráfico privilegiado (primários, de bons antecedentes, sem dedicação às atividades criminosas e sem integrar organização criminosas). Art. 33, §2º, do Código Penal.   |
| <b>Resolución (Liga de enlace)</b>                               |  |
| <b>Contexto social y económico del caso</b>                      |  |
| <b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia</b>        | <b>Superior Tribunal de Justiça</b>  |
| <b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>           |  |
| <b>Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)</b> |  |



## **Defensoria Pública obtém liminar em habeas corpus coletivo para libertar mais de mil presos de São Paulo que cumprem pena indevidamente em regime fechado.**

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou habeas corpus coletivo para fixar o regime aberto para todas as pessoas condenadas no estado por tráfico privilegiado, com pena de um ano e oito meses. A medida foi adotada diante das reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negava esse direito aos presos.

O habeas corpus coletivo foi concedido, por unanimidade, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, determinando também, em caráter preventivo, a extensão da decisão para novos condenados nessas situações.

Este caso é um excelente exemplo de litígio estratégico. A Defensoria Pública realizou uma vasta pesquisa sobre os diversos casos semelhantes, demonstrando que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vinha descumprindo, de forma sistemática, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Com base nesses dados, apresentou um habeas corpus coletivo, em nome da própria Defensoria Pública, para beneficiar todos os presos – atuais e futuros – que se encontrem nessa situação.

Segundo dados da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, apresentados pela Defensoria Pública daquele estado, havia – em março – 1.018 homens e 82 mulheres cumprindo a pena mínima por tráfico em regime fechado, pois o TJSP – contrariando o entendimento do STJ e do Supremo Tribunal Federal (STF) e ignorando direitos previstos em lei – não lhes autorizou o regime aberto, nem a substituição da pena.

Para o relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, a insistente desconsideração das diretrizes normativas derivadas das cortes superiores, por parte das demais instâncias, "produz um desgaste permanente da função jurisdicional, com anulação e/ou repetição de atos, e implica inevitável lesão financeira ao erário, bem como gera insegurança jurídica e clara ausência de isonomia na aplicação da lei aos jurisdicionados".



Segue em anexo o voto do relator, aprovado por unanimidade pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

-----  
TRADUCIDO AL ESPAÑOL.

**La Defensoría Pública obtuvo medidas cautelares en el Habeas Corpus Colectivo para liberar a más de 1.000 presos de San Pablo que cumplían indebidamente condena en régimen cerrado.**

La Defensoría Pública del Estado de San Pablo, presentó un recurso de Habeas Corpus Colectivo para subsanar dicha situación y fijar un régimen abierto para todas las personas condenadas en el dicho Estado por tráfico privilegiado, con una sentencia de un año y ocho meses.

La medida fue adoptada ante las reiteradas decisiones del Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, que negaba sistemáticamente este derecho a los presos.

El señalado recurso colectivo de habeas corpus fue otorgado por una unanimidad, determinando a su vez, de forma preventiva, la ampliación de la decisión para los nuevos y futuros condenados en estas situaciones.

Este caso es un excelente ejemplo de Litigio Estratégico.

La Oficina del Defensor Público llevó adelante una vasta investigación sobre los diversos casos similares existentes, demostrando que el Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo había estado desatendiendo la Jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia.

Fue con base en estos datos, que se presentó un habeas corpus colectivo, en nombre de la propia Defensoría Pública, para beneficiar a todos los presos - actuales y futuros - que se encontraban en esa situación.



Según los datos del Departamento de Administración Penitenciaria de San Pablo, presentados por la Defensoría Pública de ese Estado, habían -en marzo 2020- 1.018 hombres y 82 mujeres cumpliendo la pena mínima por tráfico en régimen cerrado, porque el TJSP -contrario a la comprensión de la Corte Suprema y la Corte Suprema (STF) e ignorando los derechos previstos por la ley- no les autorizó el régimen abierto, ni la sustitución de la pena.

Para el Ministro Redactor Rogerio Schietti Cruz, el insistente desconocimiento de las directrices normativas derivadas de los tribunales superiores, por parte de los demás órganos, "produce un desgaste permanente de la función jurisdiccional, con anulación y/o repetición de actos, e implica una inevitable lesión financiera al erario público, así como genera inseguridad jurídica y clara ausencia de isonomía en la aplicación de la ley."

Se adjunta la votación del Ministro Redactor, aprobada por la unanimidad del Sexto Panel del Tribunal Superior de Justicia.

El "régimen abierto" es una modalidad de cumplimiento de la pena, prevista en el Código Penal, en el que el condenado puede trabajar durante el día y retirarse en la Casa de Albergado durante la noche. La Casa de Albergado es un establecimiento penitenciario para alojar a personas con bajo o nulo grado de peligro, que cumplen condena por delitos de bajo potencial ofensivo, cometidos sin violencia.



**HABEAS CORPUS Nº 596.603 - SP (2020/0170612-1)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES - SP332595**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PACIENTE : JOAO FAUSTINO NETO (PRESO)**

**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

**JOÃO FAUSTINO NETO**, paciente neste habeas corpus, alega, por meio da Defensoria Pública, sofrer constrangimento ilegal no seu direito a locomoção, em face de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 1500218-04.2019.8.26.0546.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante e posteriormente denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas, por armazenar, em seu estabelecimento comercial, **23 pedras de crack (com peso líquido de 2,9 gramas) e 4 saquinhos de cocaína (com peso líquido de 2,7 gramas)** supostamente destinados ao comércio ilícito.

Ao término da instrução criminal, em 23/9/2019, o réu foi condenado como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de **1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado**, mais multa. Na ocasião, a despeito da aparente ausência de especial periculosidade do crime ora em comento, a segregação provisória foi mantida, **havendo sido vedado o recurso em liberdade**.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante o Tribunal de origem, cuja Sexta Câmara de Direito Criminal, à unanimidade de votos, em **juízo proferido em fevereiro deste ano**, negou provimento apelo, a fim de manter inalterada a sentença condenatória. A condenação transitou em julgado em 16/6/2020.

Nas razões deste *mandamus*, sustenta o impetrante, resumidamente, que deveria ser fixado regime inicial menos gravoso de cumprimento da sanção reclusiva, haja vista que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, ou seja, com a avaliação favorável de todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Reitera ofensa ao entendimento já

há muito sedimentado no Supremo Tribunal Federal nas Súmulas n. 718 e 719 daquela Corte.

Aduz, ainda, a possibilidade de substituição da sanção reclusiva por medida restritiva de direitos, porquanto o crime não foi cometido com especial gravidade.

Requer, assim, seja abrandado o regime e substituída a pena.

A **liminar foi deferida** pela Presidência do STJ, em 20 de julho do corrente ano, para assegurar ao réu que **aguardasse no regime aberto** o julgamento final do *writ*.

Instado a se manifestar, o **Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem**.

Em aditamento ao pedido inicial (PET n. 00630157/2020), a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ora impetrante, requer

que também seja concedida a ordem de habeas corpus para determinar a fixação do regime inicial aberto em todos os casos em que houve condenação ou confirmação de condenação pelo E. TJSP, sempre que: a) tenha sido reconhecido o tráfico privilegiado (art. 33, §4º da Lei de Drogas); b) a pena restou no mínimo legal na primeira fase da dosimetria por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou por ter sido reconhecida a menoridade relativa ou a confissão; e c) a pena final não superou 04 (quatro anos de reclusão). (fl. 92, destaque no original)

Argumenta que a lei impõe, como regra geral, que o regime observa a quantidade da pena imposta, daí que, na hipótese de ser o réu primário, com pena não superior a 4 anos de reclusão, o regime é ordinariamente o aberto, consoante registram os parâmetros dispostos no art. 33, §2º, do Código Penal.

Lembra que esse crime não tem gravidade a exigir rigor punitivo maior do que o comum, sendo "um dos poucos delitos do sistema penal que admite o **acordo de não persecução penal**." (fl. 94)

Obtempera que essa conclusão ganha cores ainda mais fortes no caso do tráfico privilegiado, sobretudo quando a pena-base fora estipulada no mínimo legal uma vez que "o tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio **apresenta contornos mais benignos, menos gravosos**, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (fl. 96)

Observa que, se as circunstâncias judiciais forem todas favoráveis, não autorizando o aumento da reprimenda na primeira fase, por igual motivo não poderia também respaldar a fixação de regime mais gravoso que o aberto.



Conclusão que deve ser a mesma caso presentes as atenuantes da confissão ou da menoridade relativa, ainda que a pena-base tenha sido majorada, dada a preponderância e a maior importância dessas em relação às circunstâncias judiciais, por dizerem respeito à personalidade do agente.

Colaciona tabela com mais de cem decisões recentes do TJSP, em que, a despeito do reconhecimento do tráfico privilegiado, fora fixado o regime inicial fechado, decisões essas que foram impugnadas perante o STJ e cujo índice de reforma foi de 77,8%. Traz, também, resposta da **Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo ao ofício da Defensoria Pública, a qual registra que, atualmente, 1.018 pessoas cumprem sanção de 1 ano e 8 meses no modo mais gravoso, por condenação pelo tráfico privilegiado.**

Assevera que, afora o constrangimento ilegal imposto aos condenados por esse crime, a situação acarreta o aumento expressivo no volume de habeas corpus impetrados no Superior Tribunal de Justiça, nos quais, apenas no ano de 2019, a Defensoria Pública obteve 54,08% de êxito para a alteração do regime inicial.

Finaliza que a concessão da ordem coletiva "visa dar efetividade ao que as normas e os Tribunais Superiores garantem aos cidadãos" (fl. 103) e que igual requerimento foi protocolizado em HHCC que tramitam tanto na Quinta Turma como na Sexta Turma (HC 596.547, HC 595.269, 595.809, HC 583.558 e HC 583.157)

É o relato.



## HABEAS CORPUS Nº 596.603 - SP (2020/0170612-1)

### EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS INDIVIDUAL E COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DIRETRIZES REGISTRADAS PELA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO HC N. 143.641 (PLENO). PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL DA CIDADANIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, LEI N. 11.343/2006). TRÁFICO. DEFINIÇÃO LEGAL (ART. 112, §5º, LEI N. 7.210/1984). CRIME NÃO HEDIONDO. CONSECUTÓRIOS LÓGICOS EM RAZÃO DESSE RECONHECIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA. FORÇA NORMATIVA. ESTUDO DO INSTITUTO CONECTAS E DADOS ESTATÍSTICOS QUE CONFIRMAM O DESCUMPRIMENTO REITERADO PELO TRIBUNAL IMPUGNADO. DESRESPEITO AO SISTEMA DE PRECEDENTES. SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIDADE. ISONOMIA DO JURISDICIONADO. BUSCA À RACIONALIDADE PUNITIVA. PREDICATIVO ÍNSITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PROPORCIONALIDADE.

1. Ante a **necessidade de salvaguardar um dos direitos fundamentais mais preciosos do ser humano, a liberdade**, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 143.641/SP, rompeu com a resistência registrada nos seus precedentes, quanto à inadmissibilidade do uso do writ constitucional de maneira coletiva. Na oportunidade, assentaram-se diretrizes a respaldar o maior espectro do remédio heroico, entre elas: a existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis; o fortalecimento da abordagem coletiva, em atendimento a maior isonomia às partes em litígio e em prestígio à celeridade processual, mitiga as dificuldades estruturais do acesso das coletividades ao Poder Judiciário.

2. A moldura fática trazida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo – **mais de mil presos, que, a despeito da reconhecida prática de crime de tráfico privilegiado, cumprem pena de um ano e oito meses, em regime fechado**, com respaldo exclusivo no ultrapassado



entendimento de que a conduta caracteriza crime assemelhado a hediondo – **permite solução coletiva**, por reproduzirem a **mesma situação fático-jurídica**. Precedente (HC n. 575.495/MG, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T, julgado em 2/6/2020, DJe 8/6/2020).

3. Há anos são perceptíveis, em um segmento da jurisdição criminal, os reflexos de uma postura judicial que, sob o afirmado escudo da garantia da independência e da liberdade de julgar, reproduz **política estatal** que se poderia, não sem exagero, qualificar como **desumana, desigual, seletiva e preconceituosa**. Tal orientação, que se forjou ao longo das últimas décadas, parte da premissa equivocada de que não há outro caminho, para o autor de qualquer das modalidades do crime de tráfico – nomeadamente daquele considerado pelo legislador como de menor gravidade –, que não o seu encarceramento.

4. Segundo a interpretação, consolidada e antiga do Supremo Tribunal Federal (HC n. 111.840, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 17/12/2013), conforme à Constituição da República, não é considerado hediondo o delito de tráfico de drogas, na modalidade prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 (caracterizada pela quantidade de drogas apreendida não elevada e por ser o agente primário, sem antecedentes penais e sem envolvimento com atividade ou organização criminosas).

5. Em decorrência dessa interpretação, que sobreleva os princípios da presunção de inocência e da individualização da pena, a natureza não hedionda do crime em exame desautoriza prisão preventiva sem a análise concreta dos requisitos do art. 312 do CPP (HC n. 104.339, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 06/12/2012), afasta a proibição, prevista art. 44 da Lei 11.343/2006, de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos (HC n. 97.256, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Ayres Britto, DJe 15/12/2010), e impõe, portanto, tratamento penal com “contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosas” (HC n. 118.533, Tribunal Pleno, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 19/9/2016).

6. Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, é clara e reiterada a dicção de enunciados sumulares dos Tribunais Superiores, segundo os quais “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada” (Sum. 718 do STF), “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea” (Sum. 719 do STF) e “É vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que



o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito" (Sum. 440 do STJ).

7. Esses julgados, por força do art. 927, III e V, do Código de Processo Civil, aplicável ao processo penal em razão da norma de abertura positivada no art. 3º do CPP, devem ser observados por juízes e tribunais do país, em nome da **segurança jurídica, da estabilidade das decisões do Poder Judiciário, da coerência sistêmica e da igualdade de tratamento dos jurisdicionados, que não podem ficar à mercê de interpretações divergentes, sobre questões de cunho eminentemente jurídico**, das que lhes conferiram os órgãos de cúpula do Poder Judiciário, incumbidos, por comando constitucional, da função de uniformizar a interpretação e a aplicação da Constituição da República e das leis federais (arts. 102, III e 105, III).

8. A partir da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, que conferiu nova redação ao art. 112, § 5º, da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984), "Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006".

9. Deveras, não condiz com a racionalidade punitiva, ínsita a um Estado Democrático de Direito, que a todo e qualquer autor de tráfico de drogas se imponha o cumprimento de sua pena em estabelecimento penal, em regime fechado, e sem direito a qualquer alternativa punitiva, mesmo se todas as circunstâncias judiciais e legais sejam reconhecidas a seu favor (quantidade pequena de droga, primariedade e bons antecedentes do agente, além de não demonstração de seu envolvimento em atividade ou organização criminosa).

10. E não há de ser esse o proceder de agentes do Estado a quem se confia o exercício da nobre função de dizer o Direito, algo que, no âmbito da jurisdição criminal – que expressa o poder punitivo estatal – reclama dose ainda maior de serenidade e ausência de preconceitos.

11. A individualização da sanção penal (alçada a direito fundamental, inscrito no art. 5º, XLVI da Constituição da República) não se limita à quantidade da pena; o seu regime e a modalidade da reprimenda imposta também compõem essa ideia, que carrega em si a **proporcionalidade** da pena. Se o Código Penal determina que, fixada a sanção em patamar inferior a 4 anos de reclusão, **o regime inicial de pena há de ser o aberto** quando as circunstâncias forem todas favoráveis ao agente (art. 33, § 2º e/c 59, do CPB), permitindo também **substituir a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos** (art. 44 do CPB), não há razão para impor-se a condenados pela modalidade mais tênue do crime de tráfico de entorpecentes o mesmo regime de pena que, *ex vi* lege, se costuma impingir somente a quem é condenado por outros crimes, ou mesmo por tráfico, a mais de 8 anos



de pena, ou a reincidentes ou portadores de circunstâncias desfavoráveis.

12. A documentação, trazida em aditamento à impetração, alude a **1100 homens e mulheres que cumprem pena em regime fechado no sistema penitenciário** do Estado de São Paulo, e sem lhes haver sido autorizada a **conversão da privativa de liberdade em restritiva de direitos**, a despeito de terem sido condenados à sanção mínima do tráfico privilegiado (1 ano e 8 meses de reclusão), ou, quando muito, a uma pena menor que 4 anos de reclusão. A menos que cumpram pena por outro motivo, são pessoas que se encontram indevidamente recolhidas ao precário sistema penitenciário, onerando ainda mais a sociedade, que poderia se beneficiar com serviços comunitários, houvessem as respectivas sanções reclusivas sido convoladas em restritivas de direito.

13. Se a lei é, na visão de julgadores, benevolente com algum tipo de crime, compete ao Congresso Nacional, legitimado pelo voto popular, modificá-la (sempre sujeito, evidentemente, ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal). Não cabe ao Poder Judiciário, o uso de discursos metajurídicos de matiz ideológico ou moral, para incrementar o rigor do sistema punitivo e para contornar, com argumentos aparentemente jurídicos, os limites impostos pela lei penal e pela jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, os quais, como visto, pela Constituição da República têm a especial competência para **interpretar e uniformizar a lei federal e a Constituição em última instância**, ante idênticas situações fáticas.

14. Estudo feito pelo **Instituto Conectas** (relatório disponível no sítio do instituto na web) conclui que “ainda que a decisão do STF no HC 118.533 tenha sido o reconhecimento do tráfico privilegiado como um crime comum, afastando-se a hediondez dos casos em que há aplicação da causa de diminuição do parágrafo 4º do art. 33, com a presente pesquisa verifica-se que juízes de primeira instância, em São Paulo, continuam aplicando tratamento desproporcional ao delito, em comparação com outros delitos sem violência de igual pena.” Alguns julgados – prossegue o relatório – **“são expressos em sua afronta à jurisprudência dominante das cortes superiores, tecendo palavras fortes contra a evolução interpretativa e constituindo, dentro da sua esfera de poder, um espaço blindado contra o tratamento proporcional aos condenados por tráfico de drogas, em qualquer grau.”**

15. Pelos dados do Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores - Brasília/DF, a Defensoria Pública de São Paulo em 2019, **dos 11.181 habeas corpus impetrados no STJ, a ordem foi concedida em 6.869 feitos, 61,43% das impetrações**. Mais ainda, aquela Defensoria evidenciou que, **no período da pandemia**, conforme Levantamento do



Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo, em casos de **reconhecido tráfico de menor monta** (pouca quantidade de drogas, réus com bons antecedentes e sem provas de anterior atividade ilícita e de integração a organização criminosa), de **64 casos em que Câmaras Criminais do TJSP mantiveram a condenação de acusados por tráfico privilegiado, 53 foram reformadas pelo STJ**, ou seja, cerca de **82,80% dos pacientes obtiveram decisão concessiva**.

16. Esses dados são a tradução, inequívoca e indelével de que o **volume de trabalho das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça**, ocupadas em mais de **50% por habeas corpus oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo** (dos 68.778 habeas Corpus distribuídos no STJ em 2019, 35.534 vieram daquele Tribunal), **em boa parte se resume a simplesmente reverter decisões que, contrárias às súmulas e à jurisprudência das Cortes Superiores**, continuam a grassar, crescentemente, em algumas das 16 Câmaras Criminais daquele Tribunal.

17. Essa insistente desconsideração de alguns órgãos judicantes às diretrizes normativas derivadas das Cortes de Vértice produz um **desgaste permanente da função jurisdicional**, com **anulação e/ou repetição de atos**, e implica inevitável **lesão financeira** ao erário, bem como gera **insegurança jurídica** e clara **ausência de isonomia** na aplicação da lei aos jurisdicionados.

18. Em suma, diante da mesma situação factual – tráfico de pequena monta, agente primário, sem antecedentes penais, sem prova de vínculo com organização criminosa e de exercício de atividade criminosa (que não seja, é claro, a específica mercancia ilícita eventual que lhe rendeu a condenação) –, há de reconhecer-se que:

18.1. A Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), em seu art. 112, § 5º (com a redação que lhe conferiu a Lei n. 13.964/2019) é expressa em dizer que “§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006”;

18.2. O Ministério Público, a par da função exclusiva de exercitar a ação penal pública, é **também constitucionalmente incumbido da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”** (art. 127, caput, da C.R.), e deve agir de acordo com **critérios de objetividade**, compromissado, pois, com o **direito** (*custos iuris*) e com a **verdade** (*obbligatio ad veritatem*), na dicção de LUIGI P. COMOGLIO e VLADIMIRO ZAGREBELSKY, *Modelo acusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano: Giuffrè, ano 36, fasc. 2 – aprile-giugno/1993, p. 484). Logo, a acusação formulada pelo Ministério Público há de

consubstanciar uma imputação responsabilmente derivada da realidade fático-jurídica evidenciada pelo simples exame do inquérito policial, muitas vezes já indicativa de que não se cuida de hipótese de subsunção da conduta do agente ao crime de tráfico de drogas positivado no *caput* do art. 33 da LAD.

**18.3.** A jurisprudência dos Tribunais Superiores – quer por meio de súmulas (**verbetes n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ**), quer por meio de julgamentos proferidos pela composição Plena do Supremo Tribunal Federal, seguidos por inúmeros outros julgamentos da mesma Corte e do STJ – é uníssona e consolidada no sentido de que:

**18.3.1.** Não se pode impor regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito e sem a idônea motivação, que não pode decorrer da mera opinião do julgador;

**18.3.2.** O condenado por crime de tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a pena inferior a 4 anos de reclusão, faz jus a cumprir a reprimenda em regime inicial aberto ou, excepcionalmente, em semiaberto, desde que por motivação idônea, não decorrente da mera natureza do crime, de sua gravidade abstrata ou da opinião pessoal do julgador;

**18.3.3.** O condenado por crime de tráfico privilegiado, nas condições e nas ressalvas da alínea anterior, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

**18.3.4. O autor do crime previsto no art. 33, § 4º da LAD não pode permanecer preso preventivamente, após a sentença (ou mesmo antes, se a segregação cautelar não estiver apoiada em quadro diverso), porque:**

a) O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – e copiosa jurisprudência das Cortes Superiores – afastou a vedação à liberdade provisória referida no art. 44 da LAD;

b) Não é cabível prisão preventiva por crime punido com pena privativa máxima igual ou inferior a 4 anos (art. 313, I do Código de Processo Penal);

c) O tempo que o condenado eventualmente tenha permanecido preso deverá ser computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (art. 387, § 2º do CPP), o que, a depender do tempo da custódia e do *quantum* da pena arbitrada, **implicará imediata soltura do sentenciado**, mesmo se fixado o regime inicial intermediário, ou seja, o semiaberto (dado que, como visto, não se mostra possível a inflicção de regime fechado ao autor de tráfico privilegiado).

**19.** Essas são, portanto, as diretrizes que devem ser observadas – e normalmente o são, pela maioria de juizes e tribunais de todo o país –, por decorrerem de precedentes qualificados das Cortes Superiores

(súmulas de jurisprudência, julgamentos pelo Tribunal Pleno do STF, recursos especiais julgados sob o rito dos recursos repetitivos do STJ, e extraordinários em repercussão geral, pelo STF), sobre **questões jurídicas assentadas a partir da mesma situação fática**, sempre ressalvada, naturalmente, a eventual indicação de peculiaridades do caso examinado, a permitir, mediante idônea e responsável motivação, distinguir a hipótese em julgamento da que fora decidida nos referidos precedentes.

**20.** Na espécie, a gravidade excepcional do delito não se sustenta, visto que o crime foi praticado em circunstâncias inerentes à caracterização da própria figura delitiva em apreço e, embora apreendidas cocaína e crack, a quantidade da droga, ao contrário do afirmado, não foi relevante **(5,6 g no total)**.

**21. Habeas Corpus concedido, para:**

**21.1. Em relação ao paciente** individualizado na impetração, **fixar o regime aberto** como modo inicial de cumprimento da pena.

**21.2. Em relação aos presos** que, conforme informação da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, se encontrem na mesma situação (condenados, por delito de tráfico privilegiado, a **1 ano e 8 meses, em regime fechado**), **fixar o regime aberto**.

**21.3. Em relação aos presos** condenados, pelo delito de tráfico privilegiado, a penas **menores do que 4 anos de reclusão** – salvo os casos do item anterior – **determinar** que os respectivos juizes das Varas de Execução Penal competentes e responsáveis pela execução das sanções dos internos **reavaliam, com a máxima urgência, a situação** de cada um, de modo a **verificar a possibilidade de progressão ao regime aberto** em face de eventual detração penal decorrente do período em que tenham permanecido presos cautelarmente.

**21.4. Aos condenados que atualmente cumprem pena por crime de tráfico privilegiado, em que se reconhecem todas as circunstâncias como favoráveis, e aos que vierem a ser sancionados por tal ilicitude (mesmas circunstâncias fáticas), determinar que não se imponha – devendo haver pronta correção aos já sentenciados – o regime inicial fechado de cumprimento da pena.**

Determinação para que se dê **cumprimento desta ordem de Habeas Corpus**, inclusive para que se providencie, junto aos respectivos juízes, a imediata expedição de **alvarás de soltura** aos presos que, beneficiados pelas medidas ora determinadas, não estejam presos por outros motivos.



## VOTO

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

### **I. Cabimento do habeas corpus coletivo**

No julgamento do **HC n. 143.641/SP**, o plenário do Supremo Tribunal Federal rompeu com a resistência registrada nos seus precedentes, quanto à inadmissibilidade do uso do writ constitucional de maneira coletiva.

Na oportunidade, entendeu a Suprema Corte que a necessidade de salvaguardar um dos direitos fundamentais mais preciosos do ser humano, a liberdade, eventualmente exige instrumento processual à altura da lesão, que, na hipótese ali decidida, dizia respeito ao direito das grávidas e das mães de crianças menores de 12 anos de idade, acusadas pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes. O relator do writ, Ministro Ricardo Lewandowski, registrou então diretrizes a respaldar o maior espectro do remédio heroico, entre as quais destacou:

- o recorrente caráter coletivo da ofensa aos direitos nos dias atuais (sociedade massificada e cada vez mais burocrática);
- a viabilidade da solução com o fim de garantir o acesso dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico;
- a ampla utilização da ADPF e do mandado de injunção coletivo permitida pelo Supremo Tribunal Federal, este último desde 1994, antes mesmo da expressão previsão legal;
- o fortalecimento da abordagem coletiva, em atendimento a maior isonomia às partes em litígio e em prestígio à celeridade processual, mitiga as dificuldades estruturais do acesso das coletividades mais vulneráveis ao Poder Judiciário e
- as dissonâncias das interpretações em relação ao art. 318, IV e V, do CPP, pelos Tribunais estaduais, somado ao reconhecimento, pelo Supremo, de que o sistema prisional brasileiro encontra-se em um estado de coisas inconstitucional (ADPF n. 347 MC/DF).

No rol desses fundamentos, o Ministro Ricardo Lewandowski fez constar a existência de dois precedentes oriundos deste Superior Tribunal, em que se admitiu o uso coletivo do writ constitucional, a saber: **HC n. 207.270/SP** (Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª T., DJe 23/2/2012) e **HC n. 142.513/ES** (Rel. Ministro Nilson Naves, 6ª T., DJe 10/5/2010). Neste último, de ofício, e de forma indiscriminada, dada a magnitude da flagrante ilegalidade (cumprimento de prisão cautelar em contêiner), a Sexta Turma estendeu a ordem “a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições”.

Mais recentemente, também, em meio à crise de saúde em virtude da pandemia do coronavírus (Covid-19), a **Sexta Turma**, uma vez mais, em prestígio ao reconhecimento desta Corte como Tribunal da Cidadania, admitiu o uso do habeas corpus coletivo, consoante registra, no ponto em que interessa, o resumo do **HC n. 575.495/MG**:

[...]

1. No que diz respeito ao cabimento do habeas corpus coletivo, diante dos novos conflitos interpessoais resultantes da sociedade contemporânea - "sociedade de massa" -, imprescindível um novo arcabouço jurídico processual que abarque a tutela de direitos coletivos, também no âmbito penal.

2. A reunião, em um único processo, de questões que poderiam estar diluídas em centenas de habeas corpus importa em economia de tempo, de esforço e de recursos, atendendo, assim, ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional desta Corte Superior mais célere e mais eficiente. (HC n. 575.495/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., julgado em 2/6/2020, DJe 8/6/2020)

A moldura trazida pela combativa Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no aditamento de fls. 91-157, em relação à situação atual, que perdura já há algum tempo - mais de mil presos, que, a despeito da reconhecida prática de crime de tráfico privilegiado, cumprem pena inferior a 4 anos de reclusão, no regime fechado, com respaldo exclusivo no ultrapassado entendimento de que a conduta caracteriza crime assemelhado a hediondo - identifica-se, em todas as suas nuances, com o pronunciamento da Suprema Corte no histórico julgado acima aludido.

## II. Contextualização

Há anos são perceptíveis, em um segmento da jurisdição criminal, os reflexos de uma postura judicial que, sob o afirmado escudo da garantia da independência e da liberdade de julgar, reproduz **política estatal** que se poderia, não sem exagero, qualificar como **desumana, desigual, seletiva e preconceituosa**. Tal orientação, que se forjou ao longo das últimas décadas, parte da premissa equivocada de que não há outro caminho, para o autor de qualquer das modalidades do crime de tráfico - nomeadamente daquele considerado pelo legislador como de menor gravidade -, que não o seu encarceramento.

Em julgamento anterior (Sessão Ordinária da Sexta Turma, de 4/8/2020), ao emitir voto no Habeas Corpus nº 500.080-SP, relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, referi-me, **apenas para exemplificar**, a três casos - HC 579.936, HC 573.724 e RESP 1.837.798 - decididos por mim, monocraticamente, mas que se reproduzem às centenas a cada mês, nos

escaninhos deste Tribunal Superior, todos eles marcados por **circunstâncias idênticas**, a saber:

- I. os três processos referiam-se a apreensão de **pequena quantidade de droga**, os acusados eram primários e portadores de bons antecedentes e não havia **prova de envolvimento** dos réus com atividade ou organização criminosa;
- II. os réus permaneceram presos preventivamente, foram condenados à pena mínima, em regime inicial fechado, e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;
- III. os três casos eram oriundos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a condenação dos sentenciados, inclusive quanto ao regime de pena (fechado) e à não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;
- IV. nos três casos o STJ concedeu ordem de habeas corpus ou deu provimento ao REsp, para permitir aos sentenciados cumprirem a pena em regime inicial aberto e a substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e assim o fez porque, na esteira da jurisprudência pacificada, tanto do STJ quanto do STF, a hipótese é juridicamente classificada como tráfico privilegiado de drogas, que não possui caráter assemelhado a crime hediondo.

Mencionei, então – como temos feito, à exaustão, nos incontáveis habeas corpus que nos chegam com a mesma origem e o mesmo quadro fático – os julgados da **Suprema Corte** que tomaram inquestionável a interpretação dos textos normativos de que tratam tanto o presente  *writ*  como esses três exemplos que, entre tantos outros possíveis, escancaram o que acontece no Estado de São Paulo.

Esses julgados referidos são o **HC n. 104.339**, Tribunal Pleno, DJe 06/12/2012 (que não autoriza prisão preventiva sem a análise concreta dos requisitos do art. 312 do CPP); **HC n. 111.840**, Tribunal Pleno, DJe 17/12/2013 (que afasta a natureza hedionda à figura do tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º da LAD); o **HC n. 97256**, Tribunal Pleno, DJe 15/12/2010 (que declarou inconstitucional a proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, conforme redação do art. 44 da Lei 11.343/2006); e o **HC n. 118.533**, Tribunal Pleno, DJe 19/9/2016 (que impõe tratamento penal menos gravoso a autores do delito de tráfico privilegiado, afastando a caracterização de crime hediondo).

Também fiz alusão à costumeira desconsideração, pela Corte Bandeirante, dos enunciados das Súmulas nº 718 e 719 da Suprema Corte, e da



Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça, que espelham, mais ou menos, a mesma orientação jurisprudencial, a ver:

**Súmula n. 718 do STF:** A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

**Súmula n. 719 do STF:** A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

**Súmula n. 440 do STJ:** É vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito.

Foi mostrado, também, que, pelos dados do Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores – Brasília/DF, a Defensoria Pública de São Paulo em 2019, **dos 11.181 habeas corpus impetrados no STJ, a ordem foi concedida em 6.869 feitos, 61,43% das impetrações**. Mais ainda, aquela Defensoria evidenciou que, **no período da pandemia**, conforme Levantamento do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo, em casos de **reconhecido tráfico de menor monta** (pouca quantidade de drogas, réus com bons antecedentes e sem provas de anterior atividade ilícita e de integração a organização criminosa), **de 64 casos em que Câmaras Criminais do TJSP mantiveram a condenação de acusados por tráfico privilegiado, 53 foram reformados pelo STJ, ou seja, cerca de 82,80% dos pacientes obtiveram decisão concessiva**. (Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/durante-a-pandemia-stj-reformou-65-das-decisoes-do-tribunal-de-justica-de-sp-sobre-trafico-privilegiado-spona-defensoria/>. Acesso em: 26 jul. 2020).

Também, aludi a estudo ainda a ser publicado (*Habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos*, texto no prelo, a ser publicado pela Revista Brasileira de Ciências Criminais), de autoria coletiva (Vinícius Gomes de Vasconcellos, Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina, Caio Salles e Áquila Magalhães Duarte), o qual, mediante análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui que, em 2019, **mais da metade (58%) das concessões referem-se a habeas corpus oriundos do Estado de São Paulo, ratificando “cenário já descrito em pesquisas empíricas sobre a desatenção do Tribunal bandeirante em relação à jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores.”**

Esses dados são a tradução, inequívoca e indesmentível de que o **volume de trabalho das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça, ocupadas em mais de 50% por habeas corpus oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo** (dos 68.778 habeas corpus distribuídos no STJ em 2019, 35.534



vieram daquele Tribunal), em boa parte se resume a simplesmente reverter decisões que, contrárias às súmulas e à jurisprudência das Cortes Superiores, continuam a grassar, crescentemente, em algumas das 16 Câmaras Criminas daquele Tribunal.

O resultado é esse **desgaste permanente**, com **anulação** e/ou **repetição de atos**, que traz inevitável **lesão financeira** ao erário, bem como **insegurança jurídica** e clara **ausência de isonomia** na aplicação da lei aos jurisdicionados.

A constatação, vale dizer, não é exclusiva deste julgador ou da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Além de visitas institucionais feitas por diversos membros da Terceira Seção, bem como do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP), ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se buscou um diálogo para solucionar a questão ora apontada, diversos profissionais do Direito (advogados e acadêmicos) já demonstraram ou criticaram essa postura contra-sistêmica de parte da magistratura de São Paulo.

Como exemplos, citem-se a pesquisa coordenada por Thiago Bottino, da **FGV-RIO** (que já apontava um índice - à época da pesquisa (2008-2012) - de **31,9% de concessão dos habeas corpus oriundos do TJSP no STJ** (Disponível em: [https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/apresentacao\\_he\\_ibccrim\\_-\\_29-agosto-2014.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/apresentacao_he_ibccrim_-_29-agosto-2014.pdf)), e **artigos e opiniões publicadas a esse respeito** (STRECK, Lênio. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/lenio-streck-ministro-schiatti-poe-dedo-ferida>), **Estadão** (Disponível em: <https://opinio.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,o-tjsp-e-os-tribunais-superiores,70003377012>) e **Conjur** (Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-02/opinio-habeas-corpus-sintomas-doencas>).

Neste último texto – *Habeas Corpus: sintomas e doenças* – seus autores (renomados e respeitados advogados) asseriram:

Mas, justamente por ter experiência em questões sensíveis, e por possuir um corpo de desembargadores com conteúdo de cultura jurídica, é importante que a corte bandeirante se debruce sobre os números apresentados pelos ministros do STJ. A insistência em teses contrárias àquelas pacificadas na Corte Superior, em especial quando se trata de negar direitos, notadamente o de liberdade, tem por consequência a impetração dos milhares de Habeas Corpus que sufocam as instâncias superiores, uma vez que é dever do advogado e do defensor público impugnar tais decisões.

### III. Estudo do Instituto CONECTAS e a política do enfrentamento às drogas



Prossigo agora, para, ainda com base em dados, trazer à colação importante estudo feito pelo **Instituto Conectas**, “Conectas Direitos Humanos - Prisão a qualquer custo: como o Sistema de Justiça descumpe decisão do STF sobre penas para pequenos traficantes – 2019”, com acesso disponível no sítio do instituto na web.

Permito-me, pela seriedade do estudo e pela minudência de suas conclusões, transcrever excertos do relatório, em cujo início se destaca que, em 2017, o Conselho Nacional de Justiça mostrou que **30% dos 654.372 presos do país respondem pelo crime de tráfico de entorpecentes, com o detalhe de que, em relação ao público feminino, já em 2018, havia 42.355 mulheres presas, 62% das quais em razão do tráfico de drogas.**

Mas, antes mesmo de analisar esse relatório, importa sublinhar que **o número de pessoas presas sob a acusação de tráfico de drogas tem aumentado exponencialmente** no Brasil, sinalizando o fracasso das políticas públicas e, sejamos francos, também judiciais, de encarceramento em massa desse segmento da criminalidade de rua. De acordo com os dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), enquanto o universo de pessoas encarceradas por tráfico de drogas (47.472) **representava, em 2006, 12,4% do total (383.480)**, em 2014 **esse percentual praticamente dobrou, passando para 23,70%** (147.475 de um total de 622.202 presos). E o mais preocupante é que a quase totalidade desses detentos era – e seguramente ainda o é – formada por pessoas pobres, sem escolaridade alguma, moradoras das periferias dos grandes centros urbanos e majoritariamente negras, o que sugere uma **seletividade do sistema** de segurança pública e de justiça criminal em relação a usuários e comerciantes de drogas.

Em relação ao Estado de São Paulo, com dados da sua Secretaria de Administração Penitenciária, **o número de presos por tráfico de drogas aumentou 508% entre 2005 e 2017**. Trata-se de aumento bem acima do crescimento da população prisional paulista para o mesmo período, que foi de 64%. No quadro nacional, ao menos 200 mil pessoas estão presas por delitos de tráfico de drogas, cerca de **30% dos presos**.

Não se pode deixar, ainda, de levar em conta a existência de um **crecente domínio, em territórios urbanos e nos ambientes carcerários, de facções criminosas**, que recrutam os jovens recém-ingressos no sistema penitenciário, integrando-os a uma irmandade (uma espécie de Maçonaria, como sustenta o sociólogo Gabriel Feltran, autor de *Irmãos – Uma História do PCC*, Companhia das Letras, 2018) a cujas ordens passam a obedecer. O resultado é o crescimento, a profissionalização e a capilarização do tráfico de drogas, dentro e fora dos presídios nacionais.

De fato, a **exposição dos usuários e dos pequenos traficantes ao sistema prisional**, a **impingir-lhes o convívio com criminosos experientes e violentos**, e oferecê-los como mão-de-obra barata e de livre acesso às facções



criminosas que dominam o ambiente carcerário, **não se mostra a alternativa mais inteligente ou racional. E não é tampouco eficaz, pois é notório o crescimento da traficância de drogas nos centros urbanos nacionais, nos quais o pequeno operário do tráfico é facilmente substituído, quando preso, na linha de produção, distribuição e comercialização das drogas, com o recrutamento de mais jovens da periferia, que, ante a ausência de oportunidades e de perspectivas, encantam-se com promessas de ganhos fáceis que a mercancia ilícita de drogas parece proporcionar.**

Releva ainda salientar que, a par dos efeitos deletérios causados pelo uso abusivo ou problemático das drogas, **o tratamento institucionalizado pelo sistema de justiça criminal produz identidade negativa do usuário e do pequeno traficante com o mundo do crime, causando-lhes, amiúde, a exclusão social e familiar, a perda de saúde, a redução de habilidades e potencialidades individuais e o distanciamento do mercado formal de trabalho.**

Dai por que se nota uma tendência entre os definidores de políticas públicas dos países ocidentais, de alterar os rumos dessas diretrizes, visto que o modelo preconizado pelas Convenções da ONU, de 1961, 1971 e 1988, sob a liderança ideológica dos sucessivos governos norte-americanos, nomeadamente a partir da Presidência de Richard Nixon (e sua *war on drugs*), não logrou bons resultados. E é sintomático e curioso perceber que **é precisamente nos EUA que está ocorrendo a mais sensível mudança de rumos na política de enfrentamento das drogas, ao menos em relação à *cannabis*, com a maioria dos estados permitindo o uso medicinal e/ou recreativo dessa droga.**

O que, portanto, constitua um claro objetivo dos tratados internacionais e dos governos em geral – *“a world free of drugs”* – resultou na percepção de que **mais factível é humanizar as políticas relacionadas ao uso de drogas**, sob a premissa de que a preservação da saúde das pessoas envolvidas nesse universo é o que mais importa (em conformidade com a principal conclusão da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2016 (*UNGASS 2016 on the World Drug Problem: focus on people, public health and human rights*)).

Voltando, então, à pesquisa do Instituto CONECTAS, seu objetivo foi o de

“compreender se os juízes que atuam nas audiências de custódia e nas varas de conhecimento levam em consideração a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, nos casos daquelas pessoas que preenchem os requisitos legais, e se desembargadores que firmam o entendimento do Tribunal sobre a execução penal reconhecem a não hediondez na modalidade tráfico privilegiado ao avaliar pedidos de indulto e de progressão de regime para sentenciados nesta modalidade delitiva, concedendo, assim, direitos decorrentes da alteração interpretativa promovida pelo STF. A pesquisa analisou dados coletados a partir de três eixos de



investigação: a) em audiência de custódias nos municípios de São Paulo, Belo Horizonte e Salvador no ano de 2018 em parceria com o IDDD; b) em sentenças de 1ª instância relativas às acusações por tráfico de drogas no município de São Paulo; e c) petições de agravo à execução do Tribunal de Justiça de São Paulo.”

A pesquisa reforça o fato de que **o Estado de São Paulo é responsável por cerca de 50% das prisões por tráfico no país. Em 86% dos casos** verificados, o destino das pessoas acusadas de crimes sobre delitos da Lei n. 11.343/2006 foi a **prisão provisória** e, de 151 processos analisados em janeiro de 2019, 120 foram sentenciados, e **90% dos condenados permaneceram presos durante todo o processo.**

**Em 100% dos casos houve apreensão de drogas no momento da prisão em flagrante do acusado:** foram 129 casos com maconha apreendida, 75 com crack e 117 com cocaína e “em apenas 13 casos, do total de 151, houve a apreensão de arma de fogo, o que aponta que este é um crime que, via de regra, não envolve violência armada”. A média do valor de notas apreendidas com os autuados foi de R\$ 383,00, mas em 21 casos não houve sequer a apreensão de dinheiro no momento do flagrante, “o que demonstra a inserção tímida dessas pessoas na pirâmide do mercado de drogas: são pequenos comerciantes de drogas que movimentam valores irrisórios diante do volume de movimentações complexas do mercado de drogas.”

#### **IV. Desconsideração rotineira ao entendimento do Supremo: Flagrante ilegalidade das prisões provisórias e dos indeferimentos dos pedidos de indulto**

Dado importante, destacado na pesquisa do CONECTAS, é que, dos 120 casos já sentenciados à época da coleta de informações, **em 53% houve o reconhecimento do privilégio.** Ou seja, houve na fase final do processo o reconhecimento e a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4, da LAD. **Da análise dos 64 casos em que se reconheceu, ao final, o privilégio legal, em 59 deles o acusado permaneceu detido até a sentença, e na maior parte dos casos (40), o regime imposto foi o fechado.** Entre os que receberam na sentença o regime fechado, a expressiva maioria (38 de 40 pessoas) não pôde recorrer em liberdade.

Outro aspecto de suma importância a sublinhar é que os 43 casos de pessoas em relação às quais foi aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da LAD “**ilustram como uma boa parte dos sentenciados preenchia requisitos legais que deveriam ter sido observados desde a fase inicial do processo, nas audiências de custódia. Isso porque os critérios subjetivos subsistiram e foram reconhecidos na sentença.** E, se nesses 43 casos os quais se reconheceu a ocorrência da causa de diminuição de sanção, a qual



ficou abaixo dos 4 anos de reclusão, pode-se inferir que, salvo por algum motivo efetivamente válido e expressamente declinado – que não a própria natureza ou gravidade abstrata do crime, ou opiniões metajurídicas (repulsa social, efeitos nocivos das drogas etc), não admitidos como idôneos pelo STF e pelo STJ – **essas pessoas deveriam ter recebido penas em regimes menos gravosos (aberto ou, excepcionalmente, semiaberto), o que não ocorreu na maior parte dos casos.**

Dessa forma, conclui o estudo,

“ainda que a decisão do STF no HC 118.533 tenha sido o reconhecimento do tráfico privilegiado como um crime comum, afastando-se a hediondez dos casos em que há aplicação da causa de diminuição do parágrafo 4º do art. 33, com a presente pesquisa verifica-se que juízes de primeira instância, em São Paulo, continuam aplicando tratamento desproporcional ao delito, em comparação com outros delitos sem violência de igual pena.” A ilação que se extrai da pesquisa, quanto a esse aspecto, é de que “a gravidade abstrata do delito pesa ainda no imaginário do sistema de justiça, mesmo quando todas as dimensões legais negativas direcionadas à pessoa envolvida no transporte de drogas – concretas ou simbólicas – já foram desconstruídas pela jurisprudência, sendo a hediondez a última delas”.

A par da já consolidada e antiga jurisprudência no sentido de afastar a natureza hedionda (por equiparação) do delito cognominado *tráfico privilegiado*, também é, a partir da vigência da Lei n. 13.964/2019 (24 de janeiro de 2020), uma **determinação legal**, haja vista a nova redação dada ao art. 112, § 5º, da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), que assim passa a dispor: “§ 5º **Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.**”

A pesquisa do CONECTAS também destaca julgamentos de Agravos em Execução sobre pedidos de indulto e progressão de regime para condenados por tráfico privilegiado. Com base na análise desses recursos, julgados em segunda instância do TJSP, no mês de agosto de 2018, pelas 16 Câmaras Criminais do Tribunal Paulista, constatou-se que, **dos 96 agravos de execução penal apreciados por desembargadores, em 44 o requerente era o apenado e em 52 o requerente era o Ministério Público.**

E aí releva sublinhar outro dado preocupante, assinalado na pesquisa, *in verbis*:

A prevalência de pedidos pelo Ministério Público, **sempre no sentido de dificultar a saída de pessoas do cárcere**, pautados na hediondez do delito em questão, demonstra que a **posição institucional do parquet é, em algumas situações, pela desconsideração da jurisprudência das cortes superiores,**

mesmo que os juizes locais comecem a aplicar as teses no cotidiano. Em linhas gerais, nos 96 casos julgados no mês de agosto de 2018, em 70 houve uma opção clara pela hediondez do tráfico privilegiado, a despeito do posicionamento do STF e do STJ.

Certo é que a análise feita pelo CONECTAS demonstrou que, das 16 Câmaras criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, apenas 4 parecem seguir, no particular, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de maneira costumeira. Em outras 5 Câmaras, embora a jurisprudência seja desconsiderada na maioria dos casos analisados, apareceram algumas divergências, e em 7 câmaras criminais, não houve registro de acórdão, sobre essa temática (tráfico privilegiado), com a aplicação da atual jurisprudência das cortes superiores.

A explicação mais recorrente para a continuidade do entendimento pela hediondez é a ausência de força vinculante nos casos analisados pelo STF e pelo STJ. A vasta maioria dos julgados que foram por este caminho reconhece a existência da jurisprudência dominante das Cortes Superiores, mas em relação a ela não se sensibiliza, deixando muito claras interpretações pessoais sobre a gravidade abstrata do delito (muito embora se trate de delito com pena mínima de apenas 1 ano e 8 meses), a resultar, por conseguinte, em tratamento idêntico ao dispensado a autores de tráfico de entorpecentes de grande vulto, não alcançados pela minorante do art.33, § 4º da Lei n. 11.343/2006.

Alguns julgados – prossegue o relatório – “são expressos em sua afronta à jurisprudência dominante das cortes superiores, tecendo palavras fortes contra a evolução interpretativa e constituindo, dentro da sua esfera de poder, um espaço blindado contra o tratamento proporcional aos condenados por tráfico de drogas, em qualquer grau.”

A conclusão é inevitável: “É inconcebível, sobretudo na sistemática do novo Código de Processo Civil, manter pessoas presas de maneira sabidamente rechaçada pelas cortes superiores. Se há conhecimento explícito de que o caso encontraria desfecho contrário (e mais benéfico) em grau de recurso – por se tratar, todos os casos, de mera interpretação legal –, a questão é meramente de acesso à justiça; quem possui recursos materiais suficientes pode usufruir de tratamento adequado; quem não possui, é mantido no cárcere de maneira sabidamente ilegal.

V. Exemplos de casos julgados pelo E. TJSP e a trágica realidade [ou situação atual] dos condenados pelo crime de tráfico privilegiado que cumprem pena no regime fechado ou no semiaberto

O propósito da pesquisa – e, também, o objetivo deste voto, como já externado em pronunciamentos anteriores que fiz, em âmbito jurisdicional e em âmbito acadêmico – **não é generalizar**, mas apontar uma prevalência muito grande desse **pensamento negacionista da validade e da utilidade do sistema de precedentes** no âmbito de um setor da Justiça Criminal brasileira. Por isso, o relatório destaca – como, aliás, **o fez também o Ministro Sebastião Reis Júnior**, ao julgar o HC nº 500.080 (acompanhado à unanimidade pelos demais ministros do colegiado, **Laurita Vaz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha**) – que há desembargadores (e, por certo, a maior parte dos juízes estaduais), que, mesmo divergindo do entendimento dos tribunais superiores, com possível registro de ressalva de sua opinião pessoal, responsabilmente seguem a orientação já consolidada, **em nome da segurança jurídica e da isonomia de tratamento entre os jurisdicionados**.

Um dos exemplos vem da **Nona Câmara Criminal**:

Diante de tal quadro, esta Câmara Criminal, revendo posicionamento anterior, optou por também se alinhar à recente orientação adotada nas Cortes Superiores, de modo a assinalar o contorno “menos gravoso” do tráfico na forma “privilegiada”, solução sensata à luz do desenfreado crescimento de demandas repetitivas, a par de abonada a providência pelo disposto no artigo 926, “caput”, do novo Código de Processo Civil, aplicado à sistemática processual penal de modo suplementar, consoante artigo 3º da Lei Adjetiva Penal (aqui mais uma vez ressalvada a orientação diversa do Relator no tocante à imprescindibilidade do tratamento mais rigoroso imposto ao traficante de uma forma geral ou sem exceção). Destarte, em atenção ao anseio pela segurança jurídica decorrente da aparente uniformização da jurisprudência, mantém-se a fração observada em primeiro grau a mesma aplicada aos crimes “comuns” (de um sexto) - para o cômputo do interstício relativo à progressão de regime prisional da 1ª execução, a despeito da condenação decorrer do tráfico de entorpecente. (Nona Câmara Criminal, Agravo em execução nº 7000451-94.2018.8.26.0576. Relator Desembargador Farto Salles. Julgado em 30 de agosto de 2018).

No mesmo sentido, esta decisão da **Décima Câmara Criminal**:

Porém, não é possível, na área penal, a extensão de restrições não expressas, tanto mais em contrariedade a permissivos claros do próprio Decreto. De toda a sorte, para esta Corte vige o art. 97 da Constituição Federal (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato



normativo do Poder Público”). Isso, neste Estado, ainda não ocorreu; e como não vejo inconstitucionalidade flagrante no Decreto (não me animando, portanto, a remeter os autos ao Egrégio Órgão Especial), o recurso tem de ser provido. Anoto que a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal que decidiu pelo caráter não hediondo do tráfico privilegiado não tem, é certo, caráter vinculante; porém, foi tomada em plenário, e em caso gravíssimo (sete quilos de cocaína, ou algo assim). A segurança jurídica é fundamental em qualquer democracia, e um dos aspectos mais valorizados por velhos conservadores, como eu; assim, evitar o fiteio jurisprudencial hoje imperante em nosso País parece-me da maior importância muito mais fundamental que manter na cadeia (ou em “serviços comunitários”) pequenos traficantes. (Décima Câmara Criminal. Agravo em execução nº 0002944-52.2018.8.26.0322. Relator Desembargador Francisco Bruno. Julgado em 30 de agosto de 2018)

Feita essa ressalva, reporto-me às conclusões extraídas desse importante estudo do Instituto CONECTAS, que corroboram o que se depreende da simples análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Com base em convicções pessoais sobre a gravidade abstrata do delito, **a individualização da pena é sistematicamente afastada pela alta cúpula do judiciário paulista**, reformando inclusive as posições de alguns juizes locais, que percebem melhor as necessidades do sistema penitenciário. Ao mesmo tempo, as fundamentações empregadas demonstram que, a despeito do posicionamento pessoal dos julgadores, caso a primeira Súmula Vinculante sobre temas de drogas seja aprovada, a evolução jurisprudencial poderá alcançar significativamente a população prisional brasileira.

Tudo isso para corroborar uma **trágica realidade** que o presente habeas corpus informa, **comprovada documentalmente** pela Defensoria Pública de São Paulo – a partir de dados da **Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (transmitidos em 27 de março de 2020 à Defensoria Pública de SP)** – no sentido de que **cumpriam pena, em regime fechado, nos estabelecimentos penais paulistas, 1.018 homens e 82 mulheres, condenados à pena mínima de 1 ano e 8 meses de reclusão**, mas que, simplesmente por serem carimbados pelo *nomen juris* do tipo penal que justificou a condenação, viram-se **privados de benefícios ou direitos** que a lei lhes confere (regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos). Veja-se a tabela abaixo (fl. 149):



| Regime     | 2020    |            |                     |       | 2021    |            |                     |       | TOTAL |
|------------|---------|------------|---------------------|-------|---------|------------|---------------------|-------|-------|
|            | FECHADO | SEMIABERTO | Medida de Segurança | TOTAL | FECHADO | SEMIABERTO | Medida de Segurança | TOTAL |       |
| CCREVALI   | 20      | 17         | 0                   | 37    | 7       | 1          | 0                   | 8     | 103   |
| Semiaberto | 67      | 11         | 0                   | 78    | 52      | 0          | 0                   | 52    | 238   |
| Disto      | 295     | 75         | 0                   | 370   | 6       | 2          | 0                   | 8     | 377   |
| Novidade   | 419     | 79         | 0                   | 498   | 7       | 6          | 0                   | 13    | 509   |
| Control    | 320     | 51         | 0                   | 371   | 7       | 1          | 0                   | 8     | 224   |
| DS         | 8       | 0          | 0                   | 8     | 0       | 0          | 0                   | 0     | 0     |
| TOTAL      | 1038    | 258        | 0                   | 1296  | 82      | 90         | 0                   | 172   | 1.438 |

Essa informação, trazida em aditamento à impetração, reporta-se a **homens e mulheres** que, mesmo com o expresso reconhecimento de que não possuem antecedentes penais, e mesmo sem evidências de que integram organização criminosa ou que exercem atividade delitiva, **permaneceram presos durante o processo, foram condenados à pena mínima prevista para o crime de tráfico privilegiado, de 1 ano e 8 meses – ou, quando muito, a uma pena menor que 4 anos de reclusão –, tiveram negado o direito de recorrer em liberdade, tendo a apelação confirmado a sentença condenatória, com não apenas a manutenção do regime inicial fechado como também a não conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.**

São **1.100** jovens (1018 homens e 82 mulheres, a maioria, certamente, jovens) **encarcerados** há meses por crime que, como exaustivamente demonstrado até aqui, não poderiam levá-los a permanecer presos, mormente **após as respectivas sentenças que lhes reconheceram a reprovabilidade mínima** em relação ao crime de tráfico de drogas. Crime grave, sim; merecedor de pena, sim; mas nos limites da estrita legalidade.

Somem-se a eles outros **258 homens e 80 mulheres** que receberam o regime **semiaberto** e que, a depender da análise individual a ser feita, **poderiam já iniciar a pena no regime aberto**, se permaneceram presos durante o processo e não obtiveram a detração penal no decreto condenatório.

A menos que cumprem pena por outro motivo, são pessoas que se encontram indevidamente recolhidas ao precário sistema penitenciário, onerando ainda mais a sociedade, que poderia se beneficiar com serviços comunitários, houvessem as respectivas penas sido convoladas em restritivas de direito.

Já é antigo – posto que atual – o pensamento de Montesquieu, segundo quem “Todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico.” Tal pensamento ainda busca sua afirmação, tal qual o que expressou Cezaria Beccaria, em seu livro seminal (*Das delittas e das penas*, 2. ed. São Paulo:RT, 1997, p.87), no qual pregou que “um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade [...]”. Sobre as penas, o célebre Marquês anotou que “não devem as penas ser



somente proporcionais entre si e aos delitos, em intensidade, apenas, mas também no modo de aplicação” (op. cit., p. 100).

#### **VI. Racionalidade punitiva: predicativo insito a um Estado Democrático de Direito**

O que se pratica, em setores da jurisdição criminal paulista, se distancia desses postulados, **ao menos no que diz respeito aos processos por crime de tráfico de entorpecente na sua forma privilegiada**, em que a proporcionalidade legislativa – punir com a **quantidade** de pena correspondente à gravidade da conduta, mas também na sua **espécie** e em seu **regime** de cumprimento – é desfeita judicialmente.

Isso porque, mais uma vez se diga, não obstante aplicada a minorante do § 4º do art. 33 da LAD, justamente porque se trata de crime de **tráfico privilegiado** – cuja resposta penal há de ser, por óbvio, quantitativamente bem menor do que a de outras modalidades de mercancia ilícita de drogas – impõe-se ao sentenciado o cumprimento da pena inferior a 4 anos, em regime fechado, e não se substitui a privação de liberdade por restritiva de direito, o que dá a tal hipótese o mesmo rigor punitivo de um integrante de organização criminosa que comercializa grande quantidade de drogas.

A individualização da sanção penal (alçada a direito fundamental, inscrito no art. 5º, XLVI da Constituição da República) não se limita à quantidade da pena; o seu regime e a modalidade da reprimenda imposta também compõem essa ideia, que carrega em si a **proporcionalidade** da reprimenda. Se o Código Penal determina que abaixo de 4 anos de reclusão **o regime inicial há de ser o aberto** (art. 33, § 2º, e – “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”, sendo oportuno lembrar que o vocábulo “poderá”, em Direito Penal, costuma ser interpretado como um direito do indivíduo) e **permite substituir a privativa de liberdade por restritiva de direitos** (art. 44 do CPB), por qual razão se impõe o mesmo regime de pena que, ex vi lege, se costuma impor somente a quem é condenado a mais de 8 anos de pena, ou a reincidentes ou portadores de circunstâncias desfavoráveis?

E, ao ler as decisões que nos chegam diuturnamente, encontramos justificativas de toda ordem para não arbitrar o regime aberto ao réu condenado por crime de tráfico, mesmo na sua forma privilegiada, como, v.g.: “não se pode tratar com tamanha benevolência aqueles que por cupidez ou outra razão de igual vileza resolvem ganhar a vida desgraçando a dos outros”; “crime de tráfico é um câncer da sociedade”; “diante das funestas consequências da disseminação das drogas, a resposta penal deve ser minimamente representativa”; “o lucro fácil e a desestabilização familiar e social deixam franqueada a insuficiência da substituição punitiva”; “a Lei 11.343/06 tem um inequívoco espírito de aumentar a repressão ao tráfico de drogas”; “o Judiciário precisa responder com rigor a essa



chaga social”; “a sociedade clama por respostas enérgicas a esse tipo de crime” etc etc etc.

Essas afirmações – ainda que possam representar uma trágica realidade, ante as funestas consequências sociais do crime de tráfico de entorpecente – não podem servir indicação de uma assumida parceria judicial no combate à criminalidade, sob pena de avocar o magistrado papel que não lhe compete.

Com muita felicidade, o **Ministro Nefi Cordeiro**, em voto célebre proferido neste Colegiado, ressaltou que “**Juiz não enfrenta crimes, juiz não é agente de segurança pública, não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação [...]**” (HC n. 509.030/RJ, Rel. Ministro Antônio Sakdanha, 6ª T., DJe 30/5/2019).

**Se a lei é benevolente com algum tipo de crime, cabe ao Congresso Nacional**, legitimado pelo voto popular, **modificar a lei** (sempre sujeita, evidentemente, ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal). **Essa tarefa não é do julgador**, de quem não se pode, assim, esperar o uso de retórica e de discursos metajurídicos de matiz ideológico ou moral em suas decisões, invocados para contornar, aparentemente com argumentos jurídicos, os limites impostos pela lei penal e pela jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. Tribunais que, pela Constituição da República, têm a especial competência para **interpretar e uniformizar a lei federal e a Constituição em última instância**, ante idênticas situações fáticas, de modo a assegurar “unidade e estabilidade da ordem normativa, por meio dos precedentes judiciais, como método de tutela dos valores da segurança jurídica, igualdade e liberdade” (Sérgio Cruz ARENHART; Paula Pessoa PEREIRA. *Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?*. Revista de Processo Comparado, 2019 v. 5 n. 10 jul./dez).

Não é outro o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, ao defender que:

A segurança jurídica, postulada na tradição do civil law pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do common law, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio inspirador do stare decisis, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (treat like cases alike) (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99).

Não condiz com a racionalidade punitiva insita a um Estado Democrático de Direito que a qualquer autor de tráfico de drogas, e por tal



exclusiva circunstância episódica, se imponha, mesmo àqueles que tiveram todas as circunstâncias judiciais e legais reconhecidas a seu favor, o cumprimento de sua pena em estabelecimento penal, em regime fechado, e sem direito a qualquer alternativa despenalizadora, como expressamente determina a lei.

Semelhante proceder conta, certamente, com apoio em alguns setores mais radicais da população, máxime nesses tempos em que grassam sentimentos de ódio, de intolerância e de julgamentos sumários, que nos fazem lembrar do *leitmotiv* desses segmentos, referido por Wacquant (“*lock'em up and throw away the key*” - “tranque-os e jogue fora a chave”) (WACQUANT, Loïc. *Para os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 75).

Mas não há de ser esse o **proceder de agentes do Estado a quem se confia o exercício da nobre função de dizer o Direito**, algo que, no âmbito da jurisdição criminal, que expressa o poder punitivo estatal, **reclama dose ainda maior de serenidade e ausência de preconceitos de quem julga**, ante o alerta de que “se o que se pretende é injetar violência por parte do Estado, o que se consegue é aumentar essa conflituosidade e seus períodos de duração” (BINDER, Alberto. *Derechos humanos y garantías procesales*. In *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 118).

#### VII. Do respeito aos precedentes qualificados

A propósito, aliás, de atributos da Magistratura, é fundamental assentar que, quando se postula a coerência sistêmica na aplicação dos precedentes qualificados, definidos pelas Cortes de Vértice, **não se busca, de modo algum, engessar a figura do juiz, e muito menos ferir sua independência e liberdade para julgar**. Bem observam Arenhart e Pereira que:

[C]onquanto o precedente seja uma regra de limitação do raciocínio jurídico, em razão do seu caráter normativo e da autoridade das decisões anteriores (em regra, oriundas de Cortes Superiores), isso não implica afirmar que o juiz de hierarquia inferior esteja sempre sem oportunidade de desenvolver o direito. Este desenvolvimento deve ser feito por meio de argumentos persuasivos, a partir da identificação do precedente, de modo a possibilitar ao juiz afirmar que o caso em análise possui características fáticas e jurídicas distintas relevantes a justificar que o contexto argumentativo não está abarcado pelo precedente” (ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa Pereira. *Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?* Revista de Processo Comparado, 2019 v. 5 n. 10 jul./dez).



**Cobrar respeito aos precedentes não implica dizer que são eles imutáveis.** O Direito é sempre, como qualquer ciência, sujeito a evolução ou, ao menos, a novas interpretações. Afinal, “A mudança é conatural ao Direito, que vive na cultura e na historicidade” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78).

Sempre será, assim, possível submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, dar-lhe novos contornos, por meio de alguma peculiaridade que distinga a situação fática que lhe deu suporte (*distinguishing*), ou, então, por meio da sua superação, total (*overruling*), ou parcial (*overturning*), se a Corte que fixou o precedente demonstrar que se tornou obsoleto, injusto ou incorreto, ou que é inexecutível na prática.

Aliás, para quem, eventualmente, venha a acusar o Superior Tribunal de Justiça de decidir em desacordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, talvez se apegue ao fato de que há ainda posicionamentos distintos em relação aos vários órgãos fracionários dessas duas Cortes de Vértice, o que é normal. Porém, sempre que se identifica, no STJ, uma orientação firme e estável do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao que o Tribunal da Cidadania sustenta, apressamo-nos a ajustar nosso entendimento – se a questão, em última análise, tem natureza constitucional – ao do STF.

Exemplifico com duas situações bem conhecidas, uma delas, aliás, é a que subjaz ao que ora se debate neste *writ*: a natureza privilegiada do tráfico de entorpecentes positivado no art. 33, § 4º da LAD.

Com efeito, tinha o STJ estabelecido – inclusive por meio de súmula de jurisprudência – que se tratava de hipótese de crime assemelhado aos hediondos, com os respectivos rigores penais. Quando, porém, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por sua composição plena, que, na verdade, o crime em apreço não podia ser equiparado aos hediondos, a Terceira Seção anulou a Súmula 512, e reviu a tese do Tema 600 dos recursos repetitivos, alinhando-se ao STF.

Mais recentemente, também houve, por parte da Terceira Seção, revisão de sua jurisprudência, nomeadamente a que era objeto do Tema 157 dos recursos repetitivos, de modo a, seguindo a nova orientação do STF, passar a tomar como referência, na aplicação do princípio da insignificância para os crimes tributários federais e de descaminho, o teto de R\$ 20.000,00 do valor da sonegação fiscal, considerando os novos parâmetros fixados pelas Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda.

Obviamente, divergências de entendimento existem e continuarão a existir – máxime em um tribunal com movimentação de centenas de milhares de processos anuais – mas não por uma deliberada intenção de não acatar a interpretação alcançada, de modo reiterado e pela composição plena da mais alta Corte do país, sobre determinada questão jurídica.



Creio se possa dizer, uma vez mais, que, **diante da mesma situação factual – tráfico de pequena monta, agente primário, sem antecedentes penais, sem prova de vínculo com organização criminosa e de exercício de atividade criminosa** (que não seja, é claro, a específica mercancia ilícita que lhe rendeu a condenação) – há de reconhecer-se que:

1. A Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), em seu art. 112, § 5º (com a redação que lhe conferiu a Lei nº 13.964/2019) é expressa em dizer que “§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006”;

2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores – quer por meio de súmulas (verbetes n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ), quer por meio de julgamentos proferidos pela composição Plena do Supremo Tribunal Federal, seguidos por inúmeros outros julgamentos da mesma Corte e do STJ – é uníssona e consolidada no sentido de que:

2.a. Não se pode impor regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito e sem a idônea motivação, que não seja decorrente da mera opinião do julgador;

2.b. O condenado por crime de tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a pena inferior a 4 anos de reclusão, faz jus a cumprir a reprimenda em regime inicial aberto ou, excepcionalmente, em regime inicial semiaberto, desde que por motivação idônea, que não derive da mera natureza do crime, de sua gravidade abstrata ou da opinião pessoal do julgador (art. 33 c/c art. 59 do Código Penal e art. 42 da LAD);

2.c. O condenado por crime de tráfico privilegiado, nas condições e ressalvas da alínea anterior, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme os critérios do art. 33 do Código Penal (e ante o afastamento, por ser inconstitucional, da vedação do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, ex vi da Resolução nº 5 do Senado Federal, decorrente do julgamento do HC 97.256, pelo STF);

2.d. O acusado de crime de tráfico privilegiado – e tal acusação deveria, se responsável, não ser apenas uma conveniente opção de eventual desclassificação de uma conduta que, *ab initio*, já se antevê não corresponder ao tráfico positivado no caput do art. 33 da LAD – não pode permanecer preso preventivamente, após

a sentença (ou mesmo antes, se já caracterizada a ocorrência da minorante legal), porque:

2.d.1. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – e copiosa jurisprudência das Cortes Superiores – afastou a vedação à liberdade provisória referida no art. 44 da LAD;

2.d.2. Não é cabível prisão preventiva por crime punido com pena privativa máxima igual ou inferior a 4 anos (art. 313, I do Código de Processo Penal);

2.d.3. O tempo que eventualmente tenha permanecido preso deverá ser computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (art. 387, § 2º do CPP), o que, a depender do tempo da custódia e do *quantum* da pena arbitrada, implicará imediata soltura do sentenciado, se fixado o regime inicial semiaberto (dado que, como visto, não se mostra possível a inflicção de regime fechado ao autor de tráfico privilegiado).

Essas são, portanto, as diretrizes que devem ser seguidas por juízes e tribunais de todo o país - e prevalentemente o são - por decorrerem de precedentes qualificados das Cortes Superiores (súmulas de jurisprudência, julgamentos pelo Tribunal Pleno do STF, recursos especiais julgados sob o rito dos recursos repetitivos do STJ, e extraordinários, em repercussão geral, pelo STF), sobre **questões jurídicas assentadas a partir da mesma situação fática**, sempre ressalvada, naturalmente, a eventual indicação de peculiaridades do caso examinado, a permitir, mediante idônea e responsável motivação, distinguir a hipótese em julgamento da que fora decidida nos referidos precedentes.

#### VIII. O papel do Ministério Público na defesa da ordem jurídica em situações de flagrante ilegalidade

Impõe mencionar, ainda, o importante papel que deve desempenhar o Ministério Público no regular desempenho de suas relevantes funções como órgão estatal responsável pela persecução penal em juízo, provocando a jurisdição para o exame da pretensão punitiva formulada em uma denúncia.

Nesse sentido, o Ministério Público, **a par da função exclusiva de exercitar a ação penal pública, é também constitucionalmente incumbido da "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"** (art. 127, caput, da C.R.), devendo sua atuação pautar-se por **critérios de objetividade, compromissado, pois, com o direito (*custos iuris*) e com a verdade (*obbligatio di veritá*, conforme LUIGI P. COMOGLIO e VLADIMIRO ZAGREBELSKY, *Modelo accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*.**



Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano: Giuffrè, ano 36, fasc. 2 – aprile-giugno/1993, p. 484).

Logo, a **acusação formulada pelo Ministério Público há de consubstanciar uma imputação responsabilmente derivada da realidade fático-jurídica** evidenciada pelo simples exame do inquérito policial, muitas vezes já indicativa de que não se cuida de hipótese de subsunção da conduta do agente ao crime de tráfico de drogas positivado no *caput* do art. 33 da LAD.

#### IX. O caso concreto

Na espécie, a Corte estadual assim fundamentou a manutenção do regime fechado ao paciente **João Faustino Neto**, verbis:

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade de entorpecentes. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack) também indica maior reprovabilidade, visto que tais entorpecentes possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal. (fls. 38-39, destaque)

Como visto, no caso em exame, embora a pena-base haja sido fixada no mínimo legal, o paciente seja primário, o *quantum* da reprimenda tenha se definido em patamar inferior a 4 anos, haja sido reconhecido o privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o “traficante ocasional” –, **o regime inicial fixado foi o fechado, com base na afirmada gravidade do crime**, pautado na apreensão de drogas mais perniciosas aos usuários.

Contudo, a gravidade excepcional do delito não se sustenta, visto que o crime foi praticado em circunstâncias não desbordantes da caracterização da própria figura delitiva em apreço e, embora apreendidas cocaína e crack, a quantidade total da droga, ao contrário do que afirmado, não foi relevante – **2,7 g de cocaína e 2,9 g de crack**.



Portanto, a justificativa fincou-se, como visto, em fundamentos não idôneos para a imposição de regime inicial mais gravoso, consoante disposto nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

Assinalo, novamente, que, **além das circunstâncias serem todas favoráveis ao réu, ele é primário e não tem antecedentes penais.** Cabível, assim, o **regime aberto.**

No que tange à pretendida **substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos**, infere-se dos autos que o paciente ficou preso por tempo suficiente a evidenciar que a aplicação da benesse seria mais gravosa nesse momento – a sentença condenatória, proferida em 22/9/2019, vedou o recurso em liberdade (fl. 22) e a liminar deferida pela Presidência desta Corte estabeleceu provisoriamente o regime aberto em 20/6/2020 (fl. 44).

Assim, considero que deve a ordem ser concedida apenas para colocar o paciente no regime inicial aberto.

E, no que diz respeito a todos os presos que se encontrem em igual situação – conforme indicado no aditamento à inicial – o constrangimento ilegal deve gerar igual solução.

**É estarrecedor pensar que centenas, ou talvez milhares, de pessoas possam estar presas em estabelecimentos penitenciários em razão dessa anomalia interpretativa.** E a urgência da situação - consideravelmente agravada pela severíssima crise sanitária decorrente da pandemia do novo coronavírus, que já **matou 105 pessoas no sistema penitenciário brasileiro**, até a data de 4/9/2020 (segundo dados do DEPEN – Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMINDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>) exige a adoção de medidas de cunho mais amplo, de modo a minimizar esse quadro, conforme, aliás, sinaliza a **Recomendação n. 62, do Conselho Nacional de Justiça.**

Como oportunamente trazido à baila em texto referido neste voto, assinado por diversos profissionais do Direito,

**Um dia de privação de liberdade jamais poderá ser substituído. O nobre advogado do paciente diz que só Deus pode reparar essa transitória perda da liberdade. Nem Deus, porém, pode fazê-lo. É a única coisa que Deus não pode fazer, tornar 'desacontecido' aquilo que já aconteceu. Deus nos pode ferir de amnésia, para que esqueçamos o fato, como pode acrescer de um dia livre a vida do prejudicado, mas não pode suprimir no passado o dia de privação da liberdade (*Memoria Jurisprudencial*, Nelson Hungria, STF, p.336).**

#### X. Dispositivo

À vista de todo o exposto, **concedo a ordem de habeas corpus, para:**

**1. Em relação ao paciente JOÃO FAUSTINO NETO, fixar o regime aberto como modo inicial de cumprimento da pena.**

**2. Em relação aos presos que se encontrem em situação igual (condenados, por delito de tráfico privilegiado, a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado), conforme informação da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, determinar aos respectivos juizes das Varas de Execução Penal competentes e responsáveis pela execução das sanções dos internos que procedam à mudança do regime de pena para o aberto.**

**3. Em relação aos presos condenados, por delito de tráfico privilegiado, a penas menores que 4 anos de reclusão – salvo os casos do item anterior – determinar que os respectivos juizes das Varas de Execução Penal competentes e responsáveis pela execução das sanções dos internos reavaliem, com a máxima urgência, a situação de cada um, de modo a verificar a possibilidade de mudança do regime inicial em face de eventual detração penal decorrente do período em que tenham permanecido presos cautelarmente.**

**4. Aos condenados que atualmente cumprem pena e aos que vierem a ser sancionados por prática do crime de tráfico privilegiado, determinar que não se imponha – devendo haver pronta correção aos já sentenciados – o regime inicial fechado de cumprimento da pena.**

O cumprimento desta ordem de Habeas Corpus – inclusive para que se providencie, perante os respectivos juizes, a imediata expedição de alvarás de soltura aos presos que, beneficiados pelas medidas ora determinadas, não estejam presos por outros motivos – caberá ao em. Desembargador Guilherme G. Strenger, Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.



## BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

### CONTRIBUCIONES DE LA DPU- DEFENSORÍA PÚBLICA DE LA UNIÓN DE BRASIL.

- 1) **Título: Seguridad alimentaria de las comunidades quilombola y pueblos de matriz africana en el estado de Rio Grande do Sul (RS-Brasil) durante la pandemia Covid-19.**

#### Síntesis del Fallo

Se trata de una decisión judicial que concedió parcialmente una solicitud de protección urgente para permitir la concesión de alimentos básicos a las Comunidades y Pueblos quilombola de matriz africana de RS, sobre la base del art. 300 del Código Procesal Civil (CPC), dado en caso de agravación del instrumento (5034060-61.2020.4.04.0000) interpuesto ante una resolución dictada en el Evento 57 del caso original - 5025635-85.2020.4.04.7100. Durante la Pandemia COVID-19, a lo largo de 2020, varios representantes de comunidades quilombola y pueblos de matriz africana de RS se pusieron en contacto con el Defensor Regional de Derechos Humanos (DRDH) de la DPU-RS con el fin de buscar ayuda en la obtención de alimentos básicos para las comunidades, dada la flagrante omisión de los órganos responsables, como la Fundación Cultural Palmares. El 04/19/2020, el DRDH-RS instituyó una Acción Civil Pública a fin de garantizar el acceso de estas comunidades a las canastas básicas necesarias para su supervivencia durante la pandemia, según lo dispuesto en el Proceso de Asistencia Jurídica (PAJ) Colectivo 2020/026-01492. Se concedió la concesión de protección provisional por parte de la DPU, con el consentimiento de la Fiscalía Federal (MPF).

#### Resumen de los hechos

En diciembre de 2020, el Juez del Tribunal Regional Federal 4 (TRF4), Dr. Rogério Favreto, concedió en parte la solicitud de protección urgente para determinar sobre el terreno, conjunta y solidariamente, el deber de suministro y registro de alimentos de las comunidades quilombola y los pueblos tradicionales de origen africano en el estado de Rio Grande do Sul, de conformidad con la solicitud.

**2) Título: Las personas con causas penales pendientes de decisión no pueden tener impedido el acceso al Fondo Emergencial, instituido en el contexto de la Covid-19.**

**Síntesis del Fallo**

Se trata de una resolución judicial que concedió parcialmente una solicitud urgente de tutela para permitir la concesión de Ayuda de Emergencia a personas con asuntos penales supuestamente pendientes, basadas en los artículos 294 y 300 del Código Procesal Civil (CPC), así como la Ley N° 13.982/2020, expedida en caso de agravación de un instrumento interpuesto ante una resolución dictada en el caso 89 de los documentos originales. Durante la Pandemia COVID-19, durante 2020, varias personas enfrentaron dificultades para que se aprobara el Fondo Emergencial del Gobierno Federal debido a *presuntos problemas* penales pendientes, con su condición de restringida a pesar de aprobar la recepción del Fondo Emergencial. El 03/07/2020 el Defensor Regional de derechos Humanos de la DPU - RS inició acción pública civil para garantizar el acceso al beneficio de emergencia de las personas que se enfrentaban a este problema y buscó la DPU, tal y como lo establece el Proceso de Asistencia Jurídica (PAJ) Colectivo 2020/026-02458, sumado al logro de los PAJs individuales que llevaron a su apertura. Se concedió la concesión de la tutela provisional por parte de la DPU, con el consentimiento de la Fiscalía Federal (MPF), que fue parcialmente concedida el 19/10/20 por el 2° VF de Porto Alegre.

**Resumen de los hechos**

En diciembre de 2020, la Exma. magistrada del Tribunal Regional Federal 4 (TRF4), Dra. Marga Inge Barth Tessler, concedió en parte la solicitud de protección urgente para determinar las *res* que, en el plazo de veinte días, completan el análisis de las solicitudes aún no finalizadas, por ser un preso o encarcelado en régimen cerrado en las bases de datos del Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN), informar a las bases de datos utilizadas para evaluar si el solicitante de la prestación de ayuda de emergencia está o no cumpliendo una condena restrictiva de libertad en régimen cerrado, así como permitir que la DPU, en la forma establecida en el ACTO N° 41/2020 y la Ordenanza N° 423/2020, pueda impugnar los casos fuera de los tribunales sin análisis finalizados, como resultado de que el solicitante ha sido nombrado como recluso en régimen cerrado.



**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5034060-61.2020.4.04.0000/RS**

**RELATORA:** DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

**AGRAVANTE:** DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**AGRAVADO:** COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB

**AGRAVADO:** ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**AGRAVADO:** FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES

**AGRAVADO:** UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

**VOTO DIVERGENTE**

Peço vênha para divergir e, com isso, acolher as razões do inconformismo manifestado pela Defensoria Pública da União em sede de agravo de instrumento.

Inicialmente, reproduzo o parecer do Ministério Público Federal que muito bem delineou a situação vivenciada pela comunidades quilombolas abarcada no processo originário (ev. 96):

*No tocante à contestação apresentada pela Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB (evento 85), cabe observar que embora a empresa pública atue mediante o repasse de recursos da União, seu papel de executora da chamada Ação de Distribuição de Alimentos a grupos étnicos e populações tradicionais implica necessariamente na sua presença no polo passivo, pois o atendimento dos pedidos veiculados na inicial exige o apoio logístico da Companhia. De outra parte, é importante enfatizar o seguinte trecho da peça da CONAB:*

*Contudo, pelo fato de não constarem, na relação de comunidades a serem atendidas no Rio Grande do Sul – definida pela SNP/IR/MMEDH –, famílias quilombolas e/ou comunidades de terreiro, a Conab fica inexoravelmente impossibilitada responder pela pretensão deduzida na presente ação. Os novos recursos públicos aportados serão, em princípio, direcionados às aquisições e distribuições de alimentos para outros grupos populacionais tradicionais, em outras partes do país. Isso se deve à análise e critérios governamentais, a partir dos quais foi indicada a maior premência e necessidade desses outros segmentos no âmbito da ADA.*

*Qualquer distribuição de alimentos por parte dos entes federais passa necessariamente pela CONAB, que tem capilaridade para a distribuição e se encarrega da aquisição, conferência e embalagem das chamadas*



#### Evento 24 - VOTODIVERG2

*cestas básicas. Se a empresa afirma que nada distribuiu a comunidades quilombolas no Rio Grande do Sul em 2020 e tampouco havia previsão de ação nesse sentido, é certo que nada ocorreu.*

*Por outro lado, a Fundação Cultural Palmares em sua contestação do evento 88 apresentou relação de 27 comunidades quilombolas gaúchas que receberiam aproximadamente 1.000 cestas básicas de alimentos, proximamente. A propósito, cumpre mencionar que existem 105 comunidades remanescentes de quilombo certificadas pela FCP e com processo de regularização fundiária em andamento no INCRA, neste Estado. Desse modo, a iniciativa anunciada pela FCP contemplaria menos de um terço das comunidades quilombolas e sequer beneficiaria a todas as famílias das 27 comunidades referidas. Não obstante, pelo contato contínuo que o Ministério Público Federal mantém com essas comunidades, tal entrega jamais ocorreu.*

*Na verdade, as raras cestas básicas recebidas pelas comunidades quilombolas, neste Estado, no período da pandemia, originaram-se de iniciativas bem limitadas de alguns municípios e do Governo Estadual. A Secretaria Estadual de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos numa ação também direcionada aos povos indígenas realizou uma rodada de distribuição a várias comunidades quilombolas, que receberam cerca de 3.700 cestas em maio (<https://estado.rs.gov.br/governo-entrega-mais-de-11-mil-cestas-basicas-a-populacoes-vuln-eravets>). Em outra medida emergencial, a Secretaria Estadual de Saúde permitiu que os municípios utilizassem uma pequena verba disponibilizada anualmente do Fundo Estadual da Saúde às comunidades quilombolas para a compra de alimentos. A assistência social de alguns municípios, como a Fundação de Assistência Social de Cidadania de Porto Alegre - FASC, também distribuíram, de forma bem esporádica, algumas cestas a comunidades quilombolas.*

*Assim, dentro de limites orçamentários bem mais estreitos, o Estado e alguns municípios tentaram timidamente atenuar a insegurança alimentar nas comunidades quilombolas. A União, no entanto, nada fez. Em sua contestação (evento 89), alega que a lei orçamentária anual de 2020 não permite a destinação de recursos para o atendimento dos pleitos da inicial. Esquece, no entanto, que a única distribuição de cestas de alimentos às comunidades indígenas em âmbito nacional decorreu de créditos extraordinários oriundos das Medidas Provisórias 942 e 991/2020. Recursos para ações contra a pandemia, nas quais se enquadram os pedidos formulados na presente ação, existem. Para o limitado escopo aqui tratado, o atendimento emergencial de cerca de 3.000 famílias quilombolas, o mero remanejamento de créditos extraordinários já existentes no Ministério da Cidadania ou do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos já bastaria.*

*Por outro lado, é desalentador notar a União pretender rechaçar o argumento da DPU de que a omissão aqui tratada malfez o princípio da proibição do retrocesso com a alegação de que o orçamento destinado à ADA - Ação de Distribuição de Alimentos continua a existir, embora circunscrito ao montante exigido para o cumprimento de decisões judiciais. Em verdade, tal restrição orçamentária, que reduz a quase nada uma política pública essencial à garantia do mínimo existencial de populações vulneráveis, cumpre a função de suprimir a política pública, deixando-lhe somente uma existência protocolar, "no papel". No mesmo sentido da supressão efetiva de políticas públicas, que se mantém apenas*



#### Evento 24 - VOTODIVERG2

*nas peças judiciais da União, o Programa de Aquisição de Alimentos - PAA, ação fundamental para apoio à agricultura familiar e a garantia da segurança alimentar de populações vulneráveis, também deixou de existir. Essa é a razão das informações da CONAB sobre a inexistência de estoque de alimentos em seus armazéns. Em suma, evidencia-se um desmonte definitivo de políticas públicas voltadas à manutenção da segurança alimentar cujos efeitos prejudiciais às populações vulneráveis ampliaram-se no contexto da pandemia.*

*Ademais, como bem observou a DPU em sua réplica, a omissão nesta ação evidenciada ocorre quando vem à luz a Lei 14.021, de 7 de julho passado, que traz um capítulo sobre a garantia da segurança alimentar e a disponibilização de itens de proteção individual e materiais de higiene às comunidades quilombolas e outras comunidades tradicionais. Ou seja, pouco mais de dois meses após a interposição desta ação civil pública, surge uma lei ordinária determinando, de modo claro, à União o cumprimento dos pedidos veiculados na inicial. A lei não vale? É somente uma pantomima de um país que executa uma peça mambembe de estado de direito? Oxalá, assim não o seja.*

*Por fim, as comunidades quilombolas abrangem, majoritariamente, populações esquecidas nos rincões mais afastados do Rio Grande do Sul. São comunidades que se refugiaram em vazios demográficos, como Canguçu, Piratini, Pedras Altas ou Mostardas. É gente que recebe, no máximo, alguma visita esporádica de agente da EMATER ou, até há alguns anos, do INCRA. O acesso ao auxílio emergencial depende de equipamentos e habilidades simples, mas muitas vezes inalcançáveis para essas pessoas. De outra parte, a renda proveniente da agricultura familiar escasseou em razão do desmantelamento do PAA e de programas de microcrédito como o PRONAF-B. Algum serviço informal desempenhado foi prejudicado pela pandemia. Assim, o que lhes pode garantir a segurança alimentar é a distribuição de cestas de alimentos, como pleiteado pela diligente Defensoria Pública da União, medida oportunamente acompanhada da distribuição de produtos de higiene e EPIs.*

*Ante o exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pela procedência da ação. Por oportuno, também concorda com o pedido de realização de audiência de instrução formulado na réplica.*

A respeito da **tutela** de urgência, dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil:

*Art. 300. A **tutela** de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

*§ 1º Para a concessão da **tutela** de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.*

*§ 2º A **tutela** de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.*



Evento 24 - VOTODIVERG2

*§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*

No caso, presentes os elementos para deferimento do pedido, pois limitações orçamentárias não podem servir como fundamento para impedir o acesso a recursos essenciais para a sobrevivência das comunidades quilombolas e os povos de matriz africana no Rio Grande do Sul.

Ademais, pelo que se extrai do processo originário, não se trata apenas de sucessivas reduções orçamentárias que vem causando a redução gradual do alcance das medidas destinadas à subsistência dos grupos abarcados na Ação Civil Pública, mas sim de insuficiência ou mesmo ausência de medida por parte dos réus no sentido de garantir sua existência com um mínimo de dignidade.

Deve-se agregar ainda, que se está diante de direitos fundamentais básicos, voltados a subsistência alimentar de comunidades vulneráveis, ainda mais afetadas pela pandemia, como por exemplo a perda de merenda escolar pelas crianças com a suspensão das atividades escolares. Mais, tratam-se de comunidades, na sua maioria, situadas em locais distantes e afastados dos serviços essenciais do Poder Público, merecendo essa garantia alimentar, só não atendida por puro descaso e desídia dos órgãos do Governo Federal.

Dessa forma, tenho que restou atendido o preenchimento dos requisitos para o deferimento da tutela e, assim, determinar aos réus *solidariamente o dever de abastecimento alimentar e cadastramento das comunidades quilombolas e dos povos tradicionais de matriz africana no Estado do Rio Grande do Sul, nos termos da petição inicial.*

Em caso de descumprimento, a imposição de multa diária no valor de R\$ 100,00, nos termos dos precedentes deste Tribunal.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao agravo de instrumento.

---

Documento eletrônico assinado por **ROGERIO FAVRETO, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4º Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40002281431v3** e do código CRC **8b29e474**.

Informações adicionais da assinatura:  
Signatário (a): ROGERIO FAVRETO  
Data e Hora: 17/12/2020, às 21:50:44

---



**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5057695-71.2020.4.04.0000/RS**

**AGRAVANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**

**AGRAVADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

**DESPACHO/DECISÃO**

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida no Evento 89 dos autos originários, com o seguinte dispositivo:

*Pelo exposto, defiro em parte o pedido de tutela de urgência, para:*

*3.1. Determinar às rés que, no prazo de vinte dias, concluem as análises dos requerimentos ainda não finalizados, pelo motivo de o requerente constar como presidiário ou preso em regime fechado nas bases de dados do DEPEN (retidos para processamento adicional, em avaliação, bloqueados, ou outra situação análoga, ainda não definitiva), sob pena de multa de R\$3.000,00 (três mil reais), por beneficiário, por dia de atraso, independentemente de nova decisão;*

*3.2. Determinar às rés que informem as bases de dados utilizadas para aferir se o requerente de benefício de auxílio emergencial se encontra ou não cumprindo pena restritiva de liberdade em regime fechado, devendo a informação ser prestada de forma específica e individualizada em relação a cada requerimento retido ou bloqueado, na plataforma do auxílio emergencial, no aplicativo da CEF ou outro meio adequado;*

*3.3. Determinar às rés que permitam à DPU, na forma estabelecida no ACT n. 41/2020 e na Portaria n. 423/2020, contestar extrajudicialmente os casos ainda sem análise finalizada, em decorrência de o requerente ter sido apontado como preso em regime fechado; e*

*3.4. Determinar às rés que disponibilizem ao cidadão cujo CPF esteja restrito por suposta prisão em regime fechado, formas equivalentes para que possa apresentar contestação administrativa, com a juntada da certidão carcerária negativa, independentemente da representação jurídica pela DPU ou por advogado.*

*Em atenção às alegações da União formuladas na petição do ev. 64, esclareço que considero todos os pedidos de tutela provisória deferidos acima compreendidos nos limites objetivos da lide, que diz com a identificação e correção dos problemas na análise dos requerimentos de auxílio emergencial às pessoas que constam como presas em regime fechado.*



*Intimem-se as partes e o MPF, sendo as rés para cumprimento, com urgência, pelo sistema eletrônico.*

Alega, a agravante, em razões recursais, que a despeito das medidas de gestão adotadas pelo Ministério da Cidadania, a decisão recorrida é passível de cumprimento em relação aos seus três primeiros mandamentos. Porém, no que tange ao item 4, revela-se potencialmente danoso, pois pode elevar sobremaneira o risco de que se incorra em situações de concessão de benefícios indevidamente.

Assevera não possuir, o próprio Poder Judiciário, um único sistema de emissões de certidões de antecedentes e condenações criminais. Afirma inexequível, dentro do período de vigência do auxílio emergencial, o desenvolvimento de ferramenta capaz de interpretar a juntada de informações desse quilate por meio de sistema informatizado, notadamente no que tange à necessidade de verificar a autenticidade de documentos de tão grande relevância cuja emissão e autenticação é restrita ao Poder Judiciário.

Sustenta não possuir, o Ministério da Cidadania, capacidade operacional em número suficiente para a realização de análises individuais de contestações administrativas com o zelo e conferência de procedência documental devida nesse volume e de forma célere como requer a demanda relativa ao auxílio emergencial. Por esse motivo, as contestações administrativas implementadas foram automatizadas. Ressalta que essa nova tarefa atravancaria o desenvolvimento da própria política pública do auxílio emergencial, posto que outras ações relevantes para atender ao restante do público deixariam de ser priorizadas para atender a uma demanda pontual. Argumenta que o impacto da medida pode ser de tal natureza que pode comprometer, inclusive, a implementação do auxílio emergencial residual, a ser pago a mais de 60 milhões de cidadãos (e que não é objeto da demanda originária).

Afirma que em razão de se tratar de diferentes poderes da União (Executivo e Judiciário) e no contexto de apresentação remota de documentos, os servidores do Ministério da Cidadania não teriam acesso aos processos de cunho penal para aferir a autenticidade da documentação apresentada. Diz que a forma de conferir e dar legitimidade a esses documentos seria oficiar cada órgão de execução penal, emissor de documentação, para confirmar os dados, o que implicaria demandar, em grande escala, as seções jurisdicionais responsáveis.

Aduz que o Acordo de Cooperação Técnica MC/DPU nº 41/2020, elaborado para atingir o aprimoramento do auxílio emergencial, já vem sendo utilizado e confere a segurança adequada para o atendimento a esse público, sendo que a DPU oferece atendimento presencial ou remoto ao cidadão e ainda tem, por prerrogativa de suas funções institucionais, a possibilidade de acesso a informações judiciais quando necessárias a comprovar as alegações das contestações.



Sublinha que não obstante o indeferimento da tutela provisória nos autos do Agravo de Instrumento nº 503465120204040000, a agravada formulou mais dois pedidos de tutela provisória, ensejando sérias dúvidas acerca de sua pertinência frente à causa de pedir. Alega que, em verdade, busca, a agravada, rebater os fundamentos da decisão proferida no agravo referido, não obstante a questão esteja sob conhecimento desse colegiado. Sequer há que se falar em fatos novos, ao contrário do afirmado pela agravada. Argui ter constatado nos autos de origem a existência de fundamentos não trazidos na petição inicial e que, após a negativa da tutela, aportaram aos autos a título de "fatos novos", em ofensa ao artigo 5º do Código Civil. Ressalta que, em verdade, referidos "fatos novos" e fundamentos parecem querer estabelecer um contraditório frente ao decidido pela instância superior, providência que se revela indevida.

Afirma que a alegação de descumprimento do Acordo de Cooperação Técnica 41/2020 não pode ser utilizada para o pedido de tutela, pois dissociada dos limites da demanda de origem.

Assevera não ser, a ação civil pública de origem, instrumento processualmente idôneo para conhecimento de alegação de descumprimento dos termos do acordo celebrado nos autos da ACP 10176355720204013800, seja em razão da competência jurisdicional para o conhecimento de pleitos dessa natureza - do juízo daquela causa - seja porque inexistente o suposto descumprimento. Argui que, consoante verificado nos autos de origem e das informações colhidas em audiência, a análise de tais requerimentos ocorreu, tendo havido posterior retenção dos benefícios para análise pelo DEPEN, a partir de informações a serem prestadas pelas Secretarias de Administração Penitenciária dos Estados, face a deficiências constantes da base de dados adotada.

Aduz que a decisão agravada deve ser reformada, também, no que tange à cominação da penalidade pecuniária descrita no item 3.1. Argumenta absurda desproporcionalidade, se comparados os valores de pagamento do auxílio emergencial com aqueles fixados na decisão recorrida, visto que ultrapassam o pagamento do próprio benefício. Refere que não se presume o descumprimento da tutela, e a multa foi estipulada sem especificação de parâmetros que justifiquem o *quantum* arbitrado. Sublinha que a pena estipulada não pode ultrapassar o limite fixado no artigo 412 do Código Civil, deve ser proporcional ao valor da lesão que pretende suprimir e seu arbitramento não poderá servir de fonte de enriquecimento indevido por parte do favorecido. Refere o disposto no artigo 537 do CPC. Caso o entendimento seja pelo cabimento da multa, postula a redução de seu valor, com a aplicação analógica do artigo 9º do Decreto nº 22.626/33, o qual não permite que se exceda o percentual de 10% do valor da dívida mensalmente paga. Refere que a multa diária não poderá exceder a 0,333% do valor que receberia o beneficiário.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, tornando-se sem efeito a decisão recorrida no item 3.4, assim como a cominação de penalidade pecuniária constante do item 3.1 da mesma



decisão e, ao final, pede o provimento do recurso.

É o relatório.

Nos termos do art. 294 do CPC, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Especificamente em relação à tutela de urgência de natureza satisfativa, de acordo com o disposto no artigo 300 do CPC, o juiz poderá concedê-la desde que evidenciada a probabilidade do direito alegado e a presença do fundado perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Quanto ao pedido de atribuição de efeito suspensivo no que tange ao item 3.4 da dispositivo da decisão agravada, verifico que se encontram presentes tanto a probabilidade do direito alegado quanto o risco de dano grave de difícil reparação.

No caso, o excessivo número de casos ou processos e as limitações estruturais e as limitações impostas pela Pandemia Covid-19 são sentidas em todos os órgãos do Sistema de Justiça, bem assim no Poder Executivo e serviços públicos em geral. O fato é que cada caso é de solução individualizada, na compreensão desta Relatora. Quanto aos registros da DEPEN podem não ser suficientes ou podem estar desatualizados, o que ensejou o indeferimento de muitos benefícios. Porém, deve ser sublinhado que a União refere, na petição inicial, a redução substancial de inelegíveis na condição de detentos no sistema prisional, entre os meses de julho e agosto, devido ao refinamento da análise propiciada a partir do recebimento de base de dados do Ministério da Justiça com o indicativo do tipo de regime prisional.

Nesse contexto, deve ser suspensa a determinação constante no item 3.4 do dispositivo da decisão agravada, até a sua apreciação pelo Colegiado.

No que concerne à multa fixada, porém, deve ser indeferido o pedido da União, visto que poderá ser revista por ocasião do julgamento do recurso pela Terceira Turma, considerando que não será executável no presente momento.

Sublinho que a decisão agravada pode perfeitamente ser modificada por ocasião do julgamento do presente recurso pelo Colegiado, após o regular contraditório.

Ante o exposto, **defiro, em parte**, o pedido de atribuição de efeito suspensivo, para o efeito de suspender o item 3.4 da decisão do Evento 89.

Intimem-se, inclusive a parte agravada para contrarrazões ao recurso, a teor do disposto no art. 1.019, II do CPC.



---

Documento eletrônico assinado por **MARGA INGE BARTH TESSLER, Desembargadora Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40002277293v52** e do código CRC **b2aa373a**.

Informações adicionais da assinatura:  
Signatário (a): **MARGA INGE BARTH TESSLER**  
Data e Hora: 17/12/2020, às 13:55:15

---

**5057695-71.2020.4.04.0000**

**40002277293\_V52**



## **REPÚBLICA DE CHILE**

### **III.1.- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA DE CHILE**

#### **1. Derecho al Intérprete o Traductor**

**SCS Rol N° 5155-2021, 20.01.2021**

**Antecedentes:** Corte Suprema acoge acción de amparo deducida por la defensa en favor de ciudadano haitiano a quien, a pesar de no hablar español, se le controló su detención, formalizó y decretaron medidas cautelares sin contar con la asistencia de un traductor o intérprete en la respectiva audiencia. La Corte ordenó dejar sin efecto tanto la audiencia de formalización y las medidas cautelares, tras establecer que la circunstancia de no contar con un traductor que le permitiera entender cabalmente lo que sucedía y se resolvía en la audiencia, la jueza de garantía vulneró el derecho a defensa del amparado.

#### **Considerandos relevantes:**

“4° Que, en tal sentido el artículo 98 del Código Procesal Penal dispone que “si el imputado no supiera la lengua castellana o si fuere sordo o mudo, se procederá a tomarle declaración de conformidad al artículo 291, inciso tercero y cuarto”, que señala que “el acusado sordo o que no pudiere entender el idioma castellano será asistido de un intérprete que le comunicará el contenido de los actos del juicio”, lo que debe relacionarse con lo previsto en el artículo 8 del mismo cuerpo legal que establece que “el imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones



judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salva las expresamente previstas en este código”.

Por su parte el artículo 93 letras a) y e) del Código Procesal Penal señalan que el imputado tiene derecho a “a) que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes; e) solicitar que se active la investigación y conocer su contenido”. Asimismo, el artículo 94 letras a y b) del Código Procesal Penal, disponen que el imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos “a) a que se le exprese específica y claramente el motivo de su privación de libertad y, salvo el caso de delito flagrante, a que se le exhiba la orden que la dispusiere; b) que el funcionario a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión le informe de los derechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 135”. Además, el artículo 232 inciso primero del mismo cuerpo legal dispone en relación a la audiencia de formalización que “el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. Enseguida, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente”, lo que también resulta aplicable para la solicitud de la prisión preventiva, de conformidad a lo señalado en el artículo 155 inciso final, del mismo cuerpo normativo.

5° Que, todas las normas recién citadas tienen por objetivo que el imputado pueda ejercer su derecho a defensa adecuadamente, para lo cual resulta imprescindible no solo que comprenda como señala la sentencia recurrida “los aspectos más relevantes para los cuales está destinada la audiencia de control de detención y formalización de la investigación”, sino un cabal entendimiento de la misma, así como que pueda hacer uso de la palabra, manifestando lo que estime pertinente, en las oportunidades que la ley ha establecido, circunstancias que según se evidenció por el recurrente, no aconteció en la especie, producto de las deficiencias denunciadas por la recurrente.”



Santiago, diecisiete de febrero de dos mil veintiuno.

**Vistos**

**Se confirma** la sentencia apelada de tres de febrero de mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte N° 200-2021.

No obstante lo anterior, y **actuando de oficio** esta Corte, en uso de sus facultades propias, **se deja sin efecto** la resolución pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha tres de febrero, en el ingreso N° 200-2021 en cuanto mantuvo la pena accesoria de incorporación de la huella genética del imputado adolescente en el Registro Nacional de ADN de condenados, conforme al artículo 17 de la Ley N° 19.970, y en su lugar se revoca en lo apelado la sentencia de 5 de diciembre de 2020 dictada por el 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago en los autos Rit N°219-2020 en tanto por ella se dispuso la referida sanción accesoria y en su lugar se decide que Christopher Nicolas Méndez Silva no queda condenado a ella, teniendo para ello lo siguiente:

1° Que la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente, inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido. Lo anterior es consecuencia del artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, lo que encuentra reconocimiento legal en el artículo 2° de la ley ya citada, en el que se dispone que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener





en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

2° Que, los referidos criterios normativos son recogidos en la ley ya referida y generan un conjunto de derechos que legitiman la reacción penal. Se dispone, entonces, de normas penales especiales que sólo son aplicables a los jóvenes porque los medios punitivos y toda la actividad estatal ante el ilícito tienen en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender el interés superior del niño, esto es -brevemente- sin afectar el desarrollo del menor. Lo anterior es directa consecuencia de haberse aceptado que los destinatarios de unas y otras normas, los adolescentes y los adultos, son distintos.

3° Que, consecuentemente, ha de aceptarse que estas últimas reglas conforman el subsistema penal aplicable a los adolescentes, que tienen el carácter de especiales, y que las comunes han de entenderse como de aplicación subsidiaria.

4° Que, establecido lo anterior, corresponde precisar que la Ley N° 19.970 que previno la creación de un registro con las huellas genéticas de todos los imputados y condenados a los efectos de investigaciones futuras por hechos delictivos, y que es anterior a la N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente -esto es al estatuto penal especial-, no es aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes. En efecto, ello es así porque la ley particular opta por la mínima intervención y porque, como se ha dicho, no obstante la sanción que se impone, y también mediante ella, se busca la reinserción social del adolescente. En este contexto normativo, no tiene cabida esta sujeción a la autoridad justificada por la sola circunstancia de la sentencia condenatoria, porque para un adolescente, no obstante los resguardos legales, no es intrascendente su inclusión para toda la





vida en un registro de este tipo porque con ello se le mantiene entre infractores. Toda vez que en este subsistema el fin de la pena es la reinserción social del menor, toda acción del Estado que no tienda a este objetivo ciertamente lo contraría.

6° Que, en concepto de esta Corte, todo lo anterior deriva en que la decisión de extender al adolescente Christopher Nicolás Méndez Silva, la obligación de tomarle muestras biológicas para incorporarlas al registro respectivo, importa una afectación a su respecto, toda vez que como ha quedado demostrado se le está imponiendo algo que sólo es exigible respecto de los adultos y que, además, perturba su reinserción futura, lo que evidencia que en el proceder del recurrido se han vulnerado expresas normas contenidas en una Convención Internacional y en las leyes aplicables al caso, amenazándose en forma concreta la garantía la libertad personal del amparado, lo que hace a todas luces procedente el recurso aquí interpuesto.

Se previene por el Ministro Señora Llanos, quien fue del parecer de acoger el recurso de amparo, toda vez que se trata de una acción constitucional y no un recurso de carácter procesal, de modo que no está limitado por lo dispuesto en el artículo 387 del Código Procesal Penal.

Por otra parte la decisión de incorporar la huella genética del amparado no es de carácter jurisdiccional, ya que no resuelve el conflicto, siendo una resolución de carácter administrativo y por último el hecho de estar en un registro público constituye una amenaza.

Se previene por el Ministro señor Llanos, sin perjuicio de compartir los fundamentos anteriores, fue del parecer de revocar la resolución en alzada y—con esos mismos fundamentos—de acoger el recurso de amparo, toda vez que se trata de una acción constitucional y no de un recurso de carácter procesal, de





modo que no está limitado por lo dispuesto en el artículo 387 del Código Procesal Penal; y lo resuelto en el aspecto que es motivo del amparo, en el sentido de incorporar la huella genética del menor por quien se recurre, no constituye una decisión de carácter jurisdiccional, ya que no resuelve el conflicto jurídico penal, siendo una resolución de carácter administrativo, no existiendo en consecuencia contravención alguna al principio de cosa juzgada.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 11641-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., y el Ministro Suplente Sr. Jorge Zepeda A. No firman los Ministros Sres. Künsemüller y Llanos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones el primero y por estar haciendo uso de su feriado legal el segundo.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ  
MINISTRO  
Fecha: 17/02/2021 14:42:19

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA  
REBOLLEDO  
MINISTRO  
Fecha: 17/02/2021 14:42:19

JORGE LUIS ZEPEDA ARANCIBIA  
MINISTRO(S)  
Fecha: 17/02/2021 14:42:20





En Santiago, a diecisiete de febrero de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificado.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.





## **Registro Nacional de ADN de la ley N° 19970**

- SCS Rol N° 11.642-2021

**Antecedentes:** La Corte Suprema acoge de oficio y deja sin efecto sentencia de recurso de nulidad pronunciado por mayoría por la Corte de Apelaciones de Santiago, donde se pretende incorporar a un adolescente al registro para adultos de Huella Genética,

1. Que la Ley N° 20.084 inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley, completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido. Lo anterior es consecuencia del artículo 40.1 de la CIDN que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, lo que encuentra reconocimiento legal en el artículo 2° de la ley ya citada, en el que se dispone que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.
2. Que, los referidos criterios normativos son recogidos en la ley ya referida y generan un conjunto de derechos que legitiman la reacción penal. Se dispone, entonces, de normas penales especiales que sólo son aplicables a los jóvenes, porque los medios punitivos y toda la actividad estatal ante el ilícito tienen en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender el interés superior del niño, esto es -brevemente- sin afectar



el desarrollo del menor. Lo anterior es directa consecuencia de haberse aceptado que los destinatarios de unas y otras normas, los adolescentes y los adultos, son distintos.

3. Que, consecuentemente, ha de aceptarse que estas últimas reglas conforman el subsistema penal aplicable a los adolescentes, que tienen el carácter de especiales, y que las comunes han de entenderse como de aplicación subsidiaria.
4. Que, establecido lo anterior, corresponde precisar que la Ley N° 19.970 que previno la creación de un registro con las huellas genéticas de todos los imputados y condenados a los efectos de investigaciones futuras por hechos delictivos, y que es anterior a la N° 20.084, no es aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes. En efecto, ello es así porque la ley particular opta por la mínima intervención y porque, como se ha dicho, no obstante la sanción que se impone, y también mediante ella, se busca la reinserción social del adolescente.

En este contexto normativo, no tiene cabida esta sujeción a la autoridad justificada por la sola circunstancia de la sentencia condenatoria, porque para un adolescente, no obstante los resguardos legales, no es intrascendente su inclusión para toda la vida en un registro de este tipo porque con ello se le mantiene entre infractores. Toda vez que en este subsistema el fin de la pena es la reinserción social del niño, toda acción del Estado que no tienda a este objetivo ciertamente lo contraría.”

Ver también: SSCS Rol N° 5012-2012; Rol N° 2995-2012; Rol N° 4760-2012; Rol N° 5012-2012; Rol N° 5428-2012; Rol N° 6931-2012; Rol N° 7098-2012; Rol N° 7793-2012.-



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Andrés Llanos S. y los Ministros (as) Suplentes Juan Manuel Muñoz P., Juan Pedro Enrique Shertzer D. Santiago, veinte de enero de dos mil veintiuno.

En Santiago, a veinte de enero de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificado.pjw.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.





Santiago, veinte de enero de dos mil veintiuno.

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos tercero a quinto que se eliminan.

**Y se tiene en su lugar y además presente:**

1° Que, tal como aparece del mérito de los antecedentes, con fecha uno de enero pasado, ante el Juzgado de Garantía de San Vicente de Tagua Tagua, se controló la detención y luego se formalizó por el delito de lesiones menos graves al ciudadano haitiano Yelva Harmony, imponiéndole las medidas cautelares de la letra g) e i) del artículo 155 del Código Procesal Penal.

2° Que, en dicha oportunidad, la defensa se opuso a la realización de la audiencia, argumentando que el amparado es un ciudadano haitiano, que no habla castellano, por lo que se encontraba imposibilitado de explicar las imputaciones que obraban en su contra ni obtener su versión de los hechos, petición que fue desestimada por el tribunal.

3° Que, sobre la materia la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 8.2 letra a) que "el inculpado tiene derecho, en plena igualdad, a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal", lo que también es reiterado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3 letra f).

4° Que, en tal sentido el artículo 98 del Código Procesal Penal dispone que "si el imputado no supiera la lengua castellana o si fuere sordo o mudo, se procederá a tomarle declaración de conformidad al artículo 291, inciso tercero y cuarto", que señala que "el acusado sordo o que no pudiere entender el idioma castellano será asistido de un intérprete que le comunicará el contenido de los





actos del juicio”, lo que debe relacionarse con lo previsto en el artículo 8 del mismo cuerpo legal que establece que “el imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las expresamente previstas en este código”.

Por su parte el artículo 93 letras a) y e) del Código Procesal Penal señalan que el imputado tiene derecho a “a) que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes; e) solicitar que se active la investigación y conocer su contenido”. Asimismo, el artículo 94 letras a y b) del Código Procesal Penal, disponen que el imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos “a) a que se le exprese específica y claramente el motivo de su privación de libertad y, salvo el caso de delito flagrante, a que se le exhiba la orden que la dispusiere; b) que el funcionario a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión le informe de los derechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 135”. Además, el artículo 232 inciso primero del mismo cuerpo legal dispone en relación a la audiencia de formalización que “el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. Enseguida, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente”, lo que también resulta aplicable para la solicitud de la prisión preventiva, de conformidad a lo señalado en el artículo 155 inciso final, del mismo cuerpo normativo.

5° Que, todas las normas recién citadas tienen por objetivo que el imputado pueda ejercer su derecho a defensa adecuadamente, para lo cual resulta imprescindible no solo que comprenda como señala la sentencia





recurrida "los aspectos más relevantes para los cuales está destinada la audiencia de control de detención y formalización de la investigación", sino un cabal entendimiento de la misma, así como que pueda hacer uso de la palabra, manifestando lo que estime pertinente, en las oportunidades que la ley ha establecido, circunstancias que según se evidenció por el recurrente, no aconteció en la especie, producto de las deficiencias denunciadas por la recurrente.

6° Que, así las cosas, la audiencia de control de detención y formalización del amparado producto de la cual se le impusieron las medidas cautelares del artículo 155 letra g) e i) del Código Procesal Penal, se realizó sin que aquel pudiera ejercer los derechos que la ley le garantiza, lo que la transforma en ilegal.

7° Que, a mayor abundamiento tampoco aparece del mérito de los antecedentes que se hubiera dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 54 del mismo cuerpo legal.

8° Que, por las consideraciones precedentes el presente recurso de amparo será acogido, en los términos que se resolverá.

Por estas consideraciones y lo previsto en artículo 21 de la Constitución Política de la República se declara que **se revoca** la sentencia apelada de nueve de enero pasado, dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua en el Rol N° 5-2021 y en su lugar se decide que **se acoge** el recurso de amparo deducido y se dispone que se deja sin efecto la audiencia de control de detención y formalización del ciudadano italiano Yelva Harmony, y como consecuencia de lo anterior, las medidas cautelares del artículo 155 letra g) e i) del Código Procesal Penal dispuestas en su contra.





Se previene que el Ministro Sr. Brito, como consecuencia de haberse dejado sin efecto el control de detención practicado al amparado Yelva Hermony por falta de garantías, fue del parecer de disponer que se realice nuevamente esta diligencia, con la debida asistencia de un traductor, a objeto de que cumpla debidamente con la entrega información de sus derechos y verificar el cumplimiento de las normas que los establecen.

Comuníquese lo resuelto.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 5155-21.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ  
MINISTRO  
Fecha: 20/01/2021 13:59:49

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA  
REBOLLEDO  
MINISTRO  
Fecha: 20/01/2021 13:59:50

LEOPOLDO ANDRES LLANOS  
SAGRISTA  
MINISTRO  
Fecha: 20/01/2021 13:59:50

JUAN MANUEL MUÑOZ PARDO  
MINISTRO(S)  
Fecha: 20/01/2021 13:59:51

JUAN PEDRO SHERTZER DIAZ  
MINISTRO(S)  
Fecha: 20/01/2021 13:59:51





## REPUBLICA DEL ECUADOR

### DEFENSORIA PUBLICA DEL ECUADOR

- **MATERIA: DERECHO DE FAMILIA - RESTITUCION INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.**
- PROCESO N° 01204-2020-03978 de la “Unidad Judicial de Familia Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes en conflicto con la Ley penal” del Ecuador
- Jueza Interviniente: DRA. JENNY ELIZABETH DUQUE ALVAREZ
- PARTE ACTORA: Compareció por medio de procuración judicial otorgada a la ABG. MARTHA CUMANDÁ CÁRDENAS HEREDIA (DEFENSORA PUBLICA) ANDREA VERÓNICA ÁLVAREZ MORQUECHO en calidad de DIRECTORA DE PROTECCION, REPARACION INTEGRAL Y AUTORIDAD CENTRAL, DE LA SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, AUTORIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.
- PARTE DEMANDADA: JENNIFFER PINEDA MUÑOZ
- La parte actora (padre) demanda de Restitución Internacional de la niña (V.C.M.), al amparo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, que contempla sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Es decir, se trata de un proceso de Restitución Internacional por traslado y retención ilícita a menor de edad, interpuesto por el padre de la menor en Popayán-Colombia, el que gracias a la defensa técnica, se resuelve mediante acuerdo de conciliación entre las partes, evitando de esta manera la separación de la menor con su madre y logrando un acuerdo de visitas para que comparta del vínculo paterno.



- Fundamento normativo: la Sentencia analizada encuentra sus fundamentos normativos en el CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980, SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: Artículos 2, 3: literales a) y b); Artículo 4, 7: literales a), b), c), d), e), f), g), h), i); Artículos, 11, 12, 14, 17, 18, 23.- En la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989: Art. 9 y 11.- la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, en el Código de la Niñez y Adolescencia con su Ley Reformatoria al Título V, Libro II,, en el Código Organito General de Procesos y la Resolución Administrativa N° 162 publicada en el Registro Oficial N° 616 de 11 de enero del año 2012 del Consejo de la Judicatura, y al Art. 45 de la Carta Magna de Ecuador.-



## FALLOS DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR

PROCESO N° 01204-2020-03978

Unidad Judicial de Familia Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes en conflicto con la Ley penal, acepta conciliación de padres de menor de edad en caso de restitución internacional de menor de edad.

### **NORMA ASOCIADA:**

CRE: Art. 76, 172; COFJ: Art. 28; CONA: Art. 256; Sentencia No. 112-16-SEP-CC, Caso No. 0800-14-EP Corte Constitucional, amparo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, que contempla sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

**Tema:** Restitución Internacional de menor de Edad.

Descriptores: Vulneración de Derechos de los niños, Retención ilícita.

### **SÍNTESIS:**

Proceso de Restitución Internacional por traslado y retención ilícita a menor de edad, interpuesto por el padre de la menor en Popayán-Colombia. Que gracias



a la defensa técnica, se resuelve mediante acuerdo de conciliación entre las partes, evitando de esta manera la separación de la menor con su madre y logrando un acuerdo de visitas para que comparta del vínculo paterno.

**TEXTO COMPLETO:**

**"PROCESO N° 01204-2020-03978**

**JUEZA PONENTE: DRA. JENNY ELIZABETH DUQUE ALVAREZ**

*Unidad Judicial de Familia Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes en conflicto con la Ley penal.*

**MATERIA: RESTITUCION INTERNACIONAL DE NNA.**

**ACTORA: DIRECTORA DE PROTECCION, REPARACION INTEGRAL Y AUTORIDAD CENTRAL, DE LA SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, AUTORIDAD CENTRAL DEL ECUADOR: ANDREA VERÓNICA ÁLVAREZ MORQUECHO**

**DEMANDADA: JENNIFFER PINEDA MUÑOZ**

**VISTOS:** *Evacuada la diligencia de audiencia única, en la cual, conforme a los Arts. 93 y 94 del Código Orgánico General de Procesos, (en adelante COGEP) se emitió la resolución oral, y notificadas las partes con la misma, esta jueza cumple con la obligación que establece el Artículo 76 numeral 7 literal L de la Constitución de la República del Ecuador, (en adelante CRE) y se emite por escrito acorde a los Arts. 90 y 95 ibídem, la resolución en la forma siguiente:*

**PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** *Quien suscribe tiene jurisdicción y competencia para conocer, tramitar y resolver la presente causa con fundamento en el Artículo 167 y 178 de la Constitución de la República del Ecuador; Artículos 156, 160.1 y 234.4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ); en calidad de Jueza de esta Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez Adolescencia y Adolescentes en conflicto con la Ley penal en Cuenca, en virtud de la resolución No.169-2013 que rige a partir de 31 de Octubre de 2013 aprobada por el Pleno del Consejo de la Judicatura.-*

**SEGUNDO-IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES.** *Compareció por medio de procuración judicial otorgada a la Abg. Martha Cumandá Cárdenas Heredia (defensora Pública) ANDREA VERÓNICA ÁLVAREZ MORQUECHO en calidad de DIRECTORA DE PROTECCION, REPARACION INTEGRAL Y AUTORIDAD CENTRAL, DE LA SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, AUTORIDAD CENTRAL DEL ECUADOR y demanda de Restitución*



*Internacional de la niña VALENTINA CUELLAR MUÑOZ (V.C.M.), al amparo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, que contempla sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.*

*Siendo demandada en el presente caso la señora JENNIFFER PINEDA MUÑOZ, con cédula de ciudadanía No. 1.061.737.523, de nacionalidad colombiana; domiciliada en la provincia de Azuay, cantón Cuenca, en el Sector La Quebrada de Turi, Barrio La Unión, Parroquia Turi, casa siguiente a la Farmacia Famedic #2 (parte posterior) y, se desconoce los correos electrónicos de la demandada.-*

### **TERCERO: ENUNCIACIÓN BREVE DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA DEMANDA. –**

*3.1. Fundamentos de hecho.- la accionante detalla cómo ocurrieron los hechos que concluyeron con el traslado y retención ilícita de la niña VALENTINA CUELLAR MUÑOZ (V.C.M.) al Ecuador.*

*3.2.- La señora JENNIFFER MUÑOZ PINEDA y el señor HENRY HERNAN CUELLAR MELO, procrearon a la niña V.C.M. la cual nació el 17 de abril de 2010, en la ciudad de Popayán – Colombia.*

*3.3.- La niña V.C.M. ha residido de forma habitual en la ciudad de Popayán - Colombia desde su nacimiento hasta el día en el que su madre, la señora JENNIFFER MUÑOZ PINEDA, trasladó a la niña V.C.M. al Ecuador el día 09 de septiembre de 2019, sin autorización del padre de la niña y contraviniendo el acta de conciliación de 05 de septiembre de 2019 suscrita por el apoderado de la señora JENNIFFER MUÑOZ PINEDA y el señor HENRY HERNAN CUELLAR MELO ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, conforme se desprende de la solicitud de restitución internacional suscrita por el señor HENRY HERNAN CUELLAR MELO.*

*3.4.- El día 03 de octubre de 2019, el señor HENRY HERNAN CUELLAR MELO, presentó ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la solicitud de restitución internacional de su hija la niña V.C.M.*

*3.5.-El día 20 de enero de 2020, la Dirección de Protección, Reparación Integral y Autoridad Central, recibió la solicitud de restitución internacional de la niña V.C.M.*

*3.6.-El día 20 de enero de 2020, la Dirección de Protección, Reparación Integral y Autoridad Central de la Secretaría de Derechos Humanos, (Autoridad Central del Ecuador), avocó conocimiento de la solicitud de restitución internacional presentada por el señor HENRY HERNAN CUELLAR MELO.*

3.7.-Mediante oficio No. SDH-DPRIAC-2020-0040-O, la Dirección de Protección, Reparación Integral y Autoridad Central, solicitó a DINAPEN que realice la búsqueda y localización de la niña V.C.M.

3.8.-Mediante oficio No. SDH-DPRIAC-2020-0041-O, la Dirección de Protección, Reparación Integral y Autoridad Central solicitó los movimientos migratorios de la niña V.C.M., y de su madre la señora JENNIFFER MUÑOZ PINEDA.

3.9.-Mediante oficio No. MDG-VDI-SDM-DSM-2020-0847-O, La Dirección de Servicios Migratorios del Ministerio de Gobierno remitió los movimientos migratorios de la niña V.C.M. y su madre.

3.10.-Mediante oficio No. SDH-DPRIAC-2020-0227-O, la Dirección de Protección, Reparación Integral y Autoridad Central, insistió a DINAPEN que realice la búsqueda y localización de la niña V.C.M., solicitada en el oficio SDH-DPRIAC-2020-0041-O.

3.11.- Mediante oficio No. 2020-683-DINAPEN-PN, DIANPEN remitió el informe sobre las investigaciones realizadas para localizar a la niña V.C.M.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:** la actora fundamenta jurídicamente su demanda en siguiente normativa: 1) EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980, SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: Artículos 2, 3: literales a) y b); Artículo 4, 7: literales a), b), c), d), e), f), g), h), i); Artículos, 11, 12, 14, 17, 18, 23.- 2) El CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989: Art. 9 y 11.- 3) CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR: Art. 45.- 4) CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Art. 77.- 5) CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. Artículos 332 y 333, procedencia y procedimiento.- 6) RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA No. 162, PUBLICADA EN EL REGISTRO OFICIAL No. 616 DE 11 DE ENERO DE 2012.

**PETICIÓN CONCRETA.** - la actora ha solicitado que conforme lo establece el Convenio de La Haya de 25 octubre de 1980, Sobre la Sustracción Internacional de Menores se ordene la RESTITUCIÓN INTERNACIONAL de la niña VALENTINA CUELLAR MUÑOZ a su país de residencia habitual COLOMBIA, toda vez que ha sido trasladada y retenida ilícitamente por su madre la señora JENNIFFER MUÑOZ PINEDA, sin que medie autorización expresa de su padre, el señor HENRY HERNAN CUELLAR MELO.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 77 del Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia del Art. 146 del Código Orgánico General de Procesos, dispondrá un Régimen de Visitas Provisional, tomando en cuenta que el señor HENRY HERNAN CUELLAR MELO reside en Colombia, por lo que se deberá establecer un régimen de visitas que incluya medios telemáticos a fin de garantizar el derecho de la niña a tener relaciones personales con su padre y demás familia ampliada.



Finalmente, la orden de prohibición de salida del país de la niña VALENTINA CUELLAR MUÑOZ, con el fin de evitar un nuevo traslado de la niña mientras dure el proceso judicial.-

**CUARTO: CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.** - una vez cumplida la citación, la accionada en la contestación de fecha 26 de Noviembre de 2020 (fojas 368, 369 y 370 del proceso) ha sostenido concretamente los siguientes fundamentos:

JENNIFFER PINEDA MUÑOZ, con cédula de ciudadanía colombiana No. 1.061.737.523, de nacionalidad colombiana; estado civil soltera, mayor de edad, domiciliada en el Sector La Quebrada de Turi, Barrio La Unión, Parroquia Turi en el cantón Cuenca de la provincia de Azuay, y expone: **a.** Mi hija Valentina C M se encuentra actualmente viviendo en mi domicilio que lo tengo ubicado en la quebrada de Turi, pero no menos cierto que mi hija no se encuentra retenida como mal aduce la actora. - **b.** que no es verdad que mi hija de nombres VCM haya sido trasladada y retenida ilícitamente por quien suscribe el presente escrito Jennifer Muñoz Pineda, puesto que mi hija fue trasladada al Ecuador con el permiso, conocimiento y bajo expreso pedido de su padre Sr. HENRY HERNAN CUELLAR MELO, mismo que solicitó a mi madre la Sra. MARIA ELIBER PINEDA SANCHEZ que le traslade a nuestra hija al Ecuador ya que el padre de mi hija se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad en Colombia por el delito de narcotráfico. - **c.** Expone que los hechos alegados en la demanda carecen de veracidad por cuanto no he trasladado a mi hija al Ecuador, y no he salido del territorio ecuatoriano por estar sometida a un régimen de prelibertad conforme lo ofrece justificar con documentación respectiva y las pruebas en el momento procesal oportuno. - Fundamenta su contestación en el Art. 35 y 45 de la CRE, Art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y el Art. 2 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana. - **EXCEPCIONES:** con base en el deduce como excepciones previas con fundamento en el Art. 153 numeral 1 y 6 del COGEP que contempla: "solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: 1) incompetencia de la o del juzgador....6) Prescripción.", y las fundamenta manifestando "jamás he salido del país puesto que me encuentro cumpliendo un régimen de prelibertad con presentaciones periódicas ante el Juzgador que me otorgó dichas medidas, en tal virtud es imposible que me haya podido trasladar hasta Colombia".

**QUINTO: PROCEDIMIENTO.** - Una vez que se ha contado con el debido proceso en esta causa, conforme dispone la Ley, se le ha dado el trámite de procedimiento sumario, conforme manda el Art. 332.3 del COGEP y llevado a cabo en dos fases orales durante la audiencia convocada: PRIMERA: saneamiento, fijación de puntos en debate y conciliación, SEGUNDA: pruebas y alegatos.- dejando constancia que durante la diligencia se resguardaron los derechos de las partes, cobijados bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción.

5.1. La demandada consta haber sido citada en persona en fecha 13 de Noviembre de 2020, conforme acta de fojas 102, diligencia que cumple lo que disponen los Arts. 54 y 63 del COGEP.

5.2. La diligencia de audiencia única se instó con la presencia de la Abogada Martha Cumandá Cárdenas Heredia, Defensora Pública del Azuay, autorizada



en su patrocinio por la accionante, la señora DIRECTORA DE PROTECCION, REPARACION INTEGRAL Y AUTORIDAD CENTRAL, DE LA SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, AUTORIDAD CENTRAL DEL ECUADOR: ANDREA VERÓNICA ÁLVAREZ MORQUECHO y como defensora del señor Henry Hernán Cuellar Melo que se ha presentado mediante vía telemática por los medios facilitados por el Consejo de la Judicatura y por otra parte, se cuenta con la presencia de la señora demandada Sra. Jenniffer Muñoz Pineda en compañía de sus defensores Abogados Geovanny Marcelo Cabrera Delgado y Ximena Alexandra Gálvez Siguenza.

**5.3. EXCEPCIONES PREVIAS:** La demandada, a través de su defensa técnica se pronuncia oralmente sobre excepciones previas que han sido propuestas en su contestación con fundamento en el Art. 153 numeral 1 y 6 del Código Orgánico General de Procesos, que contempla específicamente lo siguiente: 5.3.1) Incompetencia de la o del juzgador; y 5.3.2) Prescripción.- en esta etapa procesal, al momento de sustentar oralmente en audiencia sobre estas excepciones, la defensa técnica de la señora demandada manifiesta que desiste de fundamentar y solicita que sea aceptada su petición de desistimiento de las Excepciones previas planteadas en su contestación.-

**SEXTO: AUTO INTERLOCUTORIO: EXCEPCIONES PREVIAS.** Esta juzgadora, cumpliendo con lo que dispone el numeral 1 del Artículo 294 del COGEP y observando las reglas del Art. 295 *ibidem*, procedió a pronunciarse mediante auto interlocutorio sobre la base de la petición de desistimiento de las excepciones previas planteadas por la demandada, fueron analizadas de acuerdo con lo que dispone el Art. 76 numeral 7) literal T) de la Constitución de la República del Ecuador, garantizado la contradicción y en concordancia con el Art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, cumpliendo con la obligación de motivar la decisión en auto interlocutorio y, para ello se considera que, por el principio de tutela judicial efectiva de los derechos que contempla el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial: "los jueces y juezas... Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso..." al respecto se tiene en consideración que, según el Código Orgánico General de Procesos, manifiesta: "En cualquier estado del proceso antes de sentencia de primera instancia puede la parte actora desistir de su pretensión, cuyo efecto es que las cosas vuelven al estado anterior." Adicionalmente la normativa procedimental exige que, para que sea aceptado el desistimiento, se deben cumplir con los siguientes requisitos: **a).** Que sea voluntario y hecho por persona capaz y que, al haber solicitado la demandada, durante la primera parte de la audiencia su voluntad de desistir de las excepciones previas que ha planteado, por lo tanto se cumple este requisito al haber sido expresada de forma oral, voluntaria y por persona capaz. **b).** Que conste en los autos y se halle reconocida la firma de quien lo realiza ante la o el juzgador... Al respecto se tiene en cuenta que, al haber expresado la demandada su deseo oralmente en audiencia, quien tiene garantía de su derecho de defensa por estar acompañada de sus defensores, no será necesaria esta formalidad, por cuanto simplemente se ratifica oralmente en su decisión de desistir de las excepciones previas por ella planteadas.- **c).** Que sea aprobado por la o el juzgador.... - En consecuencia, al considerar que la



petición oral cumple con todas las garantías y requisitos determinados en la ley y con la garantía básica del debido proceso que considera la disposición del Art. 76 numeral 7 literal g) y h) de la Constitución de la República, lo cual ha sido expresamente ratificado y manifestado ante esta juzgadora mediante la actuación oral certificada y autenticada por el señor secretario de la Unidad, sin que la parte actora haya manifestado oposición al traslado de esta petición, por lo que, no se considera necesario cumplir con el reconocimiento de firma y rubrica. - Sobre lo analizado, hay que tener en cuenta que la demandada no se encuentre incurso en ninguna de las inhabilidades para desistir, determinadas en el artículo 240 del COGEP, ...y, al haberse garantizado el principio de contradicción y la contraparte, no ha presentado oposición alguna frente al traslado de la petición de desistimiento; se debe considerar que ha sido presentada en el momento procesal oportuno, es decir antes de que se dicte sentencia; y, que este desistimiento no afecta la naturaleza del derecho en litigio, ni los intereses de la contraparte o terceros. Razón por la que, sobre la base de esta normativa legal que antes ha sido analizada, sin que esta figura afecte el procedimiento de la presente causa, se deja aceptado el desistimiento de las excepciones previas anunciadas por la demandada, volviendo al estado que tenía la causa antes de ser presentadas.-

**SEPTIMO: VALIDEZ PROCESAL:** En esta primera fase con respecto a la validez procesal escuchado previamente el pronunciamiento de las partes procesales quienes no enervaron requerimiento expreso de declaratoria de nulidad ni consideraciones respecto a la validez, indicaron que la causa se ha sustanciado conforme a las normas de procedimiento sumario, garantizando sus derechos de acción y contradicción como solemnidades sustanciales y las garantías del debido proceso.

7.1. Observado lo anterior, no ha existido irrespeto al contenido del Art. 82, 75 y 76.3 de la CRE en cuanto a la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y debido proceso. La diligencia de audiencia única se ha evacuado también, respetando el debido proceso, los términos para la contestación y conforme a las reglas procedimentales contenidas en el Artículo 333.4 del COGEP, sin que se observe violación de derechos de las partes ni del procedimiento, se declara válido todo actuado.

**OCTAVO- PUNTOS A DEBATIR.** – En la primera fase de la diligencia, se fijó como puntos en debate:

8.1 Determinar sobre la **RESTITUCION INTERNACIONAL DE** la niña **VALENTINA CUELLAR MUÑOZ** Conforme lo establece el Convenio de La Haya de 25 octubre de 1980, Sobre la Sustracción Internacional de Menores que se ha solicitado ordene la **RESTITUCIÓN INTERNACIONAL** de la niña **VALENTINA CUELLAR MUÑOZ** a su país de residencia habitual **COLOMBIA**, toda vez que ha sido trasladada y retenida ilícitamente por su madre la señora **JENNIFFER MUÑOZ PINEDA** en el Ecuador, sin que medie autorización expresa de su padre, el señor **HENRY HERNAN CUELLAR MELO**.

8.2 Determinar un Régimen de Visitas, tomando en cuenta que el señor **HENRY HERNAN CUELLAR MELO** reside en Colombia, por lo que se deberá establecer un régimen de visitas que incluya medios telemáticos a fin de garantizar el



derecho de la niña a tener relaciones personales con sus padres y demás familia ampliada y que el mismo sea adecuado a los derechos de la niña de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 77 del Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia del Art. 146 del Código Orgánico General de Procesos.-

**NOVENO: CONCILIACIÓN.** Dentro de esta primera fase, con fundamento en los Arts. 233, 234 y 333.4 del COGEP, en la etapa de conciliación, en forma libre y voluntaria, cobijados bajo los principios de voluntariedad, honestidad, flexibilidad, lealtad, reserva y legalidad, las partes tuvieron a bien alcanzar la siguiente fórmula conciliatoria:

Los progenitores de la niña sujeto de derechos en forma libre y voluntaria, sin coacción de ninguna naturaleza, en uso de sus plenas y normales facultades de volición y cognición, públicamente, en presencia física y telemática respectivamente, de esta juzgadora, el secretario, con la asistencia y de su patrocinio y defensa, acordaron lo siguiente:

1) que el Señor Henry Hernán Cueljar Melo, de nacionalidad colombiana, vecino de la ciudad de Popayán-Cauca, en calidad de padre de la niña Valentina Cueljar Muñoz, autoriza para que la niña se quede junto a su madre en el Ecuador, con el propósito de que se mantenga bajo su cuidado y protección.-

2) Para garantizar las relaciones paterno filiales entre padre e hija, han acordado que se llevará a cabo un régimen de visitas de manera específica, mismo que se cumplirá de la siguiente forma: La madre señora Jenniffer Muñoz Pineda, que se encuentra domiciliada en el sector de la quebrada de Turi, Barrio La Unión de esta ciudad de Cuenca-Ecuador perteneciente a la Provincia del Azuay junto con su hija la niña Valentina, quien se encuentra asistiendo al centro Educativo de la misma ciudad y país Ecuador, con el propósito de no afectar la continuidad de su educación, se compromete a llevar a su hija la niña Valentina desde el lugar de su residencia en Cuenca-Ecuador, hacia la ciudad de Popayán-Colombia, una vez al año luego del término del año escolar durante 15 días en el periodo de las vacaciones escolares, para que mantenga visitas con su padre el señor Henry Hernán Cueljar Melo y familia ampliada paterna quienes residen en Colombia, en la ciudad de Popayán en el domicilio, ubicado en la calle Carrera 11ª-1136 Barrio La Américas, para que permanezca compartiendo en ese periodo con su padre y familia ampliada paterna quienes brindará a la niña todas las garantías de estabilidad emocional y afectiva de acuerdo a la edad de la niña. Así mismo, al término de la visita la madre se compromete a retirar a la niña del mismo domicilio para llevarla al domicilio de ella. Adicionalmente durante el periodo escolar que la niña mantenga su residencia en este país de Ecuador junto a su madre, se autoriza para que el padre Sr. Henry Hernán Cueljar Melo pueda conectarse vía telefónica, telemática o electrónica con la niña todos los días domingos desde las 18h00 hasta las 20h00, lo cual será facilitado por la madre y cuando existan motivos por los cuales no pueda el progenitor cumplir con las visitas en la forma acordada hacia su hija, deberá informarlo con antelación a la Sra. madre de la niña.

3) en otro punto del acuerdo, el señor Henry Hernán Cueljar Melo se compromete a solicitar el archivo de las denuncias que ha presentado en contra de la señora



*Jennifer Muñoz Pineda en su país Colombia Para que la señora madre de la niña, pueda ingresar o salir sin problemas legales a su país con su hija.-*

*Hasta aquí los términos del acuerdo que los progenitores solicitan que sea aprobado en resolución.- En atención a los términos del acuerdo voluntario que, por ser el tema familiar, una materia transigible, previa su aceptación se hace las siguientes consideraciones jurídicas:*

**DECIMO.- ARGUMENTACION JURIDICA, LEGISLACIÓN GENERAL APLICABLE AL CASO EN CONCRETO.** – Como principios y normas que rigen

la materia motivo de este proceso, y que debido a la fundamentación de hecho, derecho, preferencias concretas de la acción, se indica como marco legal general que el numeral 9 del Artículo 11 de la CRE manda que, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, entre ellos la seguridad jurídica contenida en el Artículo 82 de la Carta Fundamental, el cual como garantía primordial de todo proceso, se sostiene sobre la existencia y respeto a la Ley pública, vigente y de aplicación obligatoria, lo cual garantiza una tutela judicial efectiva y debido proceso (Artículos 75 y 76.3 CRE). La Ley conforme el Artículo 1 del Código Civil (C.C) se la define como una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite; el Artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) determina que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República; en este orden de ideas, el Primer Inciso del Artículo 172 de la CRE en concordancia con el Artículo 28 del COFJ invocado, disponen que el juez deberá sujetarse a la normativa permitida, en respeto a la Ley, conforme ha sido analizado por la Corte Constitucional del Ecuador en la parte pertinente de la Sentencia No. 112-16-SEP-CC, Caso No. 0800-14-EP; y, en la parte pertinente del fallo N. 204-15-SEP-CC, Caso No. 126M4-EP.

**10.1.** Todas las pretensiones que se ventilan en esta materia deben ser consideradas con una visión y óptica de protección integral a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran reconocidos en la Constitución de la República, en el CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980, SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES: Artículos 2, 3: literales a) y b); Artículo 4, 7: literales a), b), c), d), e), f), g), h), i); Artículos, 11, 12, 14, 17, 18, 23.- En la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989: Art. 9 y 11.- la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, en el Código de la Niñez y Adolescencia con su Ley Reformatoria al Título V, Libro II., en el Código Organito General de Procesos y la Resolución Administrativa N° 162 publicada en el Registro Oficial N° 616 de 11 de enero del año 2012 del Consejo de la Judicatura, atendiendo al principio de su interés superior y respetando la equidad y equilibrio necesario a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.- considerando que, este entorno



permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo emocionales y culturales con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales, pues conforme al Art. 45 de la Carta Magna.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.- El Art. 424 de la CRE como principio, consolida la supremacía constitucional, señalando por tanto en forma expresa que el Art. 44 *ibidem*, manda que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de la niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

**10.2.-** Por medio del Art. 425 de la CRE, en el cual se establece la jerarquía de aplicación normativa, se tiene la certeza jurídica de que los tratados y convenios internacionales se aplican en siguiente orden jerárquico, por ello se invoca e indica que la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado Ecuatoriano mediante Decreto Ejecutivo 1330, publicado en el Registro Oficial No. 400, de fecha 21 de marzo de 1990, impone en sus Arts. 18.1, 27.1 y 27.2 la obligación de que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño; reconociendo el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

**10.3. El CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1990, QUE TRATA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES:** En su Art. 2.- dice: "Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.- El Art. 3.- El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en el literal a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado. Al respecto de su aplicación el Art. 4.- dice: "El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años".- El Art. 7.- Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea



directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan: a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; b) prevenir que él o la menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación. - En relación al principio de Inmediatez que la Constitución de la República del Ecuador contempla, se pronuncia la Convención mediante su Art. 11 y dice: Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante. - Así mismo El Art. 12.- Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor. El Art. 14.- Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables. El Art. 17.- El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado



podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio. El Art. 18.- Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento. Art. 23.- No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, legalización ni otras formalidades análogas.

**10.4** De conformidad a la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989, que contempla el Art. 9.- 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (...) que tiene relación al Art. 11.- 1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

**10.5** La Convención Americana de los Derechos Humanos (Registro Oficial 501, 6-VIII-1984), en el Art. 19 manda que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Registro Oficial 101, 24-I-1969), convino en su Art. 24.1 que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado; y, -

**10.6** De igual manera LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, en su Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

**10.7** De su parte El CÓDIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: en su Art. 77.- Protección contra el traslado y retención ilícitos de niños, niñas y adolescentes. - Se prohíbe el traslado y la retención de niños, niñas y adolescentes cuando violan el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país. Los niños, niñas y adolescentes que han sido trasladados o retenidos ilegalmente, tienen derecho



a ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes de conformidad con lo previsto en este Código. - El Estado tomará todas las medidas que sean necesarias para lograr el regreso y reinserción familiar del niño, niña o adolescente que se encuentre en la situación prevista en este artículo.

**10.8** En atención al procedimiento, el CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, en su Artículo 332.3 que los asuntos de la materia (Niñez y Adolescencia) se tramitarán por procedimiento sumario, involucrando inclusive a las medidas de protección administrativas precisamente por su nombre y finalidad pues se debe recordar lo que contempla el Art. 11 de la Constitución cuando señala los principios y como se los considera frente a las normas positivas, como por ejemplo el caso del numeral 5: " En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia".- Por mandato del artículo 4 de la Convención, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos por ella. En este contexto, nuestra normativa interna contempla el procedimiento para la aplicación judicial de ciertas medidas siempre y cuando sea necesario dictarlas (Art. 219 CONA).- El Art. 146.- (...) En materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas. (...)

**10.10** Adicionalmente, en base a la RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA No. 162, PUBLICADA EN EL REGISTRO OFICIAL No. 616 DE 11 DE ENERO DE 2012. El Art. 1.- Las juezas y jueces a nivel nacional, cumplirán lo dispuesto en la Convención de La Haya, Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en particular, lo previsto en el artículo 11 de la Convención que dispone que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en estos casos en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos. Actuarán con observancia del principio de interés superior del niño, niña o adolescente, el de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional, de celeridad, tutela judicial efectiva de los derechos y seguridad jurídica.- Con base a la normativa antes señalada se considera:

**DECIMO PRIMERO: CONSIDERACIONES y MOTIVACION:** Es provechoso reconocer que la opinión de los niños en función de su edad y madurez llevan importantes contribuciones que impactan genuinamente en los resultados de un proceso judicial en el que al momento de tomar una decisión sobre asuntos de importancia que resuelven sus derechos, se deben considerar como parte de los procesos de participación, el derecho a ser escuchados es más que un acto simbólico lo consideran ya las mayoría de legislaciones, pues ellos deben percibir si en efecto se consideró su opinión mediante una comunicación que refleje como se interpretaron sus comentarios y, las consecuencias existentes para ellos en las cuestiones tratadas. Con este preámbulo, del compendio que envuelve a esta causa, teniendo como base la petición del Estado requirente, conviene indicar que, la niña Valentina, fue escuchada en audiencia reservada por esta juzgadora previo a la convocatoria de audiencia durante el procedimiento, esto con fundamento a la normativa que la Constitución de la República del Ecuador contempla en los llamados derechos de participación y



como tal uno de los valores fundamentales para hacer efectiva la noción del niño como sujeto de derecho, otorgándole voz, para la consideración del interés superior, para interpretar y hacer respetar todos los restantes derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, generando conciencia de que en el ámbito judicial de familia, es de vital importancia escuchar a las y los niños y adolescentes en todos los ámbitos de la vida social y particularmente en aquellas situaciones en las que sus derechos se encuentran involucrados. A fin de que no quede duda alguna de lo que ha sido señalado se reflexiona sobre la siguiente normativa:

11.1. El inciso segundo del Artículo 45 de la CRE (identifica que este derecho de la niña, a ser consultada, por ser un asunto que le afecta, en congruencia con el Art. 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que dispone: "los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten", que esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez y que ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión, al respecto de este derecho, las y los Señores Jueces de la Corte Nacional de Justicia, en la parte pertinente del ensayo titulado: "Derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados, garantía judicial del debido proceso", extraído de la página 8 del boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia No. 8 Noviembre-Diciembre 2013, en el que indicaron: "(...) es el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados, en función de su capacidad progresiva, dentro de los procesos en los cuales se resuelva sobre sus derechos, para que se tomen en cuenta sus opiniones, "con el objeto de que la intervención ... se ajuste a las condiciones de este y no redunde en perjuicio de su interés genuino" (Caso Atala Rillo e hijas vs. Chile, Resolución de la CIDH, de 29 de noviembre de 2011, párr. 196).", En el citado artículo, es de importancia sublimar considerar: "c) El juzgador que se aparte de la voluntad y opinión de la niña, niño o adolescente debe aportar razones motivadas y fundamentadas para ello; d) Quien juzga debe explicar en su decisión como evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias que realizan las niñas, niños y adolescentes. (Caso Atala Rillo e hijas: párr. 12, 9, 196, 206 y 208).".

11.2 Es necesario considerar que, durante el procedimiento estuvo garantizado el derecho de la niña VCM, sujeto de derechos en esta causa, y que, en esta resolución también se tiene en cuenta su opinión, sin embargo con el objeto de obtener más elementos de base y suficientes para resolver sobre sus derechos, fue requerido dentro del procedimiento de esta causa, la intervención del Equipo Técnico que conforma la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia conformado por un o una profesional médico, psicólogo y trabajador social, quienes una vez cumplida la disposición, han informado sobre la situación bio-sicosocial, entorno familiar y desarrollo integral de la niña sujeto de derechos en esta causa; de su intervención escrita constan los informes investigativos de campo y en sus conclusiones de forma concreta, valorados en su conjunto, se desprende que: la niña Valentina C.M. se encuentra viviendo bajo el cuidado y protección de su madre en la ciudad de Guayaquil, Ecuador, mientras que su padre está radicado en Colombia su país de origen, la niña se desarrolla de manera satisfactoria en los diversos entornos y cuenta con redes de apoyo (abuela materna), en su salud no tiene antecedentes patológicos de



importancia, no tiene enfermedades infectocontagiosas, siendo su estado de salud calificado como bueno, con signos vitales estables, con buen estado nutricional, sin signos de privación alimenticia ni lesiones.- En el aspecto psicológico se hace conocer que la niña sujeto de derechos en su núcleo familiar actual no evidencia maltrato o violencia intrafamiliar, se encuentra recibiendo el cuidado y atención por parte de su madre con el apoyo de los demás miembros de la familia materna en su proceso de crianza que incluye, el desarrollo social, escolar y afectivo, que la niña ha logrado adaptarse al medio circundante actual, dentro del ámbito social, familiar y educativo sin dificultad alguna.- Dentro del ámbito académico no se evidencia dificultad alguna, la madre presta el seguimiento educativo respectivo.- Que con respecto al contacto con la figura paterna se viene realizando de manera frecuente a través de los medios telemáticos con ciertas dificultades de relacionamiento y vinculación dado los antecedentes que se presentan y las circunstancias por la pandemia que atravesamos, existiendo un vínculo afectivo de la niña Valentina con ambos progenitores.-

**DÉCIMO SEGUNDO-CONCLUSIONES:** Es deber en la resolución cumplir con la motivación exigida en el Artículo 76, numeral 7 literal f) de la CRE concordancia con la disposición del Primer Inciso del Artículo 172 de la CRE y con el Artículo 28 del COFJ, que el juez deberá sujetarse a la normativa permitida, en respeto a la Ley y en defensa de los derechos del niño (Art. 256 del Código de la Niñez y Adolescencia). La Corte Constitucional del Ecuador, en la parte pertinente de la Sentencia No. 112-16-SEP-CC, Caso No. 0800-14-EP ha indicado: "Debemos indicar que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta el derecho de las personas al acceso a la justicia y el deber de los operadores judiciales de ajustar sus actuaciones a los parámetros legales y constitucionales pertinentes; de esta manera, se configura el rol de jueces y juezas de ser garantes del respeto a los derechos que les asisten a las partes dentro de cada proceso; así, este derecho tiene como propósito principal, la consecución de la justicia al garantizar el acceso a los órganos judiciales, por lo que el Estado es el responsable de asegurar su adecuada ejecución, al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 numeral 9 de la CRE. De igual forma, este Organismo, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución, al desarrollar el derecho a la tutela judicial efectiva, ha determinado que este se concretiza en tres momentos: "(...) en primer lugar el consagrado procesalmente como derecho de petición, es decir, el acceso a los órganos jurisdiccionales; en segundo lugar, la actitud diligente del juez en un proceso ya iniciado y finalmente, el rol del juez una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos. Es decir, la tutela judicial efectiva va más allá del simple acceso gratuito a la justicia, implica una serie de actuaciones por parte del Estado que permitan asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución. Por tanto, los operadores de justicia deben enmarcar sus actuaciones sin ninguna especie de condicionamientos, teniendo como referentes exclusivamente las disposiciones constitucionales y legales aplicables al caso concreto (...)". Al respecto considerando que, en la especie, se ha respetado el principio de inmediatez, se ha cumplido con la disposición judicial ordenada por esta juzgadora por parte del Equipo Técnico de profesionales en la materia que conforman la Unidad Judicial de este ejercicio y, atendiendo a la actuación de campo examinadora, que sin duda, ha servido de apoyo para conocer la situación de convivencia familiar actual de la niña sujeto de derechos junto a su



madre en este país Ecuador, así mismo al encontrarse garantizado su derecho de ser escuchada en forma reservada por esta jueza, denotando que la niña se encuentra integrada a su nuevo ambiente, con elementos suficientes y convincentes para decidir sobre las pretensiones objeto de esta causa, bajo las prerrogativas de que, el acuerdo alcanzado por sus progenitores en relación a su hija, garantiza sus derechos integrales de salud, educación, cultura, deporte recreación, seguridad de ser cuidada por su familia biológica que al momento se califica a su madre como persona idónea, disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, respetando su libertad y dignidad, a recibir información y mantener relaciones afectivas y permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente al encontrarse separados y, como consecuencia de estas consideraciones, se **RESUELVE** aprobar el acuerdo de conciliación alcanzado por las partes, en relación a los siguientes puntos:

**1)** el Señor Henry Hernán Cuellar Melo, de nacionalidad colombiana, vecino de la ciudad de Popayán-Cauca, en calidad de padre de la niña Valentina Cuellar Muñoz, autoriza para que su hija la niña Valentina C.M. se quede junto a su madre Sra. Jennifer Muñoz Pineda, en el Ecuador, con el propósito de que se mantenga bajo su cuidado y protección. -

**2)** Se llevará a cabo un régimen de visitas con el fin de garantizar las relaciones paterno filiales entre padre e hija, de la siguiente forma: La madre señora Jennifer Muñoz Pineda, que se encuentra domiciliada en el sector de la quebrada de Turi, Barrio La Unión de esta ciudad de Cuenca-Ecuador perteneciente a la Provincia del Azuay junto con su hija la niña Valentina, quien se encuentra asistiendo al centro Educativo de la misma ciudad y país Ecuador, con el propósito de no afectar la continuidad de su educación, se compromete a llevar a su hija la niña Valentina una vez al año luego del término del año escolar, durante 15 días en el periodo de las vacaciones escolares desde el lugar de su residencia en Cuenca-Ecuador, hacia el domicilio de su padre el señor Henry Hernán Cuellar Melo quien reside en el domicilio ubicado en la calle Carrera 11ª-1136 Barrio Las Américas en la ciudad de Popayán-Colombia, para que, en calidad de visitas la niña permanezca compartiendo en ese periodo con su padre y familia ampliada paterna, quienes deben brindar a la niña todas las garantías de estabilidad emocional y afectiva de acuerdo a su edad. Así mismo, al término de la visita la madre se compromete a retirar a la niña del mismo domicilio para llevarla al domicilio de ella. Adicionalmente durante el periodo escolar que la niña mantenga su residencia en este país de Ecuador junto a su madre, el padre Sr. Henry Hernán Cuellar Melo se compromete a conectarse vía telefónica, telemática o electrónica con la niña todos los días domingos desde las 18h00 hasta las 20h00, dicha comunicación será facilitada en conjunto por la madre y el padre para que se cumpla y, cuando existan motivos ya sean personales o laborales por los cuales no pueda el progenitor cumplir con las visitas en la forma acordada hacia su hija, deberá informarlo con antelación a la Sra. madre de la niña.

**3)** en otro punto del acuerdo, el señor Henry Hernán Cuellar Melo se compromete a solicitar a las autoridades correspondientes, el archivo de las denuncias que ha presentado en contra de la señora Jennifer Muñoz Pineda en su país



*Colombia, para que, madre e hija, puedan ingresar sin problemas legales a su país.-*

*Quedando aprobado el acuerdo alcanzado por los progenitores en esta materia transigible, de conformidad a lo que permite la Constitución de la República del Ecuador en relación a los numerales 7 y 11 del CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980, y la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989. Al encontrarse dispuesto en el auto inicial en calidad de medida preventiva mientras dure el proceso judicial, la disposición de prohibición de salida del país para evitar un nuevo traslado de la niña VALENTINA CUELLAR MUÑOZ y, al estar concluida la causa con el acuerdo aprobado conforme se encuentra resuelto, luego de ejecutoriada y con esta razón en autos, se cancelará dicha medida que tuvo el carácter de preventiva.- Secretaría notifique el auto e imprímalo con la constancia de la firma electrónica generada por quien suscribe electrónicamente acorde a los Arts. 13 Y 14 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, que concentra lo siguiente: "Art. 13.- Firma electrónica.- Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos. Art. 14.- Efectos de la firma electrónica.- La firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio.". Cúmplase y hágase saber.-"*



## **DERECHO PENAL – DELITO DE ROBO CON RESULTADO MUERTE**

- **Juicio No:** 11282201905734G
- Del TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN LOJA PROVINCIA DE LOJA integrado por los Señores Jueces y Juezas Dres. Luis Felipe Valdivieso Arias, en calidad de Ponente, René Muñoz Palacios y Jorge Luis Valdivieso Cueva.
- POR LA FISCALÍA: LA DRA. BELLA CASTILLO HIDALGO
- IMPUTADO: LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ asistido por DEFENSOR PÚBLICO EL DR. DARWIN LEÓN GAHONA
- En representación de los derechos de la víctima y Acusadora particular la señora Rosarito Corina Mora Erráz el DR. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ARMIJOS.
- El caso trata de un proceso penal por un delito de asesinato con pena privativa de libertad de TREINTA Y CUATRO AÑOS Y 4 MESES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD y que, por la oportuna intervención técnica de la Defensoría Pública del Ecuador, se logra una rebaja en la condena a DOCE AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD por el delito Robo con resultado de muerte previsto la norma legal contenida en el ante penúltimo inciso del Art. 189 del COIP,.
- Se llevó a instancia de Audiencia oral pública y contradictoria al imputado por la presunta comisión del delito reseñado, siendo la pena aplicable, atento a la responsabilidad imputada en el caso, y luego de la realización del ejercicio matemático para la imposición de la pena, siendo necesario considerar, en especial la agravante prevista en el numeral 5 del Art. 47 del COIP, esto es, cometer la infracción con la participación de dos o más personas, hecho que fuere acreditado en autos, ya que el procesado participó de una manera activa en el



antijurídico que se juzga; lo que obligó al Tribunal a modular la pena e imponerle al señor LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ, según lo prescrito en el inciso tercero del Art. 44 del COIP, la pena máxima prevista en el tipo penal aumentada en un tercio, correspondiéndole la pena agravada de TREINTA Y CUATRO AÑOS CUATRO MESES de privación de la libertad, más el pago de la multa que asciende a la cantidad de OCHOCIENTOS SALARIOS BASICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, conforme lo establece el Art. 70 numeral 14 del COIP, vigente al fecha de la comisión de la infracción (2019); más los mecanismos de reparación consistentes en: 1) Rehabilitación psicológica; 2) Las disculpas públicas 3) La indemnización por daños materiales e inmateriales, producto de la infracción ocasionada, que para ello el Tribunal, ha considerado la fórmula establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Neira Alegría y otros vs. Perú, por lo que se tomará como parámetros el salario básico unificado vigente al año 2019 (\$394,00), fecha en la que se suscitaron los hechos, conforme obra de la prueba actuada, en la que se estableció la edad del occiso al momento de su fallecimiento era de 32 años de edad, por lo que considerando la expectativa de vida según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, que establece 86 años de vida como promedio; cuantificando dichos rubros esto es  $\$ 394,00 \times 12 \text{ meses} = \$ 4.728 \times 54 \text{ años}$  que le restaban como promedio de vida, dando un total de \$ 255. 312 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, en su parte proporcional- Así como las medida de protección previstas en los numerales 2 y 3 del Art. 558 del COIP.-

- Sin perjuicio de lo arriba expresado, cuando se produce la detención de Luis Antonio Guambaña Gutiérrez; se le designó Defensor Público y cuando se estableció la coordinación con



la defensoría pública para que el procesado rindiera su versión de los hechos, es allí cuando se propuso el tema de la cooperación eficaz, en cumplimiento con lo que establece el Art. 492 del COIP y siguientes. Es así que se hizo un documento por escrito y el señor rindió su versión. Inicialmente el procesado se iba a acoger al derecho al silencio y que era inocente, pero asistido por su defensa el señor procesado realizó el acuerdo de cooperación eficaz, brindando los datos que constan en la versión. **En el Estado ecuatoriano se reconoce el derecho premial, el instituto de la “Cooperación eficaz” está dentro del ordenamiento legal ecuatoriano.**

- Como consecuencia de esto, el abogado Defensor EL DR. DARWIN LEÓN GAONA, en ocasión del juicio oral, no controvertió ni materialidad ni responsabilidad de su defendido; y, que su pretensión es la aceptación y modulación de la pena, por haberse acogido su patrocinado a la cooperación eficaz, lo que le permitió a Fiscalía tener los elementos necesarios para esclarecer los hechos y sus partícipes.
- En el desarrollo de la audiencia de juzgamiento la Fiscalía y la defensa del procesado hicieron conocer al Tribunal, respecto al acuerdo de cooperación eficaz, celebrado entre la Fiscalía y el procesado, avalado por su Defensa Técnica, por lo que finalmente el Tribunal aceptó dicho beneficio procesal, el que resultó ser eficaz, y conllevó a la reducción e individualización de la pena, tomando para ello las circunstancias agravantes ya indicadas; ya que la pena a imponerse, no podrá exceder de los términos del acuerdo; pena que fuera acordada de manera libre y voluntaria entre Fiscalía y el procesado en DOCE AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD. Si hacemos la inferencia conforme las reglas del



artículo 493 del COIP, la pena a imponerse no puede ser menor al 20% de la pena mínima fijada para la infracción, esto es veintidós años que obtenido el 20% serían cuatro años cuatro meses de privación de libertad, pena que debe ser aumentada en un tercio, en razón de las circunstancias agravantes; por manera, que en acatamiento a esta cooperación o derecho premial, el Tribunal de Garantías Penales de Loja, impone una pena privativa de libertad de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, siguiendo las mismas reglas en relación a la multa y la reparación pecuniaria le corresponde así mismo el 20%, tanto de los ochocientos salarios básicos unificados, como de los \$ 255. 312, de los Estados Unidos de Norteamérica.- Por las consideraciones expuestas, al haberse comprobado conforme a derecho tanto la materialidad como la responsabilidad penal del procesado LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ; por lo que el Tribunal, acogiendo en parte la acusación Fiscal, de conformidad con lo establecido en los Arts. 621, 622 y 623 del Código Orgánico Integral Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, el Tribunal de Garantías Penales de Loja, dicta sentencia declarando la CULPABILIDAD del procesado señor LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ cuyas generales de ley constan al inicio de este fallo; en calidad de COAUTOR del delito robo con resultado de muerte, cuya conducta se encuentra tipificada en el inciso ante penúltimo del Art. 189 del COIP, en relación con lo previsto en los Arts. 44 inciso tercero, 47 numeral 5 y 493 del referido cuerpo de leyes, imponiéndole una pena de: DOCE AÑOS de privación de la libertad pena, en razón a la cooperación eficaz, pena que la cumplirá de conformidad con lo establecido en el Art. 77.12 de la Constitución de la República y el Art. 693 del Código



Orgánico Integral Penal, en el Centro de Privación de la Libertad de personas adultas en Loja, debiendo descontársele el tiempo que hubiera permanecido privado de su libertad por esta causa, quedando en interdicción el sentenciado mientras dure su condena, conforme lo establece el Art. 56 del COIP.- Se lo condena además al pago por concepto de MULTA de CIENTO SESENTA SALARIOS BASICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, vigente al fecha de la comisión de la infracción (2019), multa que será cancelada en la forma como lo determina el Art. 69 numeral 1 ibídem.- En torno a los mecanismos de reparación tenemos: 1) Rehabilitación psicológica, para los padres del fallecido; 2) Las disculpas públicas a los familiares del occiso, las mismas que ya se las deberá hacer por medio de una publicación de prensa, en el domicilio de los padres del fallecido; 3) La indemnización por daños materiales e inmateriales, producto de la infracción ocasionada, por lo que en lo referente a la reparación inmaterial, la cual se traduce en los sufrimientos que atravesaron sus padres e hijo de la víctima, por las circunstancias en las que ocurrió el hecho, dicho daño moral es difícil de ser cuantificable, para lo cual el Tribunal, teniendo como referente lo ya expuesto y según la fórmula establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Neira Alegría y otros vs. Perú, le correspondería la cantidad de CINCUENTA Y UN MIL SESENTA Y DOS DÓLARES CON CUARENTA CENTAVOS, de los Estados Unidos de Norteamérica (USD\$ 51.062.40). Así como se dictan las medida de protección previstas en los numerales 2 y 3 del Art. 558 del COIP.-

- **Fundamento normativo:** la Sentencia analizada encuentra sus fundamentos normativos el Código Orgánico Integral Penal, la Constitución de la República del Ecuador, y en cuanto a la



reparación del daño, en las formulas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente las tratadas en el caso “Neira Alegría y otros vs. Perú”.

Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Loja Provincia de Loja, sentencia a ciudadano a 12 años de prisión por robo con resultado de muerte.

**Juicio No:** 11282201905734G

**NORMA ASOCIADA:**

CRE: 77 COIP: 189, 44, 47, 493

**Tema:** Robo con Resultado de Muerte.

**Descriptor:** Atentado contra la vida, atentado contra la propiedad.

**SÍNTESIS:**

Inicia un proceso penal por el delito de asesinato con pena privativa de libertad de 36 años y por la oportuna intervención técnica de la Defensoría Pública del Ecuador, se logra una rebaja en la condena a 12 años por el delito Robo con resultado de muerte.



**GUAMBAÑA GUTIERREZ LUIS ANTONIO**  
**Dr / Ab: DARWIN HEVERLADI LEON GAONA**

**TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL**  
**CANTÓN LOJA PROVINCIA DE LOJA**

*En el Juicio No. 11282201905734G, hay lo siguiente:*

*Loja, viernes 26 de febrero del 2021, las 09h47, VISTOS: Los días 14 y 21 de enero 2021, se constituyó el Tribunal de Garantías Penales de Loja, integrado por los jueces Dres. Luis Felipe Valdivieso Arias, en calidad de Ponente, René Muñoz Palacios y Jorge Luis Valdivieso Cueva, en Audiencia oral pública y contradictoria, para conocer y resolver la situación jurídica del procesado señor LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ, contra quien el señor Juez de la Unidad penal del cantón Loja, con fecha 2 de diciembre de 2020, llamó a Juicio, por considerarlo autor de haber infringido la norma legal contenida en el ante penúltimo inciso del Art. 189 del COIP, esto es, el delito de robo con resultado de muerte; una vez concluida la audiencia, y luego de haber deliberado por unanimidad llegó a la decisión de declarar su culpabilidad, la misma que en ese momento fue dada a conocer de manera oral a las partes procesales por lo que, ahora corresponde emitir la sentencia por escrito debidamente motivada y para hacerlo se considera: PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Conforme reza el Art. 1 de la Constitución de la República, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que los órganos del poder público deben observar y aplicar la Constitución, los instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico, con el objeto de no contrariar a sus disposiciones ni menoscabar derechos y garantías.- El Art. 7 inciso primero del Código Orgánico de la Función Judicial, señala: La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de Fiscales y defensores*



*públicos en el ámbito de sus funciones...”.- Por consiguiente, el Tribunal es competente para conocer y resolver la situación jurídica del procesado LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ, conforme lo establecido en los artículos 167 y 178 numeral 3 de la Constitución de la República. La etapa del juicio conforme lo dispuesto en los Art. 170, 221 numeral 1, y Art. 222 del Código Orgánico de la Función Judicial se ha sustanciado con observancia de las normas constitucionales y legales del debido proceso; y, el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- De conformidad con lo establecido en los artículos 75, 76, 77, 168.6 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador en la tramitación de esta causa se han observado las garantías del debido proceso, sin que exista omisión de solemnidad sustancial alegada que pueda influir en su decisión o cause su nulidad; por lo expresamente que se declara su validez; TERCERO.- IDENTIDAD DEL PROCESADO.- El procesado se ha identificado ante este Tribunal con los nombres de: LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ, de nacionalidad ecuatoriana, con CC. No. 1151071634, unión libre, de 30 años de edad, cerrajero, nacido y domiciliado en el barrio Celi Román, calles Vicente Paz y Francisco Eguiguren, en esta ciudad de Loja.- CUARTO.- DERECHOS Y GARANTÍAS DEL OFENDIDO Y DEL PROCESADO.- El Tribunal, informó al procesado sus derechos constitucionales y legales, sobre el entendimiento de los cargos que la Fiscalía ha formulado en su contra, así como la gravedad de los mismos y de las consecuencias que se pueden derivar de ser encontrado culpable, se le hizo conocer los derechos que le garantiza la Constitución de la República del Ecuador, así como el derecho a ser juzgado ante un juez natural e imparcial; su derecho a la defensa, como en efecto se encontraba patrocinado por el Defensor Público el Dr. Darwin León Gahona; a no auto inculparse, que podía o no contestar las preguntas que se le formulen, que podían consultar a sus abogados previo a contestar a cada pregunta,*



que su testimonio es un medio de defensa, que será considerado por el Tribunal en el momento de resolver, en virtud de los principios de concentración, inmediación, unidad dispositiva de la prueba y de contradicción; y, se le advirtió que esté atento a las actuaciones y exposiciones que se desarrollen en la audiencia de juzgamiento; QUINTO.- ALEGATOS DE APERTURA: 5.1 LA DRA. BELLA CASTILLO HIDALGO en representación de la Fiscalía, en lo principal dijo: que entre las 23h30 del 28 de noviembre de 2019 y las 02h00 del 29 de noviembre de 2019, el señor Jimmy Israel Veintimilla Mora, se había trasladado al sector centro occidental de la ciudad, al barrio Celi Román, en un lote baldío que se lo conoce como “el hueco”, le fueron sustraídas sus pertenencias y victimado, que en dicho lugar, venden y consumen drogas, en donde se encontraban entre otros con el procesado, quien no solo era su proveedor de drogas sino su acreedor, ya que le fiaba o le compraba la droga a crédito, concurriendo a ese lugar el occiso con ese fin, que en ese lugar el procesado y otro de los co procesados, se percataron que el señor Veintimilla Mora, andaba con un bolso en cuyo interior se encontraban unas pistolas o armas de fuego, que la víctima había decidido ponerlas en venta; que para sustraerle esos bienes lo golpearon, lo patearon y finalmente lo victimaron, a través de un estrangulamiento; por lo que la fiscalía lo acusa al procesado en calidad de coautor del delito de robo con resultado de muerte, acción prevista en el inciso 6to del Art. 189 del COIP; además, el 24 de enero del 2020, que con el procesado suscribió una cooperación eficaz, previo a que rinda su versión, la misma que está bajo reserva, y que se presentará en alegato final; 5.2.- EL DR. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ARMIJOS, en representación de los derechos de la víctima y Acusadora particular la señora Rosarito Corina Mora Erráez, expreso: que se adhiere a lo expuesto por fiscalía, 5.3.- EL DR. DARWIN LEÓN GAONA, Abogado defensor del procesado señor Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, en lo principal manifestó: que no controvertirá ni materialidad ni responsabilidad; y, que su pretensión es la aceptación y modulación de la pena, por haberse acogido su patrocinado a la cooperación eficaz, lo que le permitió a Fiscalía tener los elementos necesarios para esclarecer los hechos y sus partícipes; 6. PRUEBA DE CARGO.- 6.1. PRUEBA TESTIMONIAL: 6.1.1.- EL SEÑOR SGOS. HERNÁN OSWALDO GUAITARA ALTAMIRANO, en lo principal señaló: que en torno a los hechos el 29 de noviembre de 2019, estaba de turno de la Unidad de Homicidios, que fueron alertados por Ecu 911, que refirieron que existía un fallecido en un lote baldío y como referencia dieron el Instituto de Idiomas; que avanzó a las 2 de la tarde con criminalística, que pudieron constar un cuerpo de sexo masculino, de 30 años de edad, quien estaba con un surco a la altura del cuello,



que luego en las diligencia investigativas lograron determinar que el señor fallecido era el señor Jimmy Israel Veintimilla Mora, de 33 años de edad; que en el lugar pudieron constatar conjuntamente con criminalística varios indicios esto es, un teléfono celular color negro, que en la parte posterior estaba un número terminado en 3359, que encontró varios cartuchos o municiones de fogueo, varios elementos constrictores, cordones de color café; que luego entrevistó a varias personas entre ellas a la señora Anghe Romero, conviviente del fallecido, quien les dijo que su conviviente lo había visto el día anterior el 28 a las 18h00 aproximadamente, quien había salido a una reunión y que su conviviente tenía 3 armas de fogueo aturdidoras, que le había dado el señor Mágnun Alejandro Landázuri León, para que las venda; que luego se contactaron con Mágnun Landázuri, quien les indicó que efectivamente le había dado las 3 armas de fogueo aturdidoras al fallecido para que las venda, por un valor de entre USD\$ 400 o 600; que luego se entrevistaron con Leonardo Tello, que es el administrador del restaurant Gato Suco, quien les indicó que Jimmy había estado en el bar hasta las 10 de la noche del 28 de noviembre de 2019, quien les había indicado las armas, quien también había comprado una botella de wiski y que se había tomado la mitad, que luego se había retirado, a eso de las 10 de la noche y abordó un taxi y el taxista lo llevó a la Celi Román que es conocido como el sector "el hueco", eso aproximadamente a las 23h00 aproximadamente; que luego, como investigadores solicitaron la extracción de la información del teléfono celular, que se encontró en el lugar de los hechos, por medio del analista de la Unidad, se logró determinar que ese teléfono estaba siendo utilizando el señor Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, ya que tenía varias conexiones con su conviviente con quien tiene un hijo en común; que el sector que se lo denomina como "el hueco" está ubicado en las calles José María Riofrío y Carlos Román; que le dijeron que ese lugar era utilizado para reunirse varias personas con el fin de fumar sustancias sujetas a fiscalizaciones en horas de la noche; que el sitio es un lote baldío y en el medio existe un hueco, en donde lo encontraron al fallecido; que en horas de la noche no hay afluencia de personas en el sector, el mismo que es usado para realizar cosas ilícitas como fumar y las personas que pasan les proceden a robar; que Jimmy Veintimilla Mora, era un vendedor de café, que hacía exposiciones del café que producía, que tenía también un centro de rehabilitación para personas adictas; que la conviviente Anghe Romero, les dijo que el occiso tenía problemas de adicción y ese día 28, le había dicho que se trasladaba al centro y luego desconoció de su paradero; que en el sector "el hueco" habían estado algunas personas como el alias "La tortuga" cuyo nombre son Luis Alfredo Vargas León, "Tuquín" de nombres Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, el alias "Alex chiquito" de nombres Andrés Alexander Correa Mendieta; el alias "Murquincho" de nombre Edison Carlos Murquincho Cuenca; el señor de alias "Marihuana" de nombres José Luis Yunga Pacheco; el alias el "Chamba" quien era el señor Diego Javier Chamba Culquicondor; que estas personas frecuentan "el



hueco” ya que son adictos y fuman sustancias sujetas a fiscalización; que el occiso se había ido a ese lugar porque era adicto y fue a buscar que le vendan o fumar en el lugar; que el occiso estaba vendiendo armas de fogeo, que son armas aturdidoras y que al momento que se disparan no causan daño a las personas, solo son como de disuasión; que el valor de estas armas en el mercado oscila de USD\$ 400 a 600 dólares, ya que eran nuevas; que el teléfono que ese encontró en el lugar fue un teléfono negro pequeño de marca Samsung que estaba junto al cuerpo del occiso; que el teléfono esa noche lo tenía el señor Luis Guambaña; que se encontró los elementos constrictores que eran los cordones, que en la vestimenta se observó que no tenía uno de los cordones, el que estaba junto a la víctima lo que le hizo presumir que con este pasador le causaron la muerte; que la víctima estaba con una camisa multicolor, pantalón jeen, zapatos color café; que uno de los zapatos no tenía cordón y coincidía con el fragmento de cordón que encontraron cerca de la víctima y el en cuello solo había un surco; que las armas no las encontraron, solo encontraron los cartuchos que se utiliza en estas armas, que estaban sin uso; que luego que le causan la muerte al ciudadano, se las sustraen las armas ya que él tenía en un bolso color negro, y al momento de levantamiento no había ningún bolso; que el señor Tello sabía ya que el señor Veintimilla les indicó que quería vender las armas; que al realizar el levantamiento no había ni armas ni bolso; que luego se supo que el señor Luis Antonio Guambaña y Alias “La Tortuga” se habían sustraído esas armas; que en las investigaciones lograron establecer que Luis Antonio Guambaña , al otro día compró un pasaje en la Cooperativa Loja a la ciudad de Machala; AL INTERROGATORIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR, en lo principal señaló: que reconoce los cordones, porque estuvieron cerca de la víctima y son los mismos que constan en el informe; que reconoce los cartuchos ya que estaban en diferentes lugares y son los mismos del informe; que el teléfono de la escena es de color negro, y en la parte posterior está el número terminado en 3952; que el otro teléfono lo obtuvieron el 24 de enero del 2020, luego que se procedió hacer efectiva la boleta de detención del señor Guambaña , en el que existe un número que es el 3359; que participó en el operativo para detener a Guambaña , que lo encontró en una habitación, estaba oculto en un cuarto, que los dueños del domicilio no querían que revisen en lugar, que el señor aparentemente estaba bajo los efectos del alcohol y cuando se enteró que lo iban a detener, lo negó, no quería cooperar, que le indicaron las razones de la detención; que la familia no quería que lo saquen; que allanaron 2 domicilios, ya que en primera instancia tenía un domicilio que estaba cerca de la escena del delito, en el sector de la Celi Román en donde el señor frecuentaba, que luego se había movido a otro domicilio, en que lo encontraron tras la UTP, que se lo conoce como casa del terror; AL CONTRA EXAMEN DEFENSA DEL PROCESADO, en lo principal señaló: que las evidencias que encontraron en “el hueco” son los cartuchos, los elementos constrictores y el celular; que el



celular era usado por Guambaña; que fue parte de la investigación y los diferentes nombres salen de las entrevistas que realizaron luego que encontraron el cuerpo; que no escuchó ni leyó la versión del señor Guambaña; que en el lugar solo se encontró evidencias relacionadas con alias “Tuquín”; AL REDIRECTO DE LA FISCALIA, en lo principal dijo: que de todos los indicios había el teléfono terminado en 3359, que se estableció que lo usaba “Tuquín”; que los datos de las otras personas, se supo por las entrevistas realizadas en sector; que el alias el “Mudo” es el señor Arizaga, que este señor les indicó que habían estado fumando en “el hueco” y que habían estado entre las personas nombradas, que había llegado un señor que no lo conocen y que alias “Tuquín”, como había estado fumando se había paniquiado, que había llegado la mafia que los quieren matar y al momento que llega Veintimilla y “Tuquín” le cogen de la parte posterior del cuello; que paniquiado es asustado, que el “Mudo” dijo que se habían repartido las armas entre “Tuquín” y la “Tortuga”; AL RECONTRINTERROGATORIO DE LA DEFENSA, en lo principal dijo: que como evidencias tenían el celular para solicitar la detención; que luego de la detención del señor Guambaña, supieron los demás nombres que estuvieron esa noche en “el hueco”; 6.1.2.- EL SEÑOR CBOS. WILLIAM NOE MEJIA TENEMPANGUAY, en lo principal de su testimonio dijo: que realizó la diligencia de conectividad entre las relaciones telefónicas y el análisis del caso; que el 29 de noviembre del 2019, que hubo un fallecido en el sector de la Facultad de Medicina, se manejaba la premisa de muerte violenta; que encontraron varios indicios, un teléfono celular color negro que en la parte posterior un impreso del número de celular 0939443359, que inició con este activador, solicitó los reportes telefónicos de este número, logró determinar la tenencia de este número a través del análisis telefónico de este número; que en el lugar del hueco llegaban personas indigentes y de mala calidad que se dedican a fumar droga y robar y que en el sector venden sustancias y consumen drogas; que llegaban personas indigentes de mala calidad; que el cadáver se llamaba el señor Jimmy Israel Veintimilla Mora, que los móviles de la muerte en primer instancia no sabían y se manejaba con la familia una hipótesis que era por sustancias que le había dado y que las había perdido, que era más por la sustancias que no había pagado; que luego en las investigaciones se determinó que a Luis Guambaña que era el que tenía el número, que se llegó a él por la incidencia de las llamadas; que ven la cobertura de la antena, ven que cara de la antena es la que está cubriendo el sector, en ese sector cubre la antena 31321; que hubo una llamada a las 9H21 del número 093863058, más o menos duró unos 1022 segundos esta llamada y la recibió el número 0939443359 que es el número que se encontró impreso en el teléfono que se encontró en el lugar de los hechos, esto es dato importante para la cobertura y la geo posicionamiento en el sector; que en torno a la ubicación y relación del señor Luis Guambaña, con ese número es por los reportes telefónicos y la gran incidencia de comunicaciones entre el 0993863058, que el abonado



era Jenifer Fernanda Cornejo Romero, pero la tenencia es de la ciudadana Marjuri Alexandra Bustamante Soto, quien es pareja sentimental de Luis Guambaña, que llegaron a este número por la incidencia de comunicaciones del 099443359 con este número, que este número es ingresado en el teléfono que estaba en el lugar de los hechos y que también fue ingresado en otro teléfono que es de IMEI 014837000435240, que es ingresado por el número de celular 0988271171 que aparte de que es el abonado el señor Luis Antonio Guambaña Gutiérrez también es tenencia del señor, ya que es el mismo número de incidencia de llamadas tanto de un número como del otro que era la ciudadana Marjuri Bustamante Soto; por eso se pidió una boleta con fines investigativos para Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, con esa premisa legaron la ciudadano; que el análisis de llamada es determinar la incidencia de llamadas entre varios números o IMEI; que analizó toda la información que les puede brindar el IMEI del celular el chip del número de teléfono y toda su conectividad; que el teléfono analizado fue el teléfono encontrado tanto en la escena del crimen como el número que estaba impreso en el teléfono celular, que el número impreso es el 0939443359 y el IMEI encontrado es el 351891065159300, es el teléfono encontrado de marca Samsung, modelo GT- C- 35-20I; que había un número impreso y la operadora era de Claro, que estaba registrado a nombre Angela Patricia Basurto Vélez, que era por las comunicaciones usado por Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, ya que se dio por las incidencias de comunicaciones y las más relevantes era con el número 0993863058 cuya tenencia era de Marjuri Bustamante Soto, que la tenencia es quien lo usa; que Marjuri Bustamante Soto es la pareja sentimental del señor Luis Antonio Guambaña a quien se lo conoce como "Tuquín"; que eso se estableció por la explotación de redes sociales ya que con esa persona tiene un hijo en común y en las redes sociales lo menciona a Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, que lo ama, dentro de lo que es las redes sociales; que había incidencias de llamadas entre el número 0993863058 que es de Marjuri y el 0939443359 que es el impreso del teléfono de la escena del crimen, las comunicaciones son las que se tiene dentro del reporte telefónico que se pidió del 1 de enero del 2019 hasta el diciembre de 2019; que en ese tiempo entre estas dos personas habían 49 llamas entrantes y 69 salientes, la cantidad de llamadas entrantes y salientes que el 0988271171 era tenencia de Luis Antonio Guambaña Gutiérrez; que este número está registrado a nombre del señor Luis Antonio Guambaña Gutiérrez y tuvo la tenencia; que el IMEI 014837000435240, que este es un enlace que ellos dos números han ingresado en este teléfono que termina en el 3359 y el 1171 fueron ingresados en este IMEI, tiene una relación en común; que luego con esa información procedieron a pedir el allanamiento en el sector de la Celi Román, luego escapó a otro lugar, que al otro día pudieron determinar que estaba escondido donde la mamá en el sector del Valle, por las calles Marcabelí, que con la orden de allanamiento ingresaron y pudieron encontrarlo y detenerlo; que en posición del procesado había un



teléfono Huawei turquesa y dos chips, uno de ellos era el número 0939443359, estableciendo la tenencia real de este número por el procesado, se hizo la detención y en la versión les indicó que algunos ciudadanos que había estado en el lugar de los hechos, que les dio el alias “La Tortuga”, “El Chamba”, “El Yunga”, “Alex chiquito” y “Jairo”, que le no mencionó a un alias “Murquincho”; que luego se da las averiguaciones, establecieron quienes eran estos ciudadanos y obtuvieron los nombres completos de Luis Alfredo Vargas León alias “La Tortuga”, de Diego Javier Chamba Culquicondor, que el alias “Marihuana” era José Luis Yunga Pacheco; que Walter Kenet Díaz Tillaguano era el alias “Bolas”; que el alias “ Alex Chiquito” es Andrés Alexander Correa Mendieta; que “Jairo” es Jairo Belarmino Japón; que la víctima llegó a este sitio; que observó unos videos en lo que la víctima había estado ingiriendo alcohol en el bar el gato suco, que había estado hasta las 9 de la noche, que había tomado un taxi, en las cámaras se lo vio subir a un taxi y pasar por las calles Olmedo; que el dueño del taxi les dijo que lo había dejado cerca de la Celi Román con una mochila y había ingresado al sector “el hueco”; que en el bar había dicho que tenía unas ramas traumáticas en venta; pero esas armas se pueden intimidar a una persona; que en el bolso habían las 3 armas que tenían un precio de USD\$ 350 a 800 dependiendo del tipo; que luego, determinaron las identidades de los ciudadanos, que obtuvieron las ordenes de investigación y los fueron deteniendo y en sus versiones indicaron que habían estado en el lugar; que el ciudadano les había mostrado las armas, que había pedido droga, que había estado consumiendo; que Luis Guambaña, y “La Tortuga”, viendo que tiene las armas se han acercado y lo han agredido, que eso mencionaban ellos, que se le había acercado Luis Guambaña, y lo había ahorcado, que “La Tortuga” lo había pateado y luego se han repartido las armas; que por “El Bolas” supieron que “El Tortuga” se había ido a Guayaquil, Cuenca o Machala a vender las armas; que la víctima había tenido problemas con las sustancias estupefacientes; que el alias “el mudo” es Juan Arizaga que es el primo de Luis Antonio Guambaña, que como tiene parecido físico se lo abordó presumiendo que era Luis Guambaña, ya que estaba cerca de la vivienda y él les mencionó que Luis Guambaña, estaba con miedo por una situaciones que había sucedido en “el hueco”; que las armas la víctima las había obtenido por el señor Magno Landázuri, quien le había facilitado esas armas para que las venda y se ayude; que las armas eran nuevas estaba con las cajas; que en el lugar encontraron algunos objetos como los cartuchos, el teléfono y elementos constrictores que estaban junto al cadáver; que el teléfono celular es pequeño y tiene impreso en la parte de atrás un número y el otro teléfono lo encontraron en la detención de Luis Guambaña Gutiérrez; que la víctima, era una persona que se dedicaba a la venta del café; que por el consumo, hubo una separación con su pareja sentimental, era padre de familia ya que tenía una hija; que estaba buscando al alias “El Tortuga”, que ha estado en varios lugares del país; AL INTERROGATORIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR, en lo



principal dijo: que la actitud de Luis Guambaña cuando iba a ser detenido, fue de resignación, que el procesado luego de la muerte se fue a su casa a Machala y luego a Guayaquil; AL CONTRA EXAMEN DE LA DEFENSA DEL PROCESADO, en lo principal dijo: que los hechos ocurrieron el 29 de noviembre del 2019, que la boleta de detención fue el 24 de enero del 2020; que habían transcurrido dos meses, esto por las investigaciones, que al inicio no tenían mayor información, que luego se supo la tenencia del número telefónico; que la tenencia del celular era lo único que tenían para la detención del ciudadano Guambaña; que hasta el 24 de enero del 2020 solo tenían que el celular encontrado junto al difunto que era de Luis Guambaña, que en eso dos meses no habían tenido más información; que con el señor Guaitara Altamirano participaron en la detención; que la información respecto a que en el lugar habían otras personas, salió por información de Luis Guambaña, quien dio la información de las otras personas, ya que solo decía los nombres de los alias; que para saber quién era los alias, la Dinased le puso una fotografía para que lo reconozca y allí determinaron los nombres reales de cada uno de ellos; que la certeza que estuvieron las otras personas, fue a raíz de la versión de Luis Guambaña; que hasta antes del 24 de enero de 2020, era complicada ya que tenían otra tesis; que se habían entrevistado con vecinos del lugar y solo decían los alias y pudieron obtener fotografías que le mostraron al procesado; que la información dada por Luis Antonio Guambaña, fue bastante relevante para la investigación; 6.1.3.- EL SEÑOR JOSÉ LUIS YUNGA PACHECO, en lo principal de su testimonio señaló: que en el lugar, llegó a consumir sustancias, estuvo consumiendo y entre las 10 de la noche llegó el fallecido; que en el lugar estuvieron consumiendo sustancia; que “Tuquín” salió y dijo que regresaba, regresó y comenzó a preguntar qué es lo que tenía en la mochila y el fallecido dijo que no tenía nada y “Tuquín” se levantó a revisarle, comenzó agredirlo, le sacó las armas y las rastrilló, que les dio medio que las dispare, luego “Tuquín” lo pegó, que les dijo que no les hagan daño; que no sabe que paso por la mente de “Tuquín”, que no se metan y que él tenía miedo, les quitó las armas, que estaba con “Jairo”, que luego le dijo a “Murquincho” quien le sacó el cordón y lo comenzó ahorcar, y les dio miedo que los dispare y les dijo que se vayan, que “Tuquín” y “Murquincho” se fueron con dirección a la escuela y luego salió la novedad que se había encontrado el fallecido; que ese día estaba como medio mareado, ya que tomó en la construcción, que ese día le dio como ganas de comprar sustancias, base de cocaína, que ese sitio se lo conoce como “el hueco”, que allí se encontraban otras personas que llegaban a consumir ya que es medio tapadito; que consumían y vendían sustancia de otros lados; que esa noche estaban “Bolas”, “Walter”, “Kenet”, “Jairo”, “Tuquín”; “El Stuart”; y otras personas; que no lo conocía a “Murquincho” que estaba allí; que “La Tortuga” no estuvo allí; que estaba como 9 personas ese día; que el finado llegó a las 22h30 o 23h00, que él es amigo de un señor “Prieto” en la cancha grande, que esa noche llegó solo, que bajo un señor con



mochila negra que se acercó y se sentó a consumir y lo vio dos veces; que el finado llegó con dos fundas y estaba el que vendía, preguntó quién tiene y compro dos fundas más y comenzó a fumar, se sentó y estaba a un lado y los veía; que Tuquiño comenzó a hurgarle la mochila y sacó unas armas 2 0 3, que luego las rastrillo, como estaba oscuro, les dijo que no le hagan huevadas y les dijo que no se metan; que “Tuquín” rastrillaba una arma, y como estaba con miedo que les vayan a disparar se quedaron quietos; que se levantó “Murquincho” le sacó el cordón y lo comenzó a asfixiar; que “Tuquín” lo pateó para poderle quitar las armas; que le dieron un patazo; que “Tuquín” le dijo a “Murquincho” vamos y lo ahorcó “Murquincho” y “Tuquín” le dijo lo revisó y les dijo váyanse y ellos perdieron por la escuela; que las armas se llevaron “Tuquín” y “Murquincho”; que de las armas no supo más; que vio quienes lo ahorcaron; que a él dicen de alias el “Marihuana”; que consume unos dos años esporádicamente; AL EXAMEN DIRECTO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR, en lo principal dijo: que conoce a Guambaña; que en ese momento en “el hueco”, consumió base de cocaína ya que los pone nervioso como con miedo; que no sabe si el procesado lo conocía a la víctima; que el “Bolas” dijo que el occiso era amigo del Prieto; que a “Murquincho” lo vio esa vez, ya que el “Tuquín” le dijo a “Murquincho” que se vayan; que “Murquincho” es pequeño, blanquito, flaquito, es de unos 45 a 48 años; que “Murquincho” fue el que lo ahorcó; que en “el hueco” si se podía ver; que quiso hacer algo y le dijo a “Tuquín” no le hagan huevadas y “Tuquín” lo amenazó que no se metan y los apuntó; que “Tuquín” estaba amenazando a las personas para que no se metan; AL CONTRA INTERROGATORIO DE DEFENSA, en lo principal dijo: que esa noche no estaba la “Tortuga” ni el “Chamba”; que esa noche si estuvo “El Bolas”, “el Stuart”; que hay personas que no conoce; AL REDIRECTO DE LA FISCALÍA, en lo principal dijo: que conoce al “Stuart”, al “Bolas”, que al “Alex” no lo conoce, que si conoce a unos y otras no lo conoce; 6.2.- ACUERDOS PROBATORIOS.- De conformidad con lo señalado en el artículo 604 numeral 4 literal d) del Código Orgánico Integral Penal, las partes por mutuo acuerdo llegaron a los siguientes acuerdos probatorios, los mismos que fueron aprobados por el Tribunal en relación a: 1) Informe Pericia de Audio y Video del teléfono Samsung color negro, practicado por el Sgts. Carlo Ortiz Jiménez; 2) Informe Técnico Pericial de Inspección Ocular Técnica Reconocimiento del Lugar de los Hechos y Reconocimiento de Objetos e Indicios N° SNMLCFWZ11- JCRIM-IOT-2019- 0187-PER, elaborado por el Sgop. Cesar Rodríguez Cando; 3) Informe Técnico Pericial de Autopsia Médico Legal N°: 0239 -DML- 2019, elaborado por el Dr. Julio César Roa; 4) Informe pericial de análisis toxicológico forense No. SNMLCF-CICF-L-TF-IP-0225-2019, practicado por la BqF. Beatriz Maldonado Tenorio; 5) Acta del levántamelo del cadáver, elaborada por el Sgog. Guaitara Altamirano Hernán Oswaldo; 6) El Informe investigativo Nro. 2019-031-UDCV-MV-DINASED, elaborado por el Sgos. Hernán Guaitara Altamirano; 7) Datos proporcionados por la DINARDAR del señores:



Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, Jimmy Israel Veintimilla Mora; 8) Capturas y solicitud de allanamientos; y, 9) Versiones de los señores: Rosario Corina Mora Erraez, Cobp. Ángel Byron Jiménez Jiménez; Mayor Manolo Ramiro González Roldan, Cbos. José Luis Riofrío Irene; Sgos. Alexander Geovanny Rodríguez Cando; Magno Alejandro Landázuri León; Víctor Leonardo Tello Reyes; Angie Corina Romero Pucha; Dense Katherine Martínez Veintimilla; Walter Kennet Díaz Tillaguango (Bolas); Edison Carlos Murquincho Cuenca; Belarmino Japón Abrigo alias el “Jairo”; y, Diego Javier Chamba Culquicondor.- PRUEBA DE LA DEFENSA DEL PROCESADO.- 6.4.1.- El procesado LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ.- quien en lo principal señaló: que el día de autos, estuvo en el lugar “el hueco”, ubicado en la Celi Román y en las canchas del Adolfo, estaba con unos amigos tomando y vacilando, con “El Bolas”, “Marihuana”, “Jairo” , “Stuart”, “Murquincho”, “Tortuga”, que solo por el apodo los conoce; que en el sector estuvo desde la 19h00, que llegó el “Marihuana”, que el “Jairo”, le reclamó una plata y le dijo que cualquier rato le pagaba y se le puso bravo y que debía devolverle, que unos días antes el gordo Prieto, le presentó al finado, llegaron a dejar un reloj en prenda para que le preste 20 dólares; que el 28 y 29 de noviembre de 2019, llegó el finado bravo a intimidarlo con unas armas, apuntarlo y se psicosisó, cuál es el apuro, tenía unos apuros porque lo estaban buscando, tenía problemas con otro, que de allí sacó y los apuntó que le den droga, y de donde le iban a sacar droga, le dijo que se tranquilice y le sacó las armas y lo requisó y le quitó las armas, llegó “La Tortuga” y llegó hecho el loco, atormentar y pasó lo que pasó, que lo cogieron y lo golpearon ya que lo habían mandado a matar, luego, lo comenzó a requisar y encontró las armas, “La Tortuga” se quedó con las armas ya que las quitó ; que hicieron que los apunte a los otros que no se metan, y los problemas eran de “La Tortuga” y él, los pelados se fueron saliendo y cometieron ese delito; que ese delito lo mataron, le pegó unos manasos, le preguntó para quien trabajaba y les dijo de unos manes duros y que los deje hablar y les dijo que no les iba decir nada y se psicosisó y le metieron golpes el “Murquincho” y “La Tortuga” lo mataron e hicieron lo que tuvieron que hacer; que el finado se murió y “ La Tortuga”, se fue y como le dejó al finado, que “La Tortuga” era el que vendía; que las personas que estuvieron allí, solo observaron lo que estaba pasando y solo dijo que no se metan y solo estaban discutiendo de una droga, que el celular era de él y lo dejó en prenda por 3 sobres a “La Tortuga” ya que estaba fumando; que él no viajó a Guayaquil, que la cédula le dejó en prenda a “La Tortuga”, se ha ido a comprar un boleto, que viajo a Guayaquil a ver a su hermana que salió detenida, luego de algunos días; que el que viajó a Machala fue “ La Tortuga” con otro más; que las armas se las llevó “El Tortuga”; que en el lugar de los hechos él tenía el bolso, él lo requisó al señor y le dijeron que él lo estaban tomando fotos y le dijo dónde estaba el teléfono y le dijo el finado que no tenía y a lo que lo estaba revisando, le sacó una arma de la cintura y le dijo porque tiene eso, y le dijo para quien trabaja y el



man le dijo que no le va a responder ni verga y le metió unos manasos, la "Tortuga" lo cogió y "Murquincho" lo cogió; que el finado tenía 3 armas; que él no amenazó a nadie para que no se metan y les dijo que no se metan y se fueron salieron; que se fue saliendo con "Murquincho" y creyó que lo habían dejado soñando y lo habían dejado matando; AL CONTRA INTERROGATORIO DE LA FISCALÍA, en lo principal señaló: que a él le dicen "Tuquín"; que su conviviente se llama Alexandre Bustamante; que tiene un hijo de 3 años de edad; que estaba esa noche con varias personas, que no conoce los nombres de ellos, que los conoce solo por los apodos; que los reconoció en fotos en la Fiscalía y les dijo a los de la Dinased; que en el tema de la muerte estuvo el señor "Murquincho" y "Tortuga"; que está seguro del señor Murquincho, estuvo y es el señor Edison Murquincho y que "La Tortuga" es el señor Luis Vargas; que de los dos señores él le metió duro y le dijo que le diga quien lo ha mandado; que le requisó las armas y se puso más cabezón y le dijo que trabajaba con un man duro y que le dé el número; que tomó las 3 armas, en lo último llegó "La Tortuga" y se fue; que la "Tortuga" tomó las 3 armas, que Murquincho se fue con él; que el teléfono celular que estaba junto al cuerpo es de él; que no recuerda el número pero terminaba en 3359; que apareció en la escena ya que lo dejó en prenda a la "Tortuga"; que La "Tortuga" vende droga; que al finado le presentó el gordo Prieto por 20 dólares que le prestó, que el gordo Prieto lo llevó unos 2 o 3 días antes del finado que no lo conocía; que el finado le dijo que le deje en prenda y esa noche llegó sacando el arma y le reclamó el reloj y como llegó hecho el loco, la "Tortuga" lo patió por detrás y lo requisó y el "Marihuana" le dijo que lo ha visto al man tomando fotos, allí se cogió y se trastornó la "Tortuga" que nos quiere matar y le dijo verás como te vamos a tratar y les dijo a los muchachos que no se metan y que los dejen; que cuando se fue "Jairo" y "Marihuana" se fue con "Murquincho"; que el cordón le sacaron del finado; que sabe que la "Tortuga" la estaba negociando en Machala las armas; que le dijo a la policía que la "Tortuga" las estaba avisando en el Facebook; que al tercer día que lo mataron al finado estuvo tomando con ellos en la cancha de San Vicente; AL CONTRA INTERROGATORIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR, en lo principal señaló: que no sabía que las armas era de juguete, que pensó que eran de verdad; que no las rastrilló; que cuando las sacó de la caja se cayeron unas balas con unas pepas negra y las balas eran de fierro; que la "Tortuga" viajó a Machala con su cédula, ya que la dejó en prenda al "Tortuga"; SEPTIMO: ALEGATOS DE CLAUSURA.- En el alegato final: 7.1.- LA FISCALIA, en lo principal señaló: que se ha propuesto un juicio por la muerte de Jimmy Israel Veintimilla Mora, hecho ocurrido en la noche del 28 y madrugada del 29 de noviembre del 2019, en el sector conocido como "el hueco"; con la prueba actuada se ha establecido que efectivamente Jimmy Israel Veintimilla Mora, llegó al sector conocido como el "hueco", esto se dio en razón de los acuerdos probatorios y las declaraciones de los agentes de la Dinased: Hernán Oswaldo Guaitara Altamirano, William Noé Mejía



Tenenpanguay, del testigo José Yunga Pacheco y del propio procesado Luis Guambaña Gutiérrez, que el lugar que es una pampa con vegetación, a donde acuden personas que tienen problemas de consumo o adicciones al alcohol y drogas; que se ha probado que Jimmy Veintimilla Mora, llegó a ese sitio aproximadamente entre las 22h00, que previo a acudir a dicho lugar, estuvo en un bar denominado gato-suco de propiedad de Víctor Leonardo Tello Robles, ingiriendo bebidas alcohólicas, quien tenía en su poder tres armas de fuego, pistolas automáticas de munición automática, que las tenía en un bolso, hecho que fue corroborado por Magno Alejandro Landázuri León, quien fue la persona con quien la víctima se asoció para la venta de las armas; que llegó a este sitio alcoholizado, en busca de “Tuquín” como se lo conoce a Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, porque así lo dice las versiones las que fueron acuerdo probatorios, de las personas que estuvieron en el momento que ocurrió la muerte, esto es, de: Walter Kenet Díaz, Edison Murquincho Cuenca, Andrés Alexander Correa Mendieta, Jairo Bernardino Japón Abrigo y Diego Javier Chamba Culquicondor; que el occiso le dijo al procesado que le devuelva el reloj y que le venda droga; que ha quedado establecido científicamente con la pericia realizada por la bioquímica Beatriz Maldonado Tenorio; que fue atacado y victimado por “Tuquín” por la “Tortuga” y como lo señaló José Luis Yunga Pacheco, también por el señor Edison Carlos Murquincho, el ataque se dio para despojarlo de las armas de fuego, las que tienen un costo de entre USD 350 y 600 dólares norteamericanos; que bajo los efectos de alcohol y las drogas “Tuquín” lo despoja del bolso, lo pegó, lo golpeó, y no contento con eso le sacaron los cordones de sus zapatos con lo que lo victimaron, como dicen los testigos de un lado el “Tortuga” y de otro lado “Tuquín” a lo que se suma lo expuesto por José Luis Yunga Pacheco, que refirió que también participó “Murquincho”; que la participación del procesado ha sido dando órdenes, lo que es compatible científicamente con lo que se ha probado, que en el cadáver habían dos surcos horizontales por todo el perímetro del cuello, que muestran signos ante mortem como lo rebeló la autopsia médico legal, ya que se dice además que el mecanismo de la muerte fue anóxica por nivel de constricción de arterias y cierre laringotraqueal, que presentaba los surcos horizontales, que internamente se observaban infiltrados en los músculos cervicales y región glótica y hoy desfracturado en el asta derecha, lo que indica que la presión ejercida sobre la región cervical fue realizada con un objeto constrictor, que se encontró en el cuello un pedazo de cordón que le produjo la asfixia por estrangulamiento ocasionando su deceso, que presentaba equimosis en ojo izquierdo, escoriaciones en párpado, en dorso nasal, en cara interna del labio superior y en mentón, lo que ha sido corroborado por José Luis Yunga Pacheco, Andrés Alexander Correa Mendieta, Edison Carlos Murquincho Cuenca, José Belardino Japón Abrigo y Diego Javier Culquicondor, todas estas lesiones ponen en evidencia que fue atacado violentamente, que se lo atacó antes de quitarle sus pertenencias,



que se le sustrajeron las 3 armas de fuego, pistolas y después le dieron la muerte; que con el informe de inspección ocular técnico, se estableció el sitio en donde ocurrieron los hechos ubicado en el Barrio Celi Román, calles José María Ríofrío y Carlos Román, que en medio de la vegetación en el piso, estaba el cadáver de sexo masculino en posición en cubito dorsal, identificado como Jimmy Israel Veintimilla Mora, de 32 años, diligencia que esta recreada la posición en la que estaba el cadáver, las heridas que presentaba en la cabeza, rostro, el surco depresivo completo en el cuello, en las manos y las maculas de color rojo, ubicados en los dedos de la mano izquierda; quedando establecido también los indicios, huellas, rastros y vestigios dejados para la infracción; que en resumen tenemos que a 0.15m de la cabeza de la víctima se encontraron dos cartuchos de fuego calibre 9mm grabados en el culote la inscripción OZK-9mm; que a 0.57m de la cabeza de la víctima se encontró un teléfono celular marca Samsung color negro con el número de email 3618950651593 sin tarjeta de memoria; que a 1.69 m del cuerpo de la víctima fragmentos del elemento constrictor de color negro y café; que a 1.77 m de la cabeza de la víctima 3 cartuchos de fuego calibre 9 mm; que a 4.82 m del cuerpo un cartucho de fuego 9mm; que a 6.31m otro cartucho de fuego; que a 6.68m del cuerpo de la víctima un fragmento de cable de luz; que a 7.73 m del cuerpo de la víctima un pedazo de color plomo que es el elemento constrictor y debajo del cuello de la víctima un pedazo de cordón color plomo elemento constrictor, que le faltaba a ese elemento constrictor al zapato de la víctima; que con la diligencia del levantamiento del cadáver y en la inspección ocular, se encontraron junto al cadáver 3 envases de botellas; que se realizó la pericia de audio y video en la que se ingresó el celular encontrado cerca del cadáver de la víctima a 0.57m específicamente de su cabeza, un teléfono marca Samsung del modelo GTC 35201, que pertenece a la operadora Claro, en regular estado de conservación, que en esta diligencia se estableció que ese teléfono tenía un número que se encontraba pegado y que correspondía al número que usaba el señor Guambaña quien ha reconocido que ese teléfono era de su pertenencia, lo que fue corroborado por el agente William Noé Mejía Tenenpanguay; que sin lugar a ninguna duda "Tuquín" estuvo en la escena del crimen en el momento en que se lo victimó al señor Jimmy Israel Veintimilla Mora; que Fiscalía estima que se encuentran frente al delito de robo con resultado de muerte, previsto en el art. 189 del COIP, un delito pluriofensivo, en el que además se exige el apoderamiento de la cosa ajena, al efecto del robo constituye violencia, la acción o fuerza con que una persona la descarga sobre otra para vencer su resistencia natural a la disposición de algo que le pertenece, la violencia supone una lesión efectiva del bien jurídico que en este caso es un elemento eminentemente personal, la vida, la integridad; además, se ha probado que esta conducta se la ejerció con violencia para quitarle los bienes a la víctima y finalmente se la ejerció y se le dio muerte venciendo de esta manera la voluntad de Jimmy Israel Veintimilla



*Mora, apoderándosele de sus bienes muebles, el tipo penal se contempla un ánimo de lucro, que es el elemento subjetivo del tipo penal robo, y esta se obtiene a través de un razonamiento diferencial sobre la base de datos previamente acreditados, que en este caso está acreditado el apoderamiento de las tres pistolas que tenía en su poder la víctima para vender y que le costaban cada una USD\$ 400 dólares y por las que se iba a ganar una comisión; se tiene que hubo un apoderamiento de la cosa ajena y que el tipo penal se hizo presente en su modalidad más agravada, la que termina con la vida del sujeto pasivo en este caso Jimmy Israel Veintimilla Mora; que ha quedado probado que la infracción no solo la cometió Luis Antonio Guambaña Gutiérrez alias "Tuquín", sino que participaron varias personas, como "Tortuga" que es Luis Alfredo Vargas León y alias "Murquincho" estando frente a un caso de codelinuencia, en donde todos son responsables de la muerte que se produjo como consecuencia del robo. La doctrina y la Jurisprudencia enseñan que en concurso de sujetos activos son autores y responden de los actos de cada uno los que concurren a la comisión del delito, tomando parte en la comunidad de acción igual propósito y cooperación recíproca, siempre que existe entre ellos un acuerdo expreso o tácito al que se lo denominaba concierto que tiene que ser necesario previo puede surgir en ese momento lo que basta es el concierto de voluntades y la unidad de propósito surja en ese momento y que esta pueda deducirse en los hechos ejecutados que se tiene en el caso; se debe aclarar que la participación directa comprende no solo los actos que se dirigen a la ejecución material del delito, sino también que tienden en ayudar o a facilitar su consecución, comprendiendo no solo la intervención en los actos consumados sino en la participación en cualquier acto de ejecución directa dice la doctrina que se encuentra en la serie 13 GJ Nro.5 ejemplar pág. 1066 "no precisa que el culpable tome parte en todos los acontecimientos del hecho material, basta que contribuya directamente a la realización". Se debe tomar en cuenta que nuestro sistema penal concordante con la doctrina y jurisprudencia más actuales, no solo contempla la autoría en donde juega un papel importante el dominio del hecho, sino también la coautoría que es parte de la acusación de Fiscalía, solicitando que se dicte sentencia condenatoria en contra de Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, se lo declare culpable de haber participado en el delito de robo agravado o con resultado de muerte, que está previsto en el art. 189 del COIP, en relación con el penúltimo inciso y el grado de participación sería de coautor, siendo necesario tomar en cuenta que en esta infracción existen circunstancias agravantes, la vulnerabilidad, el estado en el que se encontraba la víctima y que en el hecho habrían participado más de dos personas; además, como reparación integral solicita que se repare a la madre de la víctima la señora Rosarito Corina Mora Erraez, en la garantía de la no repetición y el pedido de disculpas públicas toda vez que Jimmy Israel Veintimilla Mora, ya que era un padre de familia, un joven de apenas 32 años de edad, con toda una vida por delante, una persona emprendedora quien había realizado*



servicios a la comunidad Loja; 7.2.- LA DEFENSA DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR, en lo principal señaló: que Fiscalía ha expuesto de manera muy minuciosa todas y cada una de las pruebas con las que se ha determinado la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad del hoy acusado Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, adecuando su conducta a lo previsto en inciso penúltimo del art. 189 del COIP, se han justificado las agravantes específicamente contenidas en el art. 47 # 3 que establece “3. Cometer la infracción como medio para la comisión de otra” el # 5 “Cometer la infracción con participación de dos o más personas” y “Aumentar o procurar aumentar las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o cualquier otra persona” y #7 “Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima”. Solicitando que se dicte sentencia condenatoria en contra del acusado, imponiéndole el máximo de la pena, como la reparación integral de la víctima.- 7.3.- LA DEFENSA DEL PROCESADO, en lo principal señaló: que entre las últimas horas del 28 de noviembre y las primeras horas del 29 de noviembre del año 2019, se habría producido el fallecimiento del señor Jimmy Israel Veintimilla Mora, que dicho fallecimiento ocurrió en un terreno baldío ubicado en la parte posterior de la Facultad de idiomas de la Universidad Nacional de Loja, esto en la ciudadela Celi Román, específicamente en las calles José María Riofrío y Carlos Román de la ciudad de Loja, que esos hechos originaron la muerte del señor Veintimilla Mora, habría participado su defendido el señor Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, que no ha hecho controversia en relación con la materialidad ni la responsabilidad; y, más bien, su pretensión es la aceptación de la cooperación eficaz.- 7.4.- ALEGACIONES DE FISCALIA RESPECTO A LA COOPERACION EFICAZ.- 7.4.1.- LA FISCALÍA señaló: que aproximadamente a unos 10 días después de ocurrido el hecho, fue designada para la investigación de las circunstancias en que se habría producido la muerte de Jimmy Israel Veintimilla Mora, de manera inmediata se empezó por parte del equipo de trabajo conformado los señores agentes de la Dinased y su oficina, la búsqueda de los indicios, fundamentalmente aquellos que son de carácter técnico, porque no tuvo la oportunidad de concurrir a las primeras horas de la comisión de la infracción, sin embargo tenían un hecho bastante relevante y que era el hallazgo de un teléfono celular en la escena del crimen junto a la cabeza de la víctima, como ha dicho el señor agente de la Dinased William Mejía, con esa información se empezó a explotar la información, que podría arrojar no el chip que estaba en el teléfono, porque en realidad no arrojaba sino el número que esta anotado detrás del teléfono, que correspondía al 0939443359, lo que llevó a establecer que el chip de ese teléfono lo había comprado a nombre de Ángela Basurto, pero que en realidad no estaba siendo utilizado por una mujer, sino una persona de sexo masculino, sin conocer todavía ninguna identidad y fue ese teléfono que les llevó a establecer la incidencia telefónica con el número 0993863058 que se registraba a nombre de una persona que tampoco tenía el domicilio en la ciudad de Loja,



sino que era utilizado por otra persona, por el posicionamiento satelital en la ciudad de Loja, que dieron con Marjuri Alexandra Bustamante Soto, que es la pareja, conviviente o pareja sentimental de alias “Tuquín”, con ese reporte de llamadas, que eso era lo que tenían, ubicaron al dueño del teléfono y al que lo usaba, el que lo dejó en la escena del crimen, el que tenía el número terminado en 3359, era sin dudas el señor Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, que con ello empezó a buscar, a posicionar y dieron donde vivía, donde pasaba, los sitios que frecuentaba, se arbitró las medidas para la detención de Luis Antonio Guambaña Gutiérrez; que se levantó información en las inmediaciones del este sitio, donde se victimó a Jimmy Israel, pero nadie podía establecer una identidad, decían que allí van personas que tienen problemas con droga y alcohol, que van personas que les venden las drogas, que es un sitio peligroso, que habían llamado a la policía, pero no les daban identidades, que la policía con una autorización realizó vigilancia y seguimientos, tenían fotográficamente la investigación levantada del rostro de las personas que frecuentaban el sitio, pero nada más, que cuando se produce la detención de Luis Antonio Guambaña Gutiérrez; que coordinaron con la defensoría pública, para que rinda la versión, es allí cuando se propuso el tema de la cooperación eficaz, en cumplimiento con lo que establece el Art. 492 del COIP y siguientes, se hizo el documento por escrito, el señor rindió la versión, que inicialmente se iba a acoger al derecho al silencio y que es inocente; que con el señor procesado realizaron el acuerdo de cooperación eficaz, brindando los datos que constan en la versión, confirmando que la víctima llegó al sitio, que eso ya conocían; que el señor Guambaña les relató, cosas que no sabían, cómo los nombres de quienes estaban esa noche, ya que solo conocía los alias como: “El marihuana”, “El Bolas”, “Jairo”, “Stuart”, “La Tortuga”, “Aron chiquito”, que tenían previamente un álbum fotográfico de adictos, consumidores de drogas y hasta vendedores de droga; que con las fotografías que tenían levantadas le empezaron a amostrar al señor “Tuquín” quien fue reconociendo a los que estaban esa noche, que no estaban todos los que ellos tenían fotografiado, ni ellos tenían fotografiado a todos los que habían estado; que con la información que concedió el señor “Tuquín”, empezaron a hilvanar los móviles, como fueron produciéndose los hechos que llevaron al deceso de la víctima, quedando claro que no fue solamente una persona la que participó en el hecho, que se procesó a las personas que se encontraban presentes en ese sitio como fue el caso de Jairo Japón Armijos, Diego Javier Chamba Culquicondor, José Luis Yunga Pacheco, y el Luis Alfredo Vargas León, esto fue con los datos brindados por el señor Luis Antonio Guambaña Gutiérrez; que al señor “Murquincho” no se lo procesó porque es una persona que tiene distorsionada su personalidad por el consumo de las drogas, que en la audiencia el propio señor “Tuquín” dijo que fueron “Murquincho” y “La Tortuga” fueron los que segaron la vida del occiso, que considera que habría que levantarse una investigación referente a la participación de “Murquincho”; que la fiscalía tomó en



cuenta para la suscripción de la cooperación eficaz lo antes señalado, que se representaron todos los escenarios del hecho, así como la pena que le correspondería, tomando en cuenta las agravantes y atenuantes, pena que no podía ser menor al 20%; se dio lectura al acuerdo de cooperación eficaz y la pena que iba a ser solicitada ante el Tribunal, que serían los 12 años, la misma que se enmarca en los parámetros legales establecidos para este tipo de trámites; que la pena que le correspondería con agravantes tomando en cuenta lo que dice el Código, en este caso el 20% de 22 años, es 4 años 4 meses, que es el mínimo como dice la norma, no pudiéndose proponer menos de eso, sin embargo, hay circunstancias agravantes que considerar, por lo que van a ir a los 26 años más el tercio, eso por ello, que la fiscalía propuso los 12 años.- 7.4.2.- LA ACUSACION PARTICULAR respecto a la cooperación eficaz señaló: que respeta el criterio de Fiscalía, así como del defensor técnico del procesado, que seguro ratificará la propuesta de la fiscalía, sin embargo cree que la información suministrada por el proceso pretende ser sobre dimensionada, porque sencillamente hay o existen otras evidencias de las cuales emergen información y datos importantísimos para que sin la ayuda o cooperación eficaz del procesado, se hubiera determinado que uno de los coautores del delito que es materia del presente juzgamiento, es el señor Guambaña; que más allá, de la información que pudo haber contribuido, la investigación tenga éxito, la fiscalía y la acusación particular contaban con el sustento probatorio suficiente, que la imposición de una pena tiene un fin preventivo y ese es el mensaje que se debe dar a la sociedad; por lo que se oponen y solicitan que se rechace esa cooperación eficaz, y se le imponga la pena que en derecho corresponda.- 7.4.2.- LA DEFENSA TECNICA DEL PROCESADO, respecto a la cooperación eficaz señaló: que empieza su intervención con lo último que es la posición del señor abogado de la acusación particular, que desde luego es muy respetable, en razón de la conmovición social que produjo el fallecimiento del señor Jimmy Israel Veintimilla Mora, de eso está de acuerdo; que la cooperación eficaz, es parte del ordenamiento jurídico, y que ha dicho el señor abogado de la acusación particular, de que no habría habido necesidad de que el señor Luis Guambaña Gutiérrez, de su versión el 24 de enero, porque existen otro tipo de evidencias suficientes para dar con el autor o autores del fallecimiento del señor Jimmy Veintimilla, la audiencia es la oportunidad de demostrar evidencias, testimonios, pruebas, todo lo que exista en torno a descubrir la verdad histórica, de los hechos que se suscitaron el día 28 y 29 de noviembre del año 2019, pero tal es el caso, que como únicas evidencias en el juicio, se ha presentado el celular de color negro, marca Samsung que el señor Guambaña, ha reconocido que lo tenía en su poder el día de los hechos, como evidencia se presenta unos casquillos o balines no percutidos, y lo encontrado en el lugar de los hechos, esto el cordón que fue sacado del zapato del señor Veintimilla, para proceder a su ahorcamiento o asfixia, esas fueron las tres únicas evidencias que



la Dinased y la policía especializada pudo encontrar en el lugar de los hechos, entonces, no se puede sobredimensionar de que hubo evidencia suficiente para no considerar el testimonio rendido del señor Guambaña, eso no existe, o más bien no ha podido ser presentado, hace mención a la pena y lo alegado por el señor abogado de la defensa en el sentido de que efectivamente habrían agravantes, sin atenuantes que considerar y que por consiguiente, la pena que le correspondería de no existir cooperación eficaz sería de 34 años 8 meses, pero resulta, que el 20% de esa pena de 34 años 6 meses, serían los 6 años 8 meses aproximadamente, sin embargo, como lo dijo la señora Fiscal, en el momento en que, el defensor público toma contacto con el señor Guambaña, se hacen una figura de lo que pasó, y se lo empieza a adecuar al tipo penal, que se debería investigar, se podría hablar de un asesinato en primera instancia, pero luego las situaciones se pudo determinar que fue un robo con muerte, y que entre asesinato y robo con muerte, tendría la misma pena y que habrían participado más de una persona, pero consientes del impacto social, de la relevancia, habían acordado una pena de 12 años como consta del acuerdo de cooperación eficaz, que es parte del ordenamiento jurídico, es lo que en doctrina se conoce como derecho premial, es la rama del derecho público que agrupa normas de atenuación o remisión, incluso remisión total de la pena, orientadas a premiar y fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento, eficaz de la actividad criminal o bien del abandono futuro de dichas actividades y brindar colaboración; se han acogido a eso, en el marco de una defensa técnica, porque la ley lo permite, es su deber hacer notar, cual es la eficacia de la colaboración que dio el señor Guambaña Gutiérrez, que en la audiencia declararon dos agentes de la Dinased, el señor Guaitara Altamirano y el señor William Mejía, ambos coinciden, en que en el lugar de los hechos se encontró como evidencia el celular, el pasador y las balas sin percutir, ninguna otra evidencia, hay un hecho fundamental, que conmocionó a Loja, que tuvo que pasar aproximadamente dos meses, para que se produzca la captura del señor Luis Guambaña Gutiérrez; que el agente Mejía indicó que la versión rendida por el procesado resulto vital ya que en un inicio de la misma se dice claramente quienes estuvieron en el sitio, pero esa información no queda allí, la misma que fue contrastada en el mismo momento de la versión, cuando se le pone a consideración un álbum fotográfico, quien procedió a reconocer de quien se trata "Alex", "La Tortuga", "El Bolas", "Marihuana", "Stuart" y otras personas más, información con la cual se puso la soga al cuello al brindar la información en torno a quienes habrían participado de los hechos, solicitando al Tribunal, acepte el acuerdo de cooperación eficaz y se establezca la pena privativa de libertad de 12 años.- RÉPLICA DE FISCALIA GENERAL DEL ESTADO RESPECTO A LA COOPERACION EFICAZ, señaló: que inicialmente solo tenían el teléfono que era usado por Guambaña, el mismo que se encontró en la escena del crimen; que habían llegado con los investigadores a nudo crítico, el teléfono, el tenedor del teléfono y la presencia del



teléfono allí, ya que la información que tenían de personas del barrio era que referían que llegaban al sitio personas a drogarse, tomar licor, un sitio peligroso, hasta allí, pero nadie quería decirles fulano; que tenían agentes viendo quien entra y quién sale, todas las noches, empezaron a hacer un perfil de las personas que van, pero tampoco sabían las identidad; que en el estado ecuatoriano se reconoce el derecho premial, cooperación que está dentro de nuestro ordenamiento legal.- RÉPLICA DEL ABOGADO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR, quien manifestó: que ha escuchado con atención lo que ha dicho la defensa técnica del procesado así como la fiscalía sobre todo lo indicado por la señora fiscal, en donde el cree sería necesariamente mencionar las razones por las cuales no debería aceptarse la cooperación eficaz; que ya contaban con datos información que inculparían al procesado, cree él y no está responsabilizando conforme alguna omisión, pero si se tuvieron que haber agotado otras líneas de investigación; que con la información dada por los agentes, con todas las entrevistas, era más que suficiente para llegar a los términos en que ellos han llegado en la audiencia; que no se ha escuchado al señor Guambaña mencionar que también él lo ahorcó, fue evasivo, entonces más aun, existiendo agravantes tendría que rechazarse esa cooperación eficaz, que se debe disponer que se aperture una investigación en contra del señor Edison Murquincho, tanto más, que esta supuesta cooperación eficaz no ha servido para vincular al señor Murquincho; OCTAVA.- FUNDAMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA EXISTENCIA DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL.- En el presente caso, el delito acusado por la Fiscalía, es el robo con resultado de muerte, previsto y sancionado en el inciso 6to del Art. 189 del COIP, que señala: “La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad... Si a consecuencia del robo se ocasiona la muerte, la pena privativa de libertad será de veintidós a veintiséis años”. En este caso, la acción típica consiste en apropiarse o tomar una cosa ajena empleando para ello la amenaza o violencia ya sea antes, en el momento o después del acto, lo que significa que el robo es un delito doloso, material y de resultado. Por manera que, son reos del delito de robo, quienes se apoderen de cosa ajena empelando para ello ya sea la amenaza o la violencia en las personas o fuerza en las cosas.- En torno al bien jurídico tutelado por este delito, es el patrimonio tal y como lo refiere Lamarca Pérez Carmen en su obra *Delitos y Faltas* pág. 304, ya que se “pretende proteger el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico, sobre el cual cada ciudadano puede ejercer legítimamente derechos de aprovechamiento o disposición”, bien jurídico que se encuentra protegido a rango Constitucional según el numeral 26 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, que al referirse a los derechos de libertad reconoce y garantiza a las personas: “26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El



*derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.”. Así mismo en relación al bien jurídico protegido en el delito de robo, la doctrina expresa, que: “El patrimonio es el bien jurídico protegido. Es el derecho que el dueño tiene sobre un patrimonio y disfrute de sus bienes muebles”, Derecho Penal.- Parte Especial, Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maillo, Editorial Dykinson, 13° Edición, pág. 360. Este derecho de rango constitucional, que precautela el derecho a la propiedad de todas las personas, es precisamente el que trata de proteger el legislador con la Ley Penal, con lo tipificado en el Art. 186 del Código Orgánico Integral Penal, y que de llegarse a violentar este derecho, sea sancionado con una pena privativa de libertad, sin perjuicio de reparar los daños y perjuicios causados por la infracción punible cometida. El Art. 189 del COIP, establece cuales son los elementos constitutivos del robo, consistentes al apoderamiento ilegítimo de cosa ajena, la utilización de la fuerza en las cosas, la violencia o intimidación en las personas; y, conforme la doctrina lo ha señalado, “ si este delito se lleva a cabo con alguna o algunas circunstancias que denotan eficacia o seguridad para el resultado final, revelando mayor peligrosidad en el delincuente, estaremos hablando de robo calificado, como cuando se produce en despoblado o en lugares solitarios o aislados donde no hayan viviendas, lo que facilita el ilícito por su falta de auxilio; o cuando se efectúa con armas o en pandilla, en la noche, en vías o caminos públicos, capaz de impedir toda defensa del patrimonio; así también cuando la violencia ejercida en las personas consista en amordazarlas, maniatarlas, herirlas y de esta forma se los imposibilite la defensa, o cuando se ha perforado paredes, techos, cerramientos, destruido habitaciones para vencer la resistencia, estamos hablando de robo calificado, o agravado”.- ( las negritas y subrayado es nuestro).- Los Arts. 453, 454 y 455 del COIP determinan tanto la finalidad de la prueba, que no es otra cosa que llevar al juzgador al convencimiento, tanto de los hechos como de las circunstancias que rodearon a la infracción así como de la responsabilidad de la persona procesada; la misma que se rige por los principios de oportunidad, intermediación, contradicción, libertad probatoria, entre otros, la que deberá ser anunciada y practicada en su momento procesal oportuno; y, que ésta deberá tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada y que se base en hechos reales y nunca en presunciones.- Entre los elementos del tipo penal objetivo acusado por la Fiscalía, tenemos: El sujeto activo o autor del hecho constitutivo de la infracción en caso del delito de robo, es de carácter general, ya que puede ser cualquier persona.- El sujeto pasivo, o titular del bien jurídico lesionado, así mismo puede ser cualquier persona, que ostente la calidad de dueño o poseedor del bien objeto de la sustracción; y, en este caso concreto la víctima directa el señor Jimmy Israel Mora Veintimilla.- El objeto de la acción, persona u objeto sobre la que recayó el resultado de daño o los efectos del acto, que evidencia el riesgo o daño para el bien jurídico protegido, en el presente caso por tratarse de un delito*



*contra el derecho a la propiedad, constituyen las cosas muebles ajenas, que tengan un valor económico.- Al efecto es necesario recalcar que la función del juzgador al momento de pronunciar el fallo requiere ir más lejos a la de erigirse a un procedimiento explícito, analizar y valorar pruebas teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica; y, enmarcarse en normas y preceptos constitucionales y legales del debido proceso, sino concebir adicionalmente una relación entre el precepto legal sancionador, la lógica jurídica para establecer la materialidad de la infracción, como la responsabilidad penal de la persona procesada, a fin de sancionar a los responsables de una infracción o, bien absolverla para encaminar a la sociedad a conservar la paz social; y, concomitantemente apoyarse para fundamentar su decisión en principios doctrinarios, así como en las fuentes del Derecho, como lo son la Ley, la Doctrina, la Costumbre y la Jurisprudencia. La presunción de inocencia prevista en el numeral segundo del Art. 76 de la Constitución de la República, de la que goza el procesado, conforme lo expresa la doctrina, es una presunción iuris tantum, es decir que admite prueba en contrario, por lo que es obligación del acusador (Fiscalía) la carga de la prueba, siendo que la persona procesada no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le imputa, ya que el onus probandi le corresponde a quien acusa, conforme se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Ricardo Canese vs. Paraguay, señalando: “La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa.”; y, en el caso que nos ocupa, dicha presunción ha quedado enervada, en relación con el procesado señor Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, con la prueba aportada por la Fiscalía General del Estado, por lo que el Tribunal considera que se ha probado tanto la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad penal del procesado;*

**8.1.- MATERIALIDAD DE LA INFRACCIÓN:** *En el presente caso, la Fiscalía ha llegado a demostrar en forma clara, evidente y convincente, la existencia de la materialidad de la infracción acusada, hecho ocurrido en la noche y madrugada del 28 y 29 de noviembre de 2019, en el sector denominado “el hueco” ubicado en el barrio Celi Román, calles José María Riofrío y Carlos Román, de la parroquia de Sucre, cantón Loja, para lo cual, el Tribunal cuenta con la prueba testimonial, documental y los acuerdos probatorios, con lo que los sujetos procesales dieron por acreditados ciertos hechos, teniendo: 1) El testimonio presencial el señor JOSÉ LUIS YUNGA PACHECO, alias el “Marihuana”, quien en lo principal de su testimonio señaló: que él se encontraba la noche de autos, en razón que llegó a ese lugar conocido como el “hueco”,*



con el fin de consumir sustancias sujetas a fiscalización, momentos en que llegó el occiso el señor Jimmy Israel Mora Veintimilla, portando una mochila o bolso, que a la postre se conociera que en su interior existían 3 armas de fuego con sus respectivas municiones; que “Tuquín” le había preguntado al señor Veintimilla Mora, que es lo que tenía en dicha mochila y el fallecido le decía que nada, es por ello que el hoy procesado más conocido como “Tuquín”, lo revisó, lo agredió; que a las otras personas que estaban en el lugar “Tuquín” les rastrilló el arma para que se queden quietos; que él le dijo que no le hagan daño; que “Tuquín” estaba con el “Jairo”; que “Murquincho” fue quien le sacó el cordón y comenzó ahorcarlo al señor Veintimilla Mora; que “Tuquín” lo pateó, para poderle quitar las armas; que las armas se las llevaron “Tuquín” y “Murquincho”; que esa noche estaban “Bolas”, “Walter”, “Kenet”, “Jairo”, “Tuquín”; “El Stuart”; “Murquincho” a quien no lo conocía; que “La Tortuga” no estuvo allí; que “Tuquín” y “Murquincho” se fueron con dirección a la escuela y luego salió la novedad que se había encontrado el fallecido; 2) Por su parte el señor Walter Kenneth Díaz Tillaguango, en lo principal de lo referido en su versión que fuera acuerdo probatorio, había indicado: que en el “hueco” se encontraban varias personas tales como: “Stuart”, “Murquincho”, “Marihuana”, “Jairo”, “Tuquín”, que a eso de las 21h00 del 28 de noviembre de 2019, llegó el “finado”, quien portaba un bolso negro, que estaban fumando, que “Tuquín” le había pedido al finado el teléfono y éste le había dicho que no tiene, que en eso “Tuquín” le da un manazo en el pecho, que también lo golpearon “Stuart” y “Jairo”, que el finado soltó el bolso negro, el cual lo tomó “Tuquín”, lo abrió y sacó las armas y allí “Tuquín” le reclamó porque tenía esa armas, que el finado no dijo nada, que “Tuquín” los apuntó con esas armas, que salió él del lugar y quedaron “Jairo”, “Marihuana” “Murquincho” y “Tuquín”; que el procesado tomó las armas y las guardó en el bolso; 3) A lo que suman la versión del señor Edison Carlos Murquincho Cuenca, quien en lo principal había señalado: que ese día de la muerte había estado “Chamba”, “La Tortuga”, “Marihuana”, “Jairo” “Tuquín”, “El Mudo”, que cuando regresó al hueco el finado aún estaba con vida, quien estaba fumando, que “Tuquín” al finado le había empezado a reclamar por una deuda, que lo había golpeado con la cacheta de un revólver en la cabeza, que vio que “Tuquín” tenía el bolso negro, que la otro día se enteró de la muerte y que “Tuquín”, se había llevado las armas”; 4) Por su parte el señor Jairo Belarmino Japón Abrigo, quien en lo principal había señalado: que ese día en “el hueco” se encontraban “El Bolas”, “La Tortuga”, “Marihuana”, “Jairo” “Tuquín”, “Murquincho”, que a eso de las 12h30, había llegado el señor Veintimilla Mora, con un bolso de color negro, preguntando por droga, que se había sentado a fumar; que “Tuquín” y “Murquincho” se molestaron, le reclamaron al fallecido y lo requisaron, que encontraron las armas y le decían que quien lo habían mandado a sapear, que a eso de las 01h00 “Tuquín” con “Murquincho” lo habían empezado a golpear, el uno por el lado izquierdo y el otro por el derecho, que en eso cogieron un



cordón, que no sabe de dónde lo sacó “ Murquincho” y le pusieron el cordón en el cuello y que entre “ Tuquín” y “ Murquincho” lo comenzaron ahorcar hasta matarlo; 5) Por su lado señor Diego Javier Chamba Culquicondor, quien en lo principal había señalado: que el señor Juan Arizaga Gutiérrez alias “ El Mudo”, le había contado como lo habían matado al finado, que “ Tuquín” y “ La Tortuga” le habían sacado los cordones del zapato que el uno le había halado de un lado y el otro del otro ahorcándolo; 6) Con las versiones rendidas por los señores Magno Alejandro Landázuri León y Víctor Leonardo Tello Robles, el primero de los citados, fue la persona que le había entregado las armas al señor Jimmy Israel Veintimilla Mora; y, el segundo de los mentados fue el dueño del bar “ El Gato Suco”, en donde es anoche había llegado el señor Veintimilla Mora, portando un bolso negro, en cuyo interior se encontraban las armas que le fueron exhibidas, para luego a eso de las 22h05 tomar un taxi y abandonar el lugar; y, 7) Se cuenta con los informes: 7.1.-) Del reconocimiento del lugar de los hechos y de evidencias, practicado por el Sgop. César Rodríguez Cando, el 13 de diciembre de 2019, constituyéndose en una escena abierta, ubicada en el sector centro- occidente de la ciudad de Loja, distrito "Loja", circuito "Celi Román", sub-circuito "Celi Román 1"; calles "José María Riofrío y Carlos Román", coordenadas (-3.991789, -79.207885); entorno despoblado, abundante vegetación; en relación con las evidencias encontradas contamos: a) dos (02) cartuchos de fogueo, calibre 9mm, con el grabado en el culote que se lee "OZK 9 mm P.A.; ubicado a 0,15 m. de la cabeza de la víctima; signado como indicio No. 1; b) un (01) teléfono celular, marca Samsung, color negro, CHIP 895930100069588938, IMEI 351891/06/515930/0, sin tarjeta de memoria, ubicado a 0,57 m. de la cabeza de la víctima; signado como indicio No. 2; c) cuatro (04) fragmentos de elemento constrictor color negro y café, ubicados a 1,69 m. del cuerpo de la víctima; signado como indicio No. 3., d) tres (03) cartuchos de fogueo, calibre 9mm, ubicado a 1,77 m. de la cabeza de la víctima; signado como indicio No. 4, e) un (01) cartucho de fogueo, calibre 9mm, ubicado a 4,82 m. del cuerpo de la víctima; signado como indicio No. 5; f) un (01) cartucho de fogueo, calibre 9mm, ubicado a 6,31 m. del cuerpo de la víctima; signado como Indicio No. 6, g) un (01) fragmento de elemento constrictor, color negro (cable de luz) y una (01) correa de reloj color negro y rojo, ubicado a 6,68 m. del cuerpo de la víctima; signado como indicio No. 7; h) un (01) elemento constrictor, color plomo, ubicado a 7.73 m. del cuerpo de la víctima; signado como indicio No. 8; e, i) un (01) elemento constrictor color plomo, ubicado debajo del cuello de la como Indicio No. 9; 7.2.-) El informe médico legal practicado por el Dr. Julio César Roa Erreyes, el 29 de noviembre de 2019, quien describió que en la humanidad de quien en vida se llamó Jimmy Israel Veintimilla Mora, pudo establecer: que la cabeza normocefálica, región frontal derecha herida contusa de dos y medio centímetros; cara: ojo izquierdo: equimosis palpebral de cuatro centímetros por tres centímetros de diámetro; mentón: escoriación de dos centímetros;



Ojos: Ojos color marrón, diámetro pupilar de seis milímetros; Ojo izquierdo: equimosis palpebral de cuatro centímetros por tres centímetros, párpado superior escoriación de un centímetro de diámetro; Nariz: Dorso nasal presencia de escoriación de medio centímetro, fosas nasales: Permeables con estigmas de sangrado, Boca: Entreabierto, con estigmas de sangrado, labios: Cianóticos, labio superior cara interna izquierda equimosis de medio centímetro de diámetro; Cuello: Cara anterior y lateral presencia de dos surcos horizontales de medio centímetro por veintiocho centímetros cada uno, bordes hemáticos. Cara anterior múltiples escoriaciones que van de una menor de medio centímetro a otra mayor de dos centímetros de diámetro, cara lateral derecha presencia de dos escoriaciones dos centímetros de diámetro y medio centímetro de diámetro; extremidades superiores: Mano derecha, tercer dedo cara dorsal equimosis de dos centímetros de diámetro; Mano izquierda cara dorsal múltiples escoriaciones que van de lineales hasta de medio centímetro de diámetro; Antebrazo derecho, tercio inferior, cara posterior desprendimiento de epidermis; Brazo izquierdo, tercio superior, cara lateral externa desprendimiento de epidermis; Antebrazo derecho, tercio inferior, cara posterior desprendimiento de epidermis.- Estableciendo como la causa de la muerte Asfixia por estrangulación, como mecanismo de la misma Anoxia anóxica por nivel de constricción de arterias carótidas y cierre laringotraquea; que la manera de muerte (desde el punto de vista Médico Legal) fue Violenta ( homicida ) determinando un cadáver masculino de 32 años, al momento de la autopsia en el examen externo se evidencia en región cervical dos surcos horizontales, que circunda todo el perímetro del cuello que muestran signos antemortem; que al examen interno se observa infiltrado de los músculos cervicales y región glótica, hioides fracturado en el asta derecha, lo que indica que la presión ejercida sobre la región cervical fue realizada con un objeto constrictor, la que produce asfixia por estrangulamiento ocasionando el deceso; c) El acta de levantamiento del cadáver, efectuado el 29 de noviembre de 2019, por parte del Sgos. Hernán Oswaldo Guaitara Altamirano, la misma que se practicó en las calles José María Riofrío y Carlos Román, tras el Instituto de idiomas; nombre del fallecido: Veintimilla Mora Jimmy Israel, con cédula Nro. 1104187198, estado civil: divorciado; nacionalidad: Ecuador; en relación al examen visual externo del cadáver determinó: sexo: hombre; edad: 32 años; tipo constitucional: normal (mesomorfo) color de piel: trigueño; color de cabello: negro; Huellas físicas que al realizar un examen externo del cuerpo conjuntamente con personal de criminalística, a simple vista observó un surco a la altura del cuello, en las manos maculas de color rojizo, sin observar más huellas de violencia; d) El reporte del análisis toxicológico forense, practicado por la BqF. Beatriz Maldonado Tenorio, quien pudo concluir que en la humanidad del de Jimmy Israel Veintimilla Mora, detectó la presencia de cocaína (BZG).- En relación a los elementos objetivos del tipo penal acusado por la Fiscalía, tenemos que uno de ellos es la violencia en las personas, sobre el cual el



tratadista Edgardo Alberto Donna, Parte Especial, Tomo II-B, de su obra pág. 173 señal: “La violencia debe tener una relación medio fin con el apoderamiento, y puede ser antes, durante o después del apoderamiento, esto es, debe tener una relación de imputación subjetiva con el apoderamiento, ya que de lo contrario serian delitos distintos (...) (el subrayado es del Tribunal). En este mismo orden de ideas la Corte Nacional de nuestro país, en la Resolución Sala Penal No. 1055-2013, juicio No. 0796-2012 J.I., sobre el tema expresa: “(...) En cuanto a los elementos constitutivos de este ilícito; cabe señalar que para calificar un tipo penal lo primero que hay que hacer es establecer si están presentes los elementos constitutivos que son los que le dan su naturaleza; en el caso del robo los elementos constitutivos, del mismo en sentido general, son tres a saber: i) que haya violencia o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas; ii) que exista una sustracción y que sea fraudulenta; y, iii) que la sustracción fraudulenta tenga por objeto una cosa ajena.” (el subrayado es nuestro).- Ahora bien, bajo ese orden de ideas, y una vez que se ha justificado el primer elemento del delito de robo, es necesario establecer si dicho acto en efecto, fue ejecutado mediante “violencia o amenaza”, así tenemos que la característica del delito de robo tanto básica como agravada, es la forma de apoderamiento del bien mueble ajeno, sea esta por “amenaza o violencia”, pero esta debe ser el medio para causar materialmente dicho apoderamiento y debe ser efectiva y real sobre la víctima, en el caso que nos ocupa, dicha agresión “violencia” “muerte” de parte del sujeto activo del delito contra la víctima, quien de lo que se escuchó en juicio no habría realizado ningún acto de defensa, respecto de sus victimarios lo que conllevó en la sustracción de su pertenencias. Al respecto sobre este tema la doctrina argentina nos dice: “...La violencia consiste en el despliegue, por parte del autor o de los autores del delito de robo, de una energía física, humana, animal o mecánica, fluida o química sobre la víctima, que lleva a suprimir o limitar materialmente su libertad de acción, y la resistencia que pudiera oponer al apoderamiento. Ello cuando aún no se afecte la integridad personal del sujeto agredido (...) En síntesis, existe violencia física en la persona siempre que se despliegue una energía física, tendiente a impedir la acción de la víctima....” (Edgardo Alberto Donna. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B. Págs. 163 y 164.- Siendo importante traer a colación lo expuesto por Augusto Santis Poblete, en su trabajo intitulado “Robo con Homicidio, ANÁLISIS HISTÓRICO Y LEGAL, CON ÉNFASIS EN LA AUTORÍA MEDIATA, INDUCCIÓN Y EL EXCESO DE DOLO DEL COAUTOR”, publicado en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146467/Robo-con-homicidio-an%C3%A1lisis-hist%C3%B3rico-y-legal-con-%C3%A9nfasis-en-la-autor%C3%ADa-mediata-inducci%C3%B3n-y-el-exceso-de-dolo-del-coautor.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), quien sobre el tema señala: “En los robos con violencia e intimidación, aparte del atentado contra la propiedad o patrimonio, a que se ha hecho referencia en el acápite anterior, se atenta en



contra de la “seguridad e integridad de las personas”. En el delito de robo con homicidio, el bien jurídico afectado, es nada menos que la vida... Para Vivian Bullemore y John Mackinnon, esta exigencia implica que la conexión objetiva entre robo y homicidio, es que ambos deben desenvolverse dentro de un mismo contexto, constituir una “unidad de acción”.... En sentencia dictada y referida en el texto de los autores indicados, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, el día 25 de junio del 2007, se confirma esta aseveración, determinándose que el delito de robo con homicidio es un delito complejo, cuyo núcleo rector es el ataque a la propiedad ajena, integrando la necesaria concurrencia de dos elementos, los cuales son, un atentado contra la propiedad, el robo, y el homicidio, debiendo existir relación estrecha entre ambos atentados, los que la ley pone de relieve, en la frase “con motivo u ocasión del robo”, y que indica la subordinación a la figura principal (robo), del homicidio, que la ley comprende tanto al caso del que mate para facilitar el robo (con motivo), como aquel en que el homicidio resulta a consecuencia de él (con ocasión), bastando que el propósito de robar sea el motivo inicial del delito. La idea generadora es el atentado a la propiedad y que antes, en el momento de la ejecución o después de ella, se verifique la muerte de una persona, para que dicho delito quede totalmente integrado, aun cuando no hubiere tenido el culpable la dirigida intención de quitar la vida a la víctima del atentado contra la propiedad, con tal que se encuentren ligados en íntima conexión subjetiva. ... La Corte Suprema en sentencia de fecha 1 de Abril de 2003, señala que “el propósito primordial del agente fue robar en el homicidio, de tal manera que la muerte fue ejecutada por el hechor en servicio de la apropiación, que él verificó. Hubo en este caso, apoderamiento de cosas muebles ajenas, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro, para lo cual se causó la muerte de una persona”. Cabe concluir de acuerdo a esta sentencia que los hechos relatados y probados en el proceso configuran el delito complejo de robo con homicidio, integrado por dos acciones, las que constituyen un todo jurídico, tipificado en el derecho punitivo”. (Lo subrayado y negritas es nuestro). En el presente caso, dicha violencia se generó inicialmente en contra de la humanidad del señor Jimmy Israel Veintimilla Mora, al propinarle la noche de los hechos, cuando, este fuera al “hueco” a consumir sustancias sujetas a fiscalización, una serie de hematomas, laceraciones y escoriaciones, para luego, el hoy procesado arrebatarse el bolso con las armas de fogueo que portaba el occiso, que con una de ellas atemorizaba algunas de las personas que se encontraban en dicho lugar, para luego con ayuda de sus amigos “El Tortuga” y el “Murquincho” empleando un elemento constrictor “cordón” proceder a ahorcarlo y quitarle la vida, hecho este que está debidamente corroborado con el aparataje probatorio. De toda la prueba presentada se puede colegir irrefutablemente que el día de los hechos, esto es, entre la noche del 28 y madrugada del 29 de noviembre de 2019, las personas que participaron en el asalto y robo a los bienes ( armas) que portaba el señor Veintimilla Mora,



*emplearon no solo la violencia como mecanismo intimidatorio para asegurar el cometimiento de la infracción, es decir, tal como lo concibe la doctrina peruana al manifestar: "...La violencia y amenaza tiene que ser el "medio" para causar materialmente el apoderamiento y/o sustracción de la cosa mueble...". Derecho Penal. Parte Especial. James Reátegui Sánchez. Ediciones Legales. Impreso Perú. Marzo 2013. Pág. 334 y 335; configurándose de esta manera el elemento objetivo del delito de robo, esto es, la "sustracción de cosa ajena, mediante violencia" que como lo dijimos anteriormente, es el apoderamiento de las armas de fuego, las mismas que de acuerdo a los recaudos procesales le fueron quitadas por el procesado, armas que según el testigo presencial señor José Luis Yunga Pacheco, que merece toda credibilidad, quien además, señaló, que "Tuquin" le dijo a "Murquincho" vamos y lo ahorcó: y, que las armas se le las llevaron el procesado y "Murquincho"; lo que constituye el "objeto material del tipo penal" conforme lo indica los maestros Oscar Morales García y Rosa Fernández Palma y Manuel Álvarez Feijoo, en su obra Código Penal con Jurisprudencia, Editorial Aranzadi. España 2013. Pág. 556, es decir, ha existido el desplazamiento de la cosa fuera de la órbita o del ámbito patrimonial de sus propietarios o dueños, en este caso de la referida víctima.- A lo que debemos sumarle lo ya citado en líneas anteriores que dos son los elementos, en esta clase de infracción el uno el atentado contra la propiedad, el robo, y el otro el homicidio, debiendo existir relación estrecha entre ambos atentados, los que la ley pone de relieve, en la frase "con motivo u ocasión del robo" a lo que se suma que "el propósito primordial del agente fue robar en el homicidio, de tal manera que la muerte fue ejecutada por el hechor en servicio de la apropiación, que él verificó" cosa que en el caso que nos ocupa así sucedió, al indicar con la sustracción de las armas, para luego arrebatarse el bien jurídico más valioso "la vida".- 8.2 RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO LUIS ANTONIO GUTIÉRREZ GUAMBAÑA: En relación a establecer la responsabilidad penal del procesado, analizada y apreciada en conjunto la prueba aportada en la audiencia de juzgamiento por la Fiscalía, la que conllevó al Tribunal, al convencimiento en cuanto a su responsabilidad, más allá de toda duda razonable, es decir a crear la convicción en el Tribunal, acerca de los hechos objeto del juzgamiento, para que éste a su vez pueda dictar sentencia condenatoria, por lo que el Tribunal, considera que ésta se ha probado, por lo siguiente: a) Con los testimonios en especial del testigo presencial JOSÉ LUIS YUNGA PACHECO, alias el "Marihuana", quien pudo observar que ese día llegó el occiso con un bolso negro que en su interior se encontraban las armas, que el procesado vista estas circunstancias le había preguntado qué es lo que tenía en la mochila, sin recibir respuesta del señor Veintimilla Mora, siendo revisado por "Tuquin", quien lo agredió; que "Tuquin" estaba con el "Jairo"; que "Murquincho" fue quien le sacó el cordón y comenzó ahorcarlo al señor Veintimilla Mora; que las armas se las llevaron entre "Tuquin" y "Murquincho"; Por su parte Walter Kenneth*



Díaz Tillaguango, señaló que ese día llegó el “finado”, portando un bolso negro, que “Tuquín” le había da un manazo en el pecho, golpeándolo también el “Stuart” y “Jairo”, que el bolso lo tomó “Tuquín”, que lo abrió y sacó las armas que le reclamó al fallecido porque tenía esa armas, quien no decía nada; que “Tuquín” tomó las armas y las guardó en el bolso; que Edison Carlos Murquincho Cuenca, había señalado: que “Tuquín” le había empezado a reclamar al finado por una deuda, que lo había golpeado con la cacha de un revólver en la cabeza, que “Tuquín” tenía el bolso negro, y que al otro día se enteró que “Tuquín”, se había llevado las armas”; que Jairo Belarmino Japón Abrigo, había indicado: que “Tuquín” y “Murquincho” se molestaron, que le reclamaron al fallecido, lo requisaron encontrando las armas, que a eso de las 01h00 “Tuquín” con “Murquincho” habían empezado a golpearlo, el uno por el lado izquierdo y el otro por el derecho, que en eso cogieron un cordón, y entre “Tuquín” y “Murquincho” comenzaron ahorcarlo hasta matarlo; por su lado, Diego Javier Chamba Culquicondor, había señalado: que el señor Juan Arizaga Gutiérrez alias “El Mudo”, le había contado como habían matado al finado, que entre “Tuquín” y “La Tortuga” le habían sacado los cordones del zapato, que el uno le había halado de un lado y el otro del otro ahorcándolo. Hechos que de una u otra manera son corroborados por el propio procesado, al indicar en su testimonio que esa noche en efecto el señor Veintimilla Mora, fuera al “hueco”, que ese día se encontraban “El Bolas”, “Marihuana”, “Jairo”, “Stuart”, “Murquincho”, “Tortuga”, que él le requisó las armas que había llevado el occiso; que le metieron unos golpes, que el “Murquincho” y “La Tortuga” lo mataron; que el “Tortuga” se había quedado con las armas; que él creyó que lo habían dejado soñando y no matando; que el cordón le sacaron al finado; NOVENO:- En torno a la alegación de la Fiscalía y la víctima, a lo largo de este fallo el Tribunal ya lo ha referido; en cuanto a lo expresado por la Defensa del procesado, en relación a la cooperación eficaz esta será analizada más adelante.- DÉCIMO.- Para el caso que nos ocupa, es necesario hacer un análisis respecto del grado de participación del procesado quien lo hizo en calidad de coautor directo según lo previsto en el numeral 3) del Art. 42 del COIP, en torno a este grado de responsabilidad la doctrina nos ilustra “ b) El coautor.- Bajo la expresión “ conjuntamente” el texto legal señala aquellos supuestos donde concurren más un autor directo en la ejecución del delito, ya bien sea porque todos los participantes han realizado todos los hechos tipificados por la norma o porque se crea una sociedad criminal escalada también denominada “Societas scaeleris” en la que los partícipes reparten los papeles en de mayor o menor intensidad para la comisión del delito, siendo en este caso necesario que los coautores o partícipes principales, previa o simultáneamente a la comisión de la infracción penal hayan concertado sus voluntades, para la realización del delito, repartiendo así los actos principales del tipo penal que realizará cada uno para la persecución del fin propuesto a través de un pacto expreso, tácito, previo,



*simultáneo o sobrevenido. Es necesario para considerar a un sujeto como coautor del delito no solo la existencia de acuerdo entre los coparticipes del hecho, sino que cada uno de ellos realice actos de carácter principal, y que asimismo ostenten el dominio del hecho, que implica tener las riendas del acto delictivo pudiendo decidir que se ejecute o no. La sociedad criminal produce la responsabilidad penal de todos los coparticipes o coautores con idéntica penalidad, no solo respecto a los actos delictivos acordados y ejecutados sino también para aquellos casos donde haya desviación de alguno de los coparticipes del plan inicial expresa o tácitamente admitido y ello implique un aumento de responsabilidad penal ( lo subrayado es nuestro) bajo este análisis doctrinario, para el Tribunal, le queda, claro que el procesado, fue la persona que inicialmente propinara una serie de golpes en la humanidad del señor Jimmy Israel Veintimilla Mora, doblegando su voluntad y como indicaron los testigos, el occiso “no hacía ni decía nada”, arrebatándole las armas que portaba ese día; tan es así, que no existieron huellas de auto defensa; y, más bien fueron más allá al segarle la vida al estrangularlo y dejar su cuerpo inerte en el sitio denominado el “hueco”, para ser encontrado por moradores del sector, quienes informaron a las autoridades competentes; ejecutando como ya se ha indicado actos de carácter principal, ostentando el dominio del hecho, ya que el procesado era quien comandaba las acciones ejecutivas del accionar de sus colaboradores, tanto más, que el procesado con el uso de una de las armas del victimado amedrentaba a las personas que se encontraba en dicho lugar, tal y como lo indicó ante el Tribunal, alias el “ marihuana”.- DÉCIMO PRIMERO.- Bajo este análisis de responsabilidad, corresponde hacer el ejercicio matemático para la imposición de la pena, siendo necesario considerar, en especial la agravante prevista en el numeral 5 del Art. 47 del COIP, esto es, cometer la infracción con la participación de dos o más personas, la misma han sido acreditada en autos, ya que el hoy procesado participó de una manera activa en el antijurídico que se juzga; lo que obliga al Tribunal, modular la pena a imponerle al señor LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ, según lo prescrito en el inciso tercero del Art. 44 del COIP, e imponer la pena máxima prevista en el tipo penal aumentada en un tercio, correspondiéndole la pena agravada de TREINTA Y CUATRO AÑOS CUATRO MESES de privación de la libertad, más el pago de la multa que asciende a la cantidad de OCHOCIENTOS SALARIOS BASICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, conforme lo establece el Art. 70 numeral 14 del COIP, vigente al fecha de la comisión de la infracción (2019); más los mecanismos de reparación consistentes en: 1) Rehabilitación psicológica; 2) Las disculpas públicas 3) La indemnización por daños materiales e inmateriales, producto de la infracción ocasionada, que para ello el Tribunal, ha considerado la fórmula establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Neira Alegría y otros vs. Perú, por lo que se tomará como parámetros el salario básico unificado vigente al año 2019 (\$394,00), fecha en la que se*



suscitaron los hechos, conforme obra de la prueba actuada, en la que se estableció la edad del occiso al momento de su fallecimiento era de 32 años de edad, por lo que considerando la expectativa de vida según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, que establece 86 años de vida como promedio; cuantificando dichos rubros esto es \$ 394,00 x 12 meses = \$ 4.728 x 54 años que le restaban como promedio de vida, dando un total de \$ 255. 312 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, en su parte proporcional.- Así como las medida de protección previstas en los numerales 2 y 3 del Art. 558 del COIP.- **CONSIDERACIONES PARA LA MODULACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR GRACIA DE LA COOPERACIÓN EFICAZ.**- En el desarrollo de la audiencia de juzgamiento la Fiscalía y la defensa del procesado hicieron conocer al Tribunal, respecto al acuerdo de cooperación eficaz, celebrado entre la Fiscalía y el procesado, avalado por su Defensa Técnica, siendo necesario hacer un análisis si en efecto opera o no dicho acuerdo.- Para ello es importante traer a colación lo expuesto por Ab. Carlos Aurelio Zaquinaula, en su publicación titulada “DELACIÓN PREMIADA”, (<https://www.derechoecuador.com/delacion-premiada>) quien señala que: “Una de las características principales del Derecho Penal siempre ha sido la imposición de sanciones a las personas que apartan su conducta de las normas penales, sin embargo, cuando estas personas transforman su comportamiento y colaboran con la justicia a cambio de beneficios, el Derecho Penal pasa a tener un carácter negocial, lo que fue calificado por varios autores como: Derecho Penal Premial. Al estudiar la delación premiada, indudablemente debemos detenernos en analizar esta rama del Derecho Penal, porque es aquí donde la figura sienta sus bases. De forma sucinta, se puede definir como el conjunto de normas, que regulan las gratificaciones procesales por parte del Estado, cuyo receptor es la persona que colabora con la justicia, contribuyendo eficazmente en las investigaciones, con el objetivo de desarticular organizaciones criminales y descubrir sus delitos. El profesor Raúl Castaño Vallejo (2013) lo ha definido de la siguiente manera: «Es la denominación genérica que se da a formas de levantamiento o atenuación de la pena para los coimputados que colaboran con la justicia penal en el descubrimiento del delito o en la delación de sus autores» (p. 166). El Derecho Penal Premial tiene como función esencial impulsar a determinados comportamientos como el arrepentimiento o la delación, a través del ofrecimiento de ventajas o beneficios, por tanto, este tipo de normas se distinguen de las demás, por la utilización de premios, llegando a suavizar los rigores del Derecho Penal, ya que el Estado renuncia a su potestad sancionadora como respuesta a la ayuda que aporta el delincuente a esclarecer los hechos delictivos.”, autor quien además refiere que: “A este instituto premial se lo puede definir como un acuerdo legal que consiste en una declaración personal, expresa y voluntaria de la persona investigada o acusada de un delito, ante la autoridad encargada de la persecución criminal, a la que le informa sobre la



*responsabilidad y la identidad de los demás autores o partícipes del hecho delictivo y, a cambio, puede recibir por decisión judicial, la flexibilización de la sanción punitiva, es decir, se recompensa el comportamiento del autor, que después del hecho delictivo, lleva a cabo actos que pongan en manifiesto el reconocimiento de la vigencia de la norma infringida por el injusto cometido, cuya justificación se halla en razones de Política Criminal. Naturaleza jurídica...” el citado autor en dicha publicación, también, hace alusión a que la cooperación eficaz cuenta con ciertas características: “Voluntariedad: Se debe vigilar que la colaboración sea siempre observando los principios de voluntariedad y espontaneidad, por lo tanto, será inaceptable cualquier tipo de amenaza o coacción... El delator es interviniente en el delito: El delator es una persona que ha intervenido en el cometimiento de un delito, ya sea como autor o partícipe, y que ha escogido separarse de lo ilícito y ayudar a la administración de justicia para obtener beneficios procesales.- Autoincriminación: Una consecuencia de acceder acogerse a una delación premiada, es el reconocimiento de responsabilidad penal por parte del delator, ya que para señalar a otros delincuentes o ayudar a localizar pruebas, el delator necesariamente confesará su participación en el delito, es decir, reconoce su parte de culpa en un acto criminal mediante una promesa de beneficios.- Información transcendental: La sola confesión y el testimonio no pueden considerarse suficientes para que el cooperador sea acreedor de beneficios procesales. Principalmente, la información que brinde el cooperador será sobre terceros, y esta deberá ser corroborada y objetivamente efectiva para el descubrimiento de los hechos, de los cuales las autoridades no tenían conocimiento anterior. La envergadura de la información que se suministre debe ser tal, que permita desbaratar el fenómeno criminal al cual ha pertenecido, y esto ayude a revelar la identidad de los demás delincuentes. A la persona que colabora con la justicia no se le exige un ingrediente subjetivo o una actitud filántropa, lo que se le pide es una contribución objetiva, seria y verificable para favorecer el castigo de la criminalidad.- Beneficio procesal: Es la base angular sobre la que se desarrolla la figura. Generalmente los beneficios procesales a favor del delator son la atenuación o eximición total de la pena, esto, siempre y cuando se verifique que la información que ha suministrado ha sido corroborada, así como la efectividad que ha tenido dentro de la investigación penal.- Reserva de la delación: Es una de sus características más polémicas, ya que se acerca más a un modelo inquisitivo que a uno garantista. Una vez que el beneficiario ha decidido acogerse a una delación premiada, esta pasa a tener carácter de reservada, quedando únicamente a conocimiento del propio delator, del fiscal ante el cual se ha llegado al acuerdo de beneficios, del juez que aprueba el proceso de delación y, en su momento, de las terceras personas que se ven afectadas por los dichos del beneficiario.” (Lo subrayado es del Tribunal.-) Ahora bien, le corresponde al Tribunal, analizar si en efecto, dicha cooperación, cumple con las*



características antes señaladas: 1) *Voluntariedad*: en el caso sub iudice, en efecto se denota claramente que ha existido por parte del hoy sentenciado esta voluntariedad para brindar la información; 2) *Autoincriminación*: el hoy delator y sentenciado, al rendir inicialmente su versión y luego su testimonio al Tribunal, ha confesado su participación en el delito que se juzga, al ejecutar actos como el “manazo”, el apoderamiento de las armas y si bien no lo indicó directamente refirió una frase muy elocuente “y paso lo que pasó”; 3) *La Información trascendental*, la que debe estar corroborada objetivamente y que con la misma se ayude al descubrimiento del hecho antijurídico, información que las autoridades no tenían conocimiento sino es luego de la delación, está claro que el señor LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ, en efecto, brindó información que a la postre la Fiscalía diera con las personas que esa noche se encontraban en el “hueco” y no solo con los alias, como así lo refiriera el señor policía Cbos. William Noé Mejía Tenempanguay, quien indicó que en eso dos meses no habían tenido más información; que la información, respecto a que en el lugar habían otras personas salió de Luis Guambaña, quien dio la información de las otras personas, ya que solo decía los nombres de los alias; 4) *Beneficio procesal*: Este beneficio al amparo de lo previsto en el COIP, es la reducción de la pena a imponerse; y, 5) *La Reserva de la delación*: La misma que fuera develada ya en el desarrollo de la audiencia de juicio. A lo expuesto se suma lo prescrito en el artículo 491 el COIP, norma que nos da la pauta, para establecer si en efecto opera o no este beneficio, debiendo para ello suministrarse datos instrumentos, efectos, bienes, información precisa verídica y comprobable que contribuyan para el esclarecimiento de los hechos o que permitan la identificación de los responsables; en este punto, el Tribunal considera que se han justificado, conforme a ley, que con la información brindada por el hoy sentenciado, como ya se señaló en líneas anteriores, le permitió a la Fiscalía la identificación de todas las personas que la noche y madrugada el 28 y 29 de noviembre de 2019, estuvieron y participaron en el hecho, como fueron: Luis Alfredo Vargas León alias “La Tortuga”; Luis Antonio Guambaña Gutiérrez, alias “Tuquín”; Andrés Alexander Correa Mendieta alias “Alex chiquito”; Edison Carlos Murquincho Cuenca el alias “Murquincho”; José Luis Yunga Pacheco alias “Marihuana”; Diego Javier Chamba Culicondor alias el “Chamba”, entre otros. Ya que la información que tenía la Fiscalía estaba relacionada con algunas diligencias investigativas en torno a que personas iban al sector denominado “el hueco” en donde vendían y consumían sustancia sujetas a fiscalización, el teléfono Samsung encontrado cerca de la humanidad del occiso, que era utilizado con el hoy procesado, la causa de la muerte, el levantamiento del cadáver, entre otras experticias, que a decir de Fiscalía no eran suficientes hasta ese momento para esclarecer el hecho y a los responsables, que con esta información brindada por el hoy sentenciado, la misma que ha sido verídica y comprobable, determinaron lo que a la postre ayudara al esclarecimiento del



hecho, permitiendo con ello identificar plenamente a las personas que fueron los partícipes y las que le ocasionaron la muerte el señor Veintimilla Mora.- Por manera que el Tribunal acepta dicho beneficio procesal, la que resultó ser eficaz, lo que conlleva a la reducción e individualización de la pena, tomando para ello las circunstancias agravantes ya indicadas; ya que la pena a imponerse, no podrá exceder de los términos del acuerdo; pena que fuera acordada de manera libre y voluntaria entre Fiscalía y el procesado. Si hacemos la inferencia conforme las reglas del artículo 493 del COIP, la pena a imponerse no puede ser menor al 20% de la pena mínima fijada para la infracción, esto es veintidós años que obtenido el 20% serían cuatro años cuatro meses de privación de libertad, pena que debe ser aumentada en un tercio, en razón de las circunstancias agravante; por manera, que en acatamiento a esta cooperación o derecho premial, el Tribunal de Garantías Penales de Loja, impone una pena privativa de libertad de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, siguiendo las mismas reglas en relación a la multa y la reparación pecuniaria le corresponde así mismo el 20%, tanto de los ochocientos salarios básicos unificados, como de los \$ 255. 312, de los Estados Unidos de Norteamérica.- Por las consideraciones expuestas, al haberse comprobado conforme a derecho tanto la materialidad como la responsabilidad penal del procesado LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ; por lo que el Tribunal, acogiendo en parte la acusación Fiscal, de conformidad con lo establecido en los Arts. 621, 622 y 623 del Código Orgánico Integral Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, el Tribunal de Garantías Penales de Loja, dicta sentencia declarando la CULPABILIDAD del procesado señor LUIS ANTONIO GUAMBAÑA GUTIERREZ cuyas generales de ley constan al inicio de este fallo; en calidad de COAUTOR del delito robo con resultado de muerte, cuya conducta se encuentra tipificada en el inciso ante penúltimo del Art. 189 del COIP, en relación con lo previsto en los Arts. 44 inciso tercero, 47 numeral 5 y 493 del referido cuerpo de leyes, imponiéndole una pena de: DOCE AÑOS de privación de la libertad pena, en razón a la cooperación eficaz, pena que la cumplirá de conformidad con lo establecido en el Art. 77.12 de la Constitución de la República y el Art. 693 del Código Orgánico Integral Penal, en el Centro de Privación de la Libertad de personas adultas en Loja, debiendo descontársele el tiempo que hubiera permanecido privado de su libertad por esta causa, quedando en interdicción el sentenciado mientras dure su condena, conforme lo establece el Art. 56 del COIP.- Se lo condena además al pago por concepto de MULTA de CIENTO SESENTA SALARIOS BASICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, vigente al fecha de la comisión de la infracción (2019), multa que será cancelada en la forma como lo determina el Art. 69 numeral 1 ibídem.- En torno a los mecanismos de reparación tenemos: 1) Rehabilitación psicológica, para los padres del fallecido; 2) Las disculpas públicas a los familiares del



*occiso, las mismas que ya se las deberá hacer por medio de una publicación de prensa, en el domicilio de los padres del fallecido; 3) La indemnización por daños materiales e inmateriales, producto de la infracción ocasionada, por lo que en lo referente a la reparación inmaterial, la cual se traduce en los sufrimientos que atravesaron sus padres e hijo de la víctima, por las circunstancias en las que ocurrió el hecho, dicho daño moral es difícil de ser cuantificable, para lo cual el Tribunal, teniendo como referente lo ya expuesto y según la fórmula establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Neira Alegria y otros vs. Perú, le correspondería la cantidad de CINCUENTA Y UN MIL SESENTA Y DOS DÓLARES CON CUARENTA CENTAVOS, de los Estados Unidos de Norteamérica (USD\$ 51.062.40). Así como se dictan las medida de protección previstas en los numerales 2 y 3 del Art. 558 del COIP.- Pare el efecto se oficiará a la Superintendencia de Bancos Regional Cuenca, a fin que por su intermedio proceda a la retención de valores que mantuviere el sentenciado como titular de cuentas bancarias sea de ahorros o corrientes.- Al tenor de lo previsto en los Arts. 81 del Código de la Democracia y 64.2 de la Constitución de la República, una vez que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, se dispone officiar al Consejo Nacional Electoral haciéndole conocer la suspensión de los derechos políticos del sentenciado por el tiempo que dure la condena.- De conformidad a lo previsto en el Art. 131 # 3 del Código Orgánico de la Función Judicial, se deja constancia que no se observa indebida actuación de parte de la fiscalía, ni de los abogados defensores.- Se dispone officiar a la Fiscalía Provincial de Loja a fin de que se investigue la participación del señor Edison Carlos Murquincho Cuenca, alias " Murquincho" en los hechos que han sido juzgados. NOTIFÍQUESE.-*

*f: VALDIVIESO ARIAS LUIS FELIPE, JUEZ; VALDIVIESO CUEVA JORGE LUIS, JUEZ; MUÑOZ PALACIOS MÁXIMO RENÉ, JUEZ  
TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES CON SEDE EN EL CANTON  
LOJA*

*Lo que comunico a usted para los fines de ley.*

*PALACIOS CHIMBO HUGO STALIN*

*SECRETARIO DEL TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES CON  
SEDE EN EL CANTON LOJA"*



## DERECHO CIVIL - PROCESO POR MUERTE PRESUNTA

- PROCESO No. 15301-2007-0094. Unidad Judicial
- PARTE ACTORA: Bertha Esperanza Revelo Erazo Ab. Christian Rodriguez (madre)
- PARTE DEMANDADA: Roberto Manuel Carrión Revelo (hijo) Ab. Paola Enríquez (se allana)
- El 24 de marzo de 2006 la actora se encontraba viajando a bordo de una Unidad de Transporte donde se produjo un accidente grave, resultando varias personas heridas y fallecidas; y por los golpes recibidos la misma perdió la memoria. Ante tal situación su hijo en marzo de 2007 entabló *demanda de muerte presunta de la Sra. Revelo, a la que Dr. Marco Merino Garzón, Juez Primer de lo Civil de Napo* hizo lugar.
- En mes de mayo de 2016 en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, Bertha Esperanza Revelo Erazo se encontró con su hijo y pudo recuperar la memoria, y solicitó la revocación de la sentencia de muerte presunta y revocatoria de posesión efectiva de bienes.
- El Tribunal aceptó la demanda a la cual la parte demandada se allanó y dispuso la revocatoria de la posesión efectiva de bienes y dejó sin efecto la inscripción de defunción de la señora Bertha Esperanza Revelo Erazo, de acuerdo a lo dispuesto por la Oficina Técnica del Registro Civil, Identificación y Cedulación, en la marginación de la partida de defunción de la compareciente, que lo declara VIVA.
- Fundamento normativo: la Sentencia analizada encuentra sus fundamentos en Código Orgánico General del Proceso Art. 241 y Código Civil en el Art. 79 de Ecuador.



**Unidad Judicial del Cantón Tena declara la nulidad de sentencia de muerte presunta y revoca fallo de posesión efectiva de bienes (Unidad Judicial de familia, mujer, niñez y adolescencia con sede en el cantón Tena, provincia de Napo)**

**Norma Asociada:** COGEP, Art. 241; Código Civil en el Art. 79.

**Tema:** Nulidad de sentencia de muerte presunta y revocatoria de posesión efectiva de bienes

**Descriptor:** Revocatoria de sentencia

**SÍNTESIS:** Unidad Judicial acepta la demanda y dispone la revocatoria de la posesión efectiva de bienes y dejar sin efecto la inscripción de defunción de la señora Bertha Esperanza Revelo Erazo, de acuerdo a lo dispuesto por la Oficina Técnica del Registro Civil, Identificación y Cedulación, en la marginación de la partida de defunción de la compareciente, que lo declara VIVA.

**TEXTO COMPLETO:**

*"Tena, lunes 17 de febrero del 2020, las 15h45, VISTOS: Comparece la señora Bertha Esperanza Revelo Erazo y demanda al señor Roberto Manuel Carrión Revelo, la revocatoria de la posesión definitiva, y que se deje sin efecto la inscripción de defunción de la compareciente; y manifiesta: Que: con fecha 24 de marzo de 2006 las 02h30 se encontraba viajando a bordo de la Unidad de Transporte de la Coop. Barrios disco 53 placas TAO-438, rumbo al Coca, donde se ha producido un accidente de tránsito cuya unidad se ha precipitado a un barranco de aproximadamente 200 metros de profundidad, siniestro del cual resultaron varias personas heridas y fallecidas; y por los golpes recibidos ha perdido la memoria.- Que: con fecha 13 de marzo de 2007 su hijo Roberto Manuel Carrión Revelo ha presentado una demanda de muerte presunta de la compareciente, y calificada el 19 de marzo de 2007 a las 08h16 por el Dr. Marco Merino Garzón, Juez Primer de lo Civil de Napo, una vez evacuado el trámite se sentencia con fecha 29 de junio de 2007, dentro del proceso por muerte presunta No. 15301-2007-0094, donde mediante sentencia se ha declarado la muerte presunta de la compareciente Bertha Esperanza Revelo Erazo, inscrita en el Registro Civil.- Que: el mes de mayo de 2016 en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, se ha encontrado con su hijo que responde a los nombres de Roberto Manuel Carrión Revelo, poco a poco al paso del tiempo ha podido recuperar la memoria hasta la presente fecha.- Calificada la demanda, a fs. 58, se dispone citar al demandado; quien comparece a fs. 63 Y en la parte pertinente es decir, en el numeral 4 primer punto, dice que en relación a las pretensiones planteadas por la parte actora, en su demanda, se permite precisar que se allana a cada una de ellas.- Con la contestación a la demanda se convoca a la audiencia preliminar para el día 10 de febrero de 2020 a las 09h30, a la misma comparecen la actora Bertha Esperanza Revelo Erazo con su Ab. Christian Rodríguez y la parte demanda señor Roberto Manuel Carrión Revelo con su Ab. Paola Enríquez.- AUDIENCIA: En la primera parte de la audiencia, se procede al saneamiento del proceso y se fijan los puntos del debate, sin existir alegación en contrario por las*



partes comparecientes. - En el momento de la conciliación, se concede la palabra a la parte demandada quien se ratifica en el allanamiento a la demanda en todas sus partes conforme el Art. 241 del Código Orgánico General de Procesos. - Para resolver se considera: 1.- VALIDEZ PROCESAL.- dentro de la presente causa no se ha omitido solemnidad alguna, se ha seguido las reglas del debido proceso conforme las normas del Art. 76 de la Constitución de la Republica, por lo tanto se declara el procedimiento válido, al momento de saneamiento en audiencia. 2.-COMPETENCIA.- el suscrito Juez es competente para conocer la presente causa, de conformidad con los Art 167, 168 y 175 de la Constitución de la Republica Arts. 233, 234 del Código Orgánico de la Función Judicial, y Art. 9 del Código Orgánico General de Procesos.- 3.-LEGITIMACION.- Se encuentra legitimado el derecho de la parte actora con la copia de sus documentos personales de identificación y en particular con la razón marginada en el registro de Inscripciones de Defunciones contenido en el Tomo 1, Pág. 65 Acta 65, emitida en el Tena provincia de Napo el 16 de Julio de 2007; en la cual manifiesta que: "LA OFICINA TECNICA DEL REGISTRO CIVIL IDENTIFICACION Y CEDULACION DE TENA.- RAZON: Siento como tal que mediante informe técnico No. 1843 de fecha 3 de diciembre de 2018 la Dirección de Investigación Civil y Monitoreo de la DIGERCION DETERMINA mediante cotejo dactilar que la ciudadana REVELO ERAZO BERTHA ESPERANZA con NUI 1705182713 SE ENCUENTRA VIVA mas no como consta registrada en la presente defunción; se EXPEDIRA LA MISMA, SOLO COMO VALIDO PARA TRAMITES JUDICIALES" suscribe Fredy Edison Vilajes Parra SUB INSCRIPTOR DEL ARCHIVO PROVINCIAL (e) C72-OTIS-AG2.- . 4.-RESOLUCION DE EXCEPCIONES: La parte demandada no presenta excepciones, por lo tanto no hay nada que resolver al respecto.- DEL ALLANAMIENTO.- El Código Orgánico General de Procesos en adelante COGEP, en el Art. 241 determina el Allanamiento a la demanda. La parte demandada podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia. La o el juzgador no aceptará el allanamiento cuando se trate de derechos indisponibles. El allanamiento de una o uno o de varias o varios demandados, sobre una obligación común divisible, no afectará a las otras u otros y el proceso continuarán con quienes no se allanaron. Si la obligación es indivisible, el allanamiento deberá provenir de todos.- Si el allanamiento es parcial o condicional deberá seguirse el proceso con respecto a lo que no ha sido aceptado.- Concordancia artículos: 242, 243, 244 COGEP.- El Art. 242 del COGEP indica sobre la ineficacia del allanamiento. El allanamiento será ineficaz: 1. Cuando la o el demandado sea incapaz, excepto cuando se trate del allanamiento de personas jurídicas.- 2. Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.- 3. Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de la declaración de parte.- 4. Cuando la sentencia deba producir efecto de cosa juzgada con respecto a terceros.- Concordancia artículos: 241, 243, 244 COGEP.- El Art. 244 del COGEP indica: Aprobación del allanamiento. La o el juzgador aprobará el allanamiento mediante sentencia, la que causará ejecutoria. - Concordancia artículos: 90 al 95, 241 al 243 y COGEP. Bajo esta normativa se aprueba el allanamiento y se da por concluido el proceso.- El Código Civil en el Art. 79 determina la revocatoria de la posesión definitiva, que podrá revocarse a favor del desaparecido, si volviere, o de sus legítimos habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuge por el matrimonio contraído en la misma época.- El Art. 80 del mismo cuerpo legal, determina las reglas de la revocatoria de la posesión efectiva definitiva y en su numeral 1 dice



que el desaparecido podrá pedir la revocatoria en cualquier tiempo que se presente o que haga constar su existencia; en el numeral 4 dice que: en virtud de este beneficio se recobrarán los bienes, en el estado en el que se hallaren subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos sobre ellos.- En el caso que nos ocupa, la actora presenta la razón de encontrarse viva, conforme la razón sentada en la inscripción de defunción del Registro Civil, Identificación y Cedulaación.- Consecuencias jurídicas de la prueba de la existencia del declarado presuntamente muerto o de su retorno.- La declaración judicial de presunción de muerte puede dejarse sin efectos, acreditándose a través de los medios de prueba admitidos en Derecho, la existencia con vida de la persona, respecto de la cual se sentó tal presunción. En este orden de ideas es necesario delimitar cuándo procede, o sea, en qué circunstancias, cómo, o lo que es lo mismo, qué vía procesal conduce a la nulidad de la previa declaración judicial de presunción de muerte y qué consecuencias ocasiona. Conforme con nuestro ordenamiento jurídico material (artículo 37 del Código Civil), se anulará la declaración judicial de presunción de muerte, cuando: a) se presente el declarado presuntamente muerto, o sea, retorne; b) se pruebe su existencia. Resulta interesante también el supuesto de que, aun fallecido ya, el que fuera declarado antes presuntamente muerto, pudiera probarse que tal fallecimiento se produjo en fecha posterior y cierta, a la que se contiene en la resolución judicial en la cual se declara su muerte presunta. Este caso, es distinto a aquel en que las últimas noticias del desaparecido corresponden a un momento ulterior al que se expresa en la resolución judicial en que se contiene la declaración judicial de muerte presunta, pues aquí sigue presumiéndose la muerte, respecto de la cual no hay certeza absoluta, eso sí, ha variado el presunto momento en que se debe tener por fallecido, por haberse probado ulteriormente que la persona aún vivía en la fecha en que ab initio se presumió su muerte. Empero, el caso al que pretendo referirme es aquel es que cesa cualquier duda sobre el evento de la muerte, y por ello, cesa la declaración judicial de presunción de muerte, en tanto ya existe prueba de que esta acaeció, no previsto expresamente en el artículo 37 del Código Civil. Supuesto en el cual serían los herederos y legatarios del causante quienes reclamarían la sucesión abierta al momento en que definitivamente quedó probada la muerte del causante. Se pasa de un estado de incerteza sobre el evento muerte, a uno de certeza absoluta sobre el propio evento. Como expresa OGAYAR Y AYLLÓN ante el silencio del legislador español frente a este supuesto fáctico, de comprobarse la muerte del declarado fallecido, se destruye la presunción iuris tantum del fallecimiento, por lo que, probada la muerte, se constituye una situación jurídica definitiva que pone fin a la que admitía prueba en contrario, especialmente si el momento de la muerte comprobada es diferente del señalado en la resolución judicial que contiene la declaración. Centrándonos entonces en el estudio de los dos supuestos que, según el Código Civil cubano en su artículo 37, implican la nulidad de la declaración judicial de muerte presunta, cabe, en primer orden, que retorne, o sea, se presente él, hasta ese momento tenido por todos, presuntamente muerto, supuesto en el cual sería él mismo el legitimado para interesar la nulidad de la declaración judicial de muerte, en proceso respecto del cual, nada disponen ni el Código Civil, ni la ley procesal, si bien en la doctrina patria reciente se maneja el criterio de que sea en proceso contencioso de carácter ordinario, posición que no es homogénea en el Derecho Comparado, en el que se ofrecen proposiciones muy interesantes como la del Código Civil peruano que en su artículo 67, regulador del reconocimiento de



existencia, establece la posibilidad de sustanciarlo como un proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaron la declaración de muerte presunta. Lo cierto es que la declaración de existencia, según la denominación dada por el artículo 67 del Código, motivo de inspiración de otros cuerpos legales, pone fin a este estado de incerteza y restablece los atributos correspondientes al estado civil de quien hasta ese momento se tenía como presuntamente muerto.- Por lo manifestado, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se acepta la demanda y se dispone la revocatoria de la posesión efectiva dictada en la sentencia de fecha 29 de junio de 2007 dentro de la causa No. 15301-2007-0094.- En cuanto a dejar sin efecto la inscripción de defunción de la señora Bertha Esperanza Revelo Erazo, este a lo dispuesto por la Oficina Técnica del Registro Civil, Identificación y Cedulación, en la marginación de la partida de defunción de la compareciente, que lo declara VIVA.- Oficiese al Registro de la Propiedad del Canto Tena, provincia de Napo, a fin de dejar sin efecto la posesión efectiva inscrita en favor de Carrión Revelo Roberto Manuel con numero de cedula 1714760913.- NOTIFIQUESE."



- **MATERIA: DERECHO PENAL – HABEAS CORPUS.**
- Unidad Judicial de familia, mujer, niñez y adolescencia y adolescentes infractores del cantón Santo Domingo, provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas
- PARTE ACTORA: Señor Loor Mendoza David Alejandro, ABOGADO Wilson Hernán Valenzuela
- PARTE DEMANDADA: Abogado Jorge Aníbal Mejía Rosales, en su Calidad de Director Subrogante del Centro de Privación de Libertad de Santo Domingo, del SERVICIO DE ATENCIÓN INTEGRAL A PERSONAS ADULTAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y ADOLESCENTES INFRACTORES.
- La parte actora fue sentenciado por el delito establecido en el Art. 377 inc. 1 Del Código Orgánico Integral Penal, esto es muerte culposa en accidente de tránsito, a cumplir una pena privativa de libertad de 3 años. Por dicho accidente el Sr. Loor quedó con severas secuelas (discapacidad física muy grave en el 77%) que determinan que no pueda movilizarse sino con silla de ruedas, así como no controla esfínteres y requiere uso de pañales y sonda vesical entre otras cosas y el Establecimiento Carcelario no cuenta con las condiciones accesibilidad e inclusión para personas con discapacidad, sumado a la falta de asistencia personal, de medicamentos y rehabilitación.
- La Unidad Judicial hace lugar a la demanda de Hábeas Corpus presentada, por cuanto actualmente en el Centro de Privación de Libertad de Santo Domingo de los Tsáchilas No. 2, no se le puede brindar un tratamiento, seguimiento y cuidados especiales a la persona privada de la libertad, por su condición física y medica que padece y dispone el arresto domiciliario bajo vigilancia policial, el mismo que deberá cumplirse en su residencia ubicado en el Cantón El Carmen, Provincia de Manabí, Kilómetro 2 de la Vía El Venado.



Fundamento normativo: la Sentencia analizada encuentra sus fundamentos normativos en el Art. 164 del Código Orgánico General de Procesos, el Art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Corte Interamericana, en la opinión consultiva OC8/87 del 30 de enero de 1987 y artículo 25.1 de la Convención de Derecho Humanos.



**Unidad Judicial del cantón Santo Domingo dispone arresto domiciliario con vigilancia policial de persona privada de la libertad con discapacidad. (Unidad Judicial de familia, mujer, niñez y adolescencia y adolescentes infractores del cantón Santo Domingo, provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas)**

**Norma Asociada:** LOGJCC Art. 14, 43, 44; COGEP Art. 164; CPE Art. 11.3, 86, 426.

**Tema:** Acción de Hábeas Corpus

**Descriptor:** Arresto domiciliario, grupo de atención prioritaria, persona privada de la libertad.

**SÍNTESIS:** La Unidad Judicial declara con lugar la demanda de Hábeas Corpus presentada, por cuanto actualmente en el Centro de Privación de Libertad de Santo Domingo de los Tsáchilas No. 2, no se le puede brindar un tratamiento, seguimiento y cuidados especiales a la persona privada de la libertad, por su condición física y médica que padece y dispone el arresto domiciliario bajo vigilancia policial, el mismo que deberá cumplirse en su residencia ubicado en el Cantón El Carmen, Provincia de Manabí, Kilómetro 2 de la Vía El Venado.

**TEXTO COMPLETO:**

*"Santo Domingo, martes 29 de diciembre del 2020, las 16h49, VISTOS. Por ser el estado del proceso cumplir con lo dispuesto en el Art. 76 N° 7 letra L) de la*



Constitución de la República y Art. 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se reduce a escrito la correspondiente SENTENCIA pronunciada en Audiencia Pública, misma que se la realiza con fundamento en las siguientes consideraciones: 1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES 1.1. Como parte actora se identifica al señor Looz Mendoza David Alejandro, con cedula No. 172496967-8. 1.2. Como parte demandada es requerido el Abogado Jorge Anibal Mejía Rosales, en su Calidad de Director Subrogante del Centro de Privación de Libertad de Santo Domingo, del SERVICIO DE ATENCIÓN INTEGRAL A PERSONAS ADULTAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y ADOLESCENTES INFRACTORES. 2.- ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA DEMANDA 2.1. De fs. 84 a 87 del proceso comparece el señor Looz Mendoza David Alejandro, quien entre otras cosas manifiesta: "[...] Señor Juez, dentro del proceso 13259-2018-00003 fui sentenciado por el delito establecido en el Art. 377 inc. 1 Del Código Orgánico Integral Penal, esto es muerte culposa en accidente de tránsito, a cumplir una pena privativa de libertad de 3 años, sentencia emitida por parte de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón El Carmen provincia de Manabí con fecha 24 de octubre de 2018, la cual fue ejecutoriada 30 de mayo de 2019 una vez que se inadmite el recurso de casación por no cumplir con los criterios que exige la naturaleza técnica de dicho recurso. Por lo que se emite el auto solicitando a los miembros de la Policía Nacional mi localización y captura. Por la naturaleza de este tipo penal la conducta es culposa pues no tuve la más mínima intención de provocar dicho accidente, el mismo que dejó severas secuelas en mi vida, a mi familia y en mi salud, pues actualmente soy una persona con discapacidad física muy grave en el 77%, pues presento cuadros médicos tales como TRAUMA CRANEOENCEFÁLICO, TRAUMA RAQUIMEDULAR + FRACTURA TORÁCICA T8, T9, T10 (S 22) lo que ha dejado como secuela permanente PARAPLEJÍA FLÁCIDA CIE 10 G820, sin la posibilidad de recuperar la marcha, además de DISFUNCIÓN NEUROMUSCULAR DE LA VEJIGA CIE 10 N318 (lo que provoca no tener control respecto de la evacuación de la orina) e INCONTINENCIA DE ESFÍNTERES (lo que provoca que no tengo control respecto de la evacuación de heces de mi cuerpo), esto lo justifico con los siguientes documentos: Carné de discapacidad. Certificado médico emitido por parte del Dr. Juan Manuel Calderón Echeverría, Médico Especialista en Traumatología del Hospital General del IESS SANTO DOMINGO, de fecha 27 de noviembre de 2020. Certificado Médico emitido por parte del Dr. Joel Edwin Irons Pérez, Médico Especialista en Urología del Hospital General del IESS SANTO DOMINGO de fecha 26 de noviembre de 2020. Certificado Médico Emitido por parte del Dr. Fabricio Aguilar, Especialista en Ortopedia y Traumatología del Hospital "INGLÉS M&C" de fecha 15 de febrero de 2016. Certificado de Hospitalización emitido por parte de la Dra. Katherine Vela Segarra, Especialista Médico Residente del Hospital "INGLÉS M&C" de fecha 19 de febrero de 2016. Certificado emitido por parte de la Dra. Alba García Pinargote, Especialista en Medicina y Cirugía de la Coordinación Zonal 4 del Distrito 13D05 El Carmen del Ministerio de Salud Pública, de fecha 16 de marzo de 2016. Con fecha 19 de agosto de 2020 soy detenido en mi domicilio ubicado en el cantón El Carmen por parte de los miembros de la Policía Nacional, por lo que se emite Boleta de Encarcelamiento N° 13259-2020-000147, y desde aquel día me encuentro cumpliendo la pena de 3 años en el Centro de Privación de Libertad de Santo Domingo ubicado en la Cooperativa de Vivienda Santa Martha. Durante el tiempo



que he permanecido recluido en el Centro de Privación de Libertad, he recibido tratos que no han sido diferenciado, ni inclusivos, ni acordes a mi condición de persona con discapacidad física muy grave, impidiendo de esta manera tener una vida digna, lo que provoca que estos tratos se tornen crueles, inhumanos y degradantes que afectan gravemente mi vida, mi salud, mi integridad física, psicológica y mi dignidad, los cuales detallo a continuación: Por mi discapacidad y mi condición física necesito usar pañales y sonda vesical 20/1d indefinidamente, pues no tengo control de mis esfínteres, sin embargo no cuento con una persona que esté pendiente de mí durante las 24 horas del día, por esta razón no he podido usar sonda a pesar de ser una disposición médica, actualmente solo uso pañales, lo cual cada día se torna más tortuoso pues por mis propios medios no puedo proporcionarme el cuidado y aseo adecuado, lo que muchas veces me provoca infecciones en mi cuerpo y partes íntimas. En circunstancias he tenido que rogar, suplicar y hasta pagar a los compañeros de celdas para que me ayuden, de los cuales he recibido insultos y rostros de repudio lo que me hace sentir denigrado, vejado y que valgo poco, lo cual cada día atormenta mi estado psicológico y esto se repite todos los días. Debido al hacinamiento que existe en las cárceles de nuestro país, estoy cumpliendo mi pena en una celda muy diminuta con otros 5 privados de libertad lo cual limita mi movilidad dentro de la celda, además que los baños y duchas no se encuentran acondicionados para una persona con discapacidad como yo, por lo que nuevamente tengo que rogar y suplicar ayuda y otras tantas no puedo acceder ni siquiera al baño. El Centro de Privación de Libertad, no cuenta con medidas de accesibilidad de inclusión para personas con discapacidad como es mi caso, pues para mí es indispensable el uso de sillas de rueda, pues en dicho centro me encuentro en un piso elevado por lo que es inaccesible para mí ir al patio y por lo menos tomar sol pues la única vía de acceso son las escaleras y todas las celdas se encuentran en la parte alta. Por mi condición necesito tratamiento médico y terapias de rehabilitación de manera constantes como lo venía haciendo antes de ser privado de libertad, actualmente me es imposible acceder a medicinas o médicos especialistas pues los que cuentan el Centro de Privación de Libertad son deficientes para mi situación. El permanecer acostado en la cama o sentado en la silla de ruedas por mucho tiempo me provoca úlceras por presión en la zona sacra lo cual es muy doloroso, para lo cual no he recibido tratamiento médico oportuno lo que provoca muchas noches sin dormir y los compañeros privados de libertad se enojan al escuchar mis lamentos que me provoca el dolor, siendo muchas veces vejado y maltratado. No existe un trato diferenciado en virtud de mi discapacidad física que facilite o permita la convivencia o la rehabilitación social en el Centro de Privación de Libertad". 2.2. Mediante auto de fecha domingo 20 de diciembre del 2020, las 13h10, se calificó la demanda, disponiéndose las diligencias de estilo. 2.3. En virtud de lo determinado en el Art. 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se señaló día y hora para celebrarse la audiencia pública, tal como se ve en acta de folio 96 a 97 del proceso. PRONUNCIAMIENTO DE LOS SUJETOS PROCESALES EN AUDIENCIA. PARTE ACTORA: Se le concedió la palabra al señor Ab. Wilson Hernán Valenzuela, quien manifestó lo siguiente: "Señor Juez (...) la pretensión es que mi defendido cumpla con su pena si bien es cierto que dentro de unas cuatro paredes pero de su domicilio en la cual cuenta con una atención por parte de sus familiares, se sus padres, esposa, los cuales tiene capacitación ya que mi defendido es una persona con discapacidad que le va a permitir a mi defendido brindar la atención adecuada



que requiere para lo cual me permito adjuntar señor juez certificado de permanencia y el certificado médico del doctor Julio Cesar Sabando que es médico del centro de privación de libertad quien manifiesta que mi defendido necesita de cuidados especiales y que además señor juez al momento de realizar la valoración presenta múltiples úlceras en la cavidad sacra como lo manifesté por la paraplejía constante, y presenta varias atenciones en el mes de septiembre en donde se puede evidenciar que mi defendido ha estado constantemente con necesidad de atención médica por la situación y estado de salud, por estas circunstancias señor juez solicito a su autoridad que además se tenga en consideración lo que establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establece dentro de su resolución que el estado tiene que garantizar a las personas privadas de la libertad la manera no acceda el deber inevitable de sufrimiento adherente a la detención, penas crueles o degradantes, en su sentencia del 23 de noviembre del 2010, en el caso Velez Loor versus Panamá, y la solicitud se fundamenta dentro de la Constitución que consta en el expediente en la cual el privado de la libertad en la ciudad de Latacunga recibió tratos crueles y degradantes y inhumanos donde la corte dispuso que se le dé una medida diferente con la finalidad de que cumpla su pena, como medida de restitución; por lo cual esta defensa solicita se declare vulnerados los derechos a la integridad física, el derecho a la vida, derecho a la salud por haberse efectuado estos actos degradantes e inhumanos y que se dicte una medida de ejecución diferente a la privación de libertad que como ya lo manifesté señor juez solicito se cumpla la pena dentro de las cuatro paredes encerrado en su domicilio pero con la atención personal, especiales y medicina que requiere mi defendido en calidad de persona con discapacidad muy grave, me permito poner en conocimiento los documentos anunciados por el principio de contradicción. Se le concedió la palabra al señor Ab. Luis Newton López Bowen, quien manifestó lo siguiente: "Señor Juez no estoy de acuerdo de lo que acaba de manifestar el señor defensor de la parte accionante en cuanto a que el PPL ha recibido tratos crueles y de tortura, señor juez en ningún momento el centro carcelario de esta ciudad de Santo Domingo le ha proporcionado este tipo de tratos, lo que si se ha estado dando todo lo mas humanamente posible en cuanto a su estado físico a su integridad física para que el reciba tratamientos por parte del MINISTERIO DE SALUD PUBLICA, el PPL es consciente de eso, que si efectivamente necesita atención prioritaria por el estado que se encuentra efectivamente la necesita más allá de lo que pueda dar el centro carcelario, el necesita una atención de manera personalizada especial que sea tratado por un médico especializado, nosotros efectivamente le procedimos a entregar una celda para que este solo pero a nosotros también nos llegan PPL de otras ciudades los cuales por cuestiones de espacio comparten celdas, que existe un certificado de permanencia suscrito por el señor Lcdo. Hugo Ruiz, el mismo que manifiesta que el PPL ingreso a órdenes de la Unidad competente esto es de la Unidad Multicompetente de la ciudad El Carmen, y que tiene una sentencia de tres años por muerte culpable, así como también desde la fecha que perdió la libertad esto es desde el 09 de agosto del 2020 hasta la presente fecha tiene devengado alrededor de 120 días, aproximadamente señor juez debo manifestar que existe un informe médico suscrito por el médico Julio Sabando el cual manifiesta y recomienda que el PPL necesita un tratamiento y seguimiento y cuidados especiales es decir más allá de lo que puede proporcionar el centro de privación de libertad, por lo que no nos oponemos que usted una vez revisado todo el expediente le otorgue el Habeas Corpus sino en caso de que sea



otorgado respetando su sana crítica considere si nos gustaría saber quién le va a custodiar en vista que está solicitando el arresto domiciliario, de conformidad como establece el Reglamento de Sistema de Rehabilitación Social se lo haga por medio de la policía nacional hasta que cumpla con la totalidad de la pena y sean ellos quienes informe a su autoridad en caso de ser beneficiario del Habeas Corpus, no tengo más que alegar señor juez". 3.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA La Potestad de Administrar Justicia emana del pueblo y se la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial conforme a lo prescrito en el artículo 167 de la Constitución de la República del Ecuador. Por ello la Jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la Ley según lo previsto en el numeral 2 del Art. 86 de la Constitución de la República en concordancia al Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 4.- SOBRE LA VALIDEZ PROCESAL La causa se ha tramitado en legal y debida forma, observándose estrictamente las normas establecidas en los Arts. 75 y 76 de la Constitución de la República, en armonía con el Art. 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, como no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna, ni violación de trámite que pudieren influir en la decisión, al proceso se lo declara válido. 5.- RELACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN 5.1. De folios 1 obra la cédula de ciudadanía y carné de persona con discapacidad del actor señor Loor Mendoza David Alejandro, con cédula No. 172496967-8. 5.2. A folios 3 obra el certificado extendido por el Ministerio de Salud Pública de la Coordinación Zonal 4 Distrito de Salud El Carmen, en la que se certifica que el señor Loor Mendoza David Alejandro, con cédula No. 172496967-8, sufrió un accidente el 20 de enero del presente año, resultando con fractura de vértebras (T8, T9, T10), que le ha dejado como secuela permanente PARAPLEJIA FLÁCIDA (6 820), sin posibilidad de recuperar la marcha, además con incontinencia de esfínteres, por lo que requiere uso de pañal y sonda vesical indefinidamente. 5.3. A folios 4 obra el certificado extendido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la que certifica que el señor Loor Mendoza David Alejandro, con cédula No. 172496967-8, presenta un cuadro de DORSALGIA, NO ESPECIFICADA CIE 10 M549 y PARAPLEJIA FLÁCIDA CIE 10 G820. 5.4. A folios 5 obra el certificado extendido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la que certifica que el señor Loor Mendoza David Alejandro, con cédula No. 172496967-8, en la consulta externa en la especialidad de Urología, presenta diagnóstico de: CIE 10 N459 ORQUITIS Y EPIDIDIMITIS, CIE 10 N318 DISFUNCIÓN NEUROMUSCULAR DE LA VEJIGA, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE, OTRAS DISFUNCIONES NEUROMUSCULARES DE LA VEJIGA. 5.5. A folios 6, 7 y 8 obra el certificado extendido por Hospital "INGLES M & C", en la que certifica que el señor Loor Mendoza David Alejandro, con cédula No. 172496967-8, presenta diagnóstico de: FRACTURA PARAPLÉJICA CON NIVEL T7, y presenta una lesión neurológica definitiva (paraplejía de miembros inferiores) continua en rehabilitación y requiere uso de silla de ruedas para su movilidad. 5.6. A fs. 98 y Vtas. obra el informe médico extendido por el señor Dr. Julio César Sabando, Médico encargado del Policlínico del Centro de Rehabilitación Bellavista, quien entre otras cosas y según su diagnóstico indica que el señor Loor Mendoza David Alejandro, con cédula No. 172496967-8, presenta un cuadro de PARAPLEJIA FLÁCIDA CIE 10 G820 y ULCERAS DE PRESIÓN EN ZONA SACRA, recomendando que se continúe con el seguimiento de medicina familiar y cuidados especiales. 6.- LA MOTIVACIÓN 6.1. La doctrina tiene explicado que:



*"(...) La motivación de derecho involucrada en toda sentencia, se relaciona con la aplicación de los preceptos legales y los principios doctrinarios afines, a los hechos establecidos en la causa, con base en las pruebas aportadas por las partes. Por lo tanto, lo que caracteriza esta etapa de la labor del juez es, precisamente aquel trabajo de 'subsunción' de los hechos alegados y aprobados en el juicio, en las normas jurídicas que los prevea, a través del enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la prevención abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley. Tal enlace lógico entre los hechos que el juez ha establecido como resultado del examen de las pruebas y las previsiones abstractas de la ley, se resuelve en lo que Satta llamó 'la valoración jurídica del hecho', esto es, la transcendencia que jurisdiccionalmente se atribuye al hecho, para justificar el dispositivo de la decisión y a este respecto, es clara la obligación que tiene el juez de expresar en su fallo las consideraciones demostrativas de aquélla valoración, y justificativa del partido que toma el juez al aplicar los preceptos legales correspondientes, como única vía para que el fallo demuestre aquél enlace lógico hecho-norma que viene a ser el punto crucial de la motivación en la cuestión de derecho-; pues a través del examen de esas consideraciones, es como podrá efectuarse la determinación de si el juez erró o acertó en la aplicación de la ley". Conforme el mandato contenido en el Art. 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso.*

*6.2. Sobre la aplicación lógica de la sana crítica: Couture, dice que: "La sana crítica está integrada por reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia, basado en la aplicación de dos principios: a) El Juez debe actuar de acuerdo a las reglas de la lógica; y, b) El juez debe actuar aplicando las reglas de la experiencia." De este concepto se desprende que se basa en principios fundados en la lógica, y que el mismo además es fruto de la experiencia adquirida por el Juez. Al respecto Hernando Devis Echandía expresa: "(...) Sin lógica no puede existir valoración de la prueba. Se trata de razonar sobre ella, así sea prueba directa (...) y la lógica es indispensable para el correcto razonamiento. (...) Esa actividad lógica tiene la peculiaridad de que siempre debe basarse en las reglas de la experiencia (física, morales, sociales, psicológicas, técnicas, científicas, y las corrientes que a todos enseña la vida)". En nuestro sistema procesal las reglas de la sana crítica, si bien no están expresamente determinadas en la ley, dejan al juzgador en libertad para realizar el análisis de las pruebas aportadas por las partes y dárles el valor que su conocimiento y experiencia le aconsejan dentro de un proceso lógico-jurídico, tal como lo ordena el Art. 164 del Código Orgánico General de Procesos.*

*6.3. La acción de Habeas Corpus según el Art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador, tiene por objeto "...recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad". Por su parte, el artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional manifiesta que el objeto de esta acción es proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona. La Corte Interamericana, en la opinión consultiva OC8/87 del 30 de*



enero de 1997, determinó sobre el hábeas corpus que: El artículo 25.1 de la Convención dispone: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Los textos citados son disposiciones de carácter general que recogen la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por la Constitución de la República, Leyes y por la Convención. 6.4.- Ahora bien, sobre la procedencia de la acción de Hábeas Corpus, es necesario acudir a disposiciones constitucionales, fallos jurisprudenciales y a la doctrina misma a fin de tener claro los requisitos para la procedencia de dicha acción, por ello que para mejor ilustración y motivación del presente fallo se consigna lo siguiente: 6.4.1.- Sobre el Marco jurídico. Respecto al caso que nos ocupa es importante consignar varias disposiciones constitucionales para mejor ilustración: El Art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dice a la letra: "Objeto.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como: 1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia; 2. A no ser exiliada forzosamente, desterrada o expatriada del territorio nacional; 3. A no ser desaparecida forzosamente; 4. A no ser torturada, tratada en forma cruel, inhumana o degradante; 5. A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad; 6. A no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias; 7. A la inmediata excarcelación de la persona procesada o condenada, cuya libertad haya sido ordenada por una jueza o juez; 8. A la inmediata excarcelación de la persona procesada cuando haya caducado la prisión preventiva por haber transcurrido seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año en los delitos sancionados con reclusión; 9. A no ser incomunicada, o sometida a tratamientos vejatorios de su dignidad humana; 10. A ser puesta a disposición del juez o tribunal competente inmediatamente y no más tarde de las veinticuatro horas siguientes a su detención". El Art. 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dice a la letra: "Trámite. La acción de hábeas corpus, en lo que no fueren aplicables las normas generales, seguirá el siguiente trámite: 1. La acción puede ser interpuesta ante cualquier jueza o juez del lugar donde se presume está privada de libertad la persona. Cuando se desconozca el lugar de privación de libertad, se podrá presentar la acción ante la jueza o juez del domicilio del accionante. ¿Cuándo la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, la acción se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia; ¿de haber más de una sala, se sorteará entre ellas? 2. Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la acción, la jueza o juez dirigirá y realizará la audiencia, en la que se deberán presentar las justificaciones de hecho y de derecho que sustentan la medida privativa de libertad. La jueza o juez deberá ordenar la comparecencia de la persona privada de la libertad y de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona y la defensora o defensor



público. De considerarlo necesario la jueza o juez, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurre la privación de la libertad. 3. La jueza o juez dictará sentencia en la audiencia y, dentro de las veinticuatro horas después de finalizada, notificará la resolución por escrito a las partes. 4. Procede la apelación de conformidad con las normas comunes e las garantías jurisdiccionales. Cuando la privación haya sido dispuesta en la Corte Provincial de Justicia, se apelará ante la Presidenta o Presidente de la Corte Nacional; y, cuando hubiere sido dispuesta por la Corte Nacional de Justicia, se apelará ante cualquier otra sala que no ordenó la prisión preventiva". 6.4.2. Sobre el Marco Jurisprudencial. La Sentencia N°. 01718SEPCC, en el caso: "Del Señor Jorge Ramiro Ordóñez Talavera, publicada en el Boletín N°. 40 de la Corte Constitucional, con fecha 28 de febrero de 2018, como Medidas de Satisfacción, establece que la garantía jurisdiccional de hábeas corpus protege tres derechos que pueden ser alegados de forma individual o conjunta por la o los accionantes, libertad, vida e integridad física; en dicho sentido cuando se alegue la vulneración de cualquiera de estos tres derechos, cuando no existe proceso penal, o a su vez, cuando el mismo hubiese concluido sin resolución de un recurso pendiente, es decir se encuentre en ejecución la sentencia, se entenderá que es competente para el conocimiento del referido hábeas corpus, de conformidad con el artículo 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: "cualquier jueza o juez del lugar donde se presume está privada de libertad la persona. Cuando se desconozca el lugar de privación de libertad, se podrá presentar la acción ante la jueza o juez del domicilio del accionante". 6.4.3. - Sobre el Marco Doctrinal. "El hábeas corpus es una institución que se origina en varios tiempos y lugares, quizá el antecedente más remoto esta en Roma con el hombre libre exhibiendo, contenido del título XXIX del libro XLIII de El Digesto", (Tovallari Raúl, El Hábeas Corpus, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, p.27, citado por Luis Avila Linzan en El Hábeas corpus en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia publicado en Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito, 2012, Tomo II, p. 155). "El Hábeas Corpus entonces protege la libertad ambulatoria, la integridad personal, es un mecanismo de protección cautelar de los derechos de las personas privadas de la libertad (art. 43 LOGJCC), también es protección cautelar de la movilidad humana y de la desaparición forzada". (Grijalva Jiménez Agustín, Constitucionalismo en el Ecuador, Imprenta Rispergraf CA, Quito, septiembre 2012, p259). 6.5.- Ahora bien, analizadas las pruebas presentadas y a la luz de la Sana Crítica se concluye lo siguiente: 7.5.1. Desde el punto de vista neoconstitucional, que es el primordial en la causa, por cuanto al tenor de los artículos 11.3 y 426, inciso segundo de la Carta Constitucional los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los documentos internacionales de derechos humanos, son de directa e inmediata aplicación, y siendo derechos inherentes a los ecuatorianos la "tutela efectiva, imparcial y expedita", la "seguridad jurídica", y el "debido proceso", que por imperativo de los artículos 82 y 76 ibidem deben ser observados por el Juez. El Juez debe desenvolver su gestión con apego irrestricto a lo que se le conmina en el artículo 172 de la Carta Constitucional, esto es "con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley". 6.5.2. En la especie, es necesario ACLARAR que el recurrente señor LOOR MENDOZA DAVID ALEJANDRO, lo que realmente exige es el acceso a un cuidado médico familiar oportuno y especializado, por el cuadro clínico que padece, y actualmente en el Centro de Privación de Libertad de Santo Domingo de los Tsáchilas No. 2 no se



lo pueden brindar, según lo manifestado por la misma parte accionada, quien entre otras cosas ha declarado que el P.P.L. necesita un tratamiento, seguimiento y cuidados especiales, más allá de lo que puede proporcionar el centro de privación de libertad, por cuanto no hay personal de enfermería que le cambien los pañales y sonda en todo momento que indefinidamente le toca usar, pues no tiene control de esfínteres, y el permanecer acostado en la cama o sentado en la silla de ruedas por mucho tiempo le provoca úlceras por presión en la zona sacra lo cual le resulta doloroso. El cuadro clínico que padece el señor Loor Mendoza David Alejandro, se encuentra debidamente justificado con los documentos que corresponden al carné de discapacidad física actual al 77%; con el certificado extendido por el Ministerio de Salud Pública de la Coordinación Zonal 4 Distrito de Salud El Carmen, en la que se certifica, que sufrió un accidente, resultando con fractura de vértebras (T8, T9, T10), que le ha dejado como secuela permanente PARAPLEJIA FLÁCIDA (S 820), sin posibilidad de recuperar la marcha, además con incontinencia de esfínteres, por lo que requiere uso de pañal y sonda vesical indefinidamente; con el certificado extendido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la que se certifica que el señor Loor Mendoza David Alejandro, con cédula No. 172496967-8, presenta un cuadro de DORSALGIA, NO ESPECIFICADA CIE 10 M549 y PARAPLEJIA FLÁCIDA CIE 10 G820; con el certificado extendido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la que certifica que el señor Loor Mendoza David Alejandro, con cédula No. 172496967-8, en la consulta externa en la especialidad de Urología, presenta diagnóstico de: CIE 10 N459 ORQUITIS Y EPIDIDIMITIS, CIE 10 N318 DISFUNCIÓN NEUROMUSCULAR DE LA VEJIGA, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE, OTRAS DISFUNCIONES NEUROMUSCULARES DE LA VEJIGA; al certificado extendido por Hospital "INGLES M & C", en la que certifica que el señor Loor Mendoza David Alejandro, con cédula No. 172496967-8, presenta diagnóstico de: FRACTURA PARAPLÉJICA CON NIVEL T7, y presenta una lesión neurológica definitiva (paraplejía de miembros inferiores) continua en rehabilitación y requiere uso de silla de ruedas para su movilidad; con el informe médico extendido por el señor Dr. Julio César Sabando, Médico encargado del Policlínico del Centro de Rehabilitación Bellavista, quien entre otras cosas y según su diagnóstico indica que el señor Loor Mendoza David Alejandro, con cédula No. 172496967-8, presenta un cuadro de PARAPLEJIA FLÁCIDA CIE 10 G820 y ÚLCERAS DE PRESIÓN EN ZONA SACRA, recomendando que se continúe con el seguimiento de medicina familiar y cuidados especiales. Ahora bien, el Art.89 de la Constitución establece claramente que el Habeas Corpus "...es una acción a fin de recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma legal, arbitraria o ilegítima por orden de autoridad pública o de cualquier persona así como de proteger la vida e integridad física de las personas privadas de libertad..."; la Convención Americana de Derechos Humanos establece claramente en su Art. 76 punto 6 "...que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la demora de legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales..."; es más, esta ideología se encuentra recogida en los derechos internacionales de Derechos Humanos en el Art. 9 punto 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en el Art. 25 de la Declaración Americana de Derechos y del Hombre. Así también, tenemos que el Habeas Corpus es una garantía fundamental antecedente a todo derecho procesal constitucional en cuanto cronológicamente constituye la primera garantía constitucional que es un diseño original que está diseñada a



proteger la libertad física y ambulatoria de una persona en el desarrollo actual esta garantía no se agota únicamente protección de la libertad sino además es esencial la función que cumple el habeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida, integridad u otros derechos contexto de las personas privadas de libertad. Es más, la garantía jurisdiccional de habeas corpus protege tres derechos que pueden ser alegados de forma individual o conjunta por ella o los accionantes, como es la libertad, vida e integridad física; por lo tanto, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, lo que implica el deber del Estado de salvaguardar su salud y el bienestar de las personas privadas de libertad y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la misma. Al respecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Constitución de la República, la salud es un derecho garantizado por el Estado y que a su vez se encuentra articulado con el cumplimiento y eficacia de otros derechos constitucionales, tales como el derecho al agua, a la alimentación, educación, cultura física, trabajo, seguridad social, ambiente sano, entre otros. En la Norma Suprema se contempla que el ejercicio del derecho a la salud se encuentra relacionado con el Sistema Nacional de Salud, el mismo que tiene como finalidad: "El desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural". Este sistema, abarca todas las dimensiones de este derecho y comprende a todas aquellas instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en esta materia, además de garantizar su adecuada promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles, propiciando la participación ciudadana, como un mecanismo eficaz para su ejercicio. En este contexto, el derecho a la salud constituye una obligación prestacional para el Estado, que es el encargado de garantizar a todas las personas sin distinción, el efectivo goce de este derecho, así como a los factores determinantes básicos de la salud. 7.- DECISIÓN 7.1. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se declara con lugar la demanda presentada por el señor Loor Mendoza David Alejandro, con cedula No. 172496967-8. 7.2. Por cuanto actualmente en el Centro de Privación de Libertad de Santo Domingo de los Tsáchilas No. 2, según lo manifestado en Audiencia Pública por parte de su Representante, así como también lo descrito en el informe emitido por el señor Dr. Julio César Sabando, Médico encargado del Policlínico del Centro de Rehabilitación Bellavista, no se le puede brindar un tratamiento, seguimiento y cuidados especiales al P.P.L. Loor Mendoza David Alejandro, por su condición física y médica que padece, se dispone el ARRESTO DOMICILIARIO BAJO VIGILANCIA POLICIAL, que será de forma periódica cada veinticuatro horas, el mismo que deberá cumplirse en su residencia ubicado en el Cantón El Carmen, Provincia de Manabí, Kilómetro 2 de la Vía El Venado. Cabe indicar que el presente arresto domiciliario tendrá vigencia mientras el Centro de Privación de Libertad de Santo Domingo de los Tsáchilas No. 2, no cuente con las condiciones seguras para que el accionante tenga una atención debida por su grado de vulnerabilidad. 7.3. Oficiese al Ministerio del Interior, al Ministerio de Salud Pública y al Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y Adolescentes infractores, para los fines legales pertinentes. 7.3. Ejecutoriada que sea esta sentencia, remítase copia certificada a la Corte



Defensoría Pública  
del Ecuador

*Constitucional, tal como lo dispone el Art. 86 numeral 5) de la Constitución de la República del Ecuador. 7.4. Cúmplase y notifiquese. to Manuel con numero de cedula 1714760913.- NOTIFIQUESE.\**



## **MATERIA: DERECHO PENAL – DELITO DE ESTAFA**

- PROCESO N° 03283-2020-00781
- *Juez interviniente en Primera Instancia: Dr. Nelson Peñafiel Contreras, de la Unidad Judicial Especializada de Garantías Penales de Azogues,*
- Tribunal interviniente en Segunda Instancia integrado por el Dr. Victor Enrique Zamora Astudillo, como ponente y sustanciador en el presente caso, y los doctores Andrés Mogrovejo Abad y José Urgilés Campos, como Jueces Provinciales.
- PROCESADO: *IDELSO JOSE MENESES ALBEACA, fue sobreseído en Primera y Segunda Instancia.*
- En el presente proceso, personas que se hicieron pasar por un amigo de la presunta víctima pidiéndole que se haga cargo de una mercadería, se le pidió sus datos para que una supuesta agencia y el pago de una multa de 2650 dólares, que fueron depositados y estas personas desaparecieron, su amigo le indico que no había pedido dicho favor y en consecuencia se presenta la denuncia en Fiscalía. Se inicia la investigación y se determina que la cuenta a la que se le depositó el dinero estaba a nombre de Marco Granda quien dice que había prestado la cuenta a Idelso José Meneses Albeaca, con esta información Fiscalía formula cargos al señor Meneses Albeaca por presunto delito de estafa como autor directo. Se solicita audiencia de preparatoria de juicio, la defensa alega que no existen elementos de convicción que vinculen a Meneses más que la versión de la persona que recibió el dinero y la falta de investigación por parte de Fiscalía de otros implicados. Se entiende que los hechos que



se imputan no encuadran el grado de autoría que fiscalía acusó y finalmente el Juez de la causa dicta auto de sobreseimiento, fiscalía apela al auto de sobreseimiento y en base a las argumentaciones alegados, la Sala Provincial ratifica el auto de sobreseimiento.

- Fundamento normativo: la Sentencia analizada encuentra sus fundamentos normativos en el Código Orgánico Integral Penal y la Constitución de la República del Ecuador.



## FALLOS DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR

**PROCESO N° 03283-2020-00781**

Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Azogues, auto de sobreseimiento en delito de estafa ratificado por la Corte Provincial de Justicia del Cañar.

### **NORMA ASOCIADA:**

**CRE:** Art. 76 Núm. COIP; Art. 605 Num 2

**Tema:** Proceso Penal por delito de Estafa.

Descriptores: Derecho a la defensa.

### **SÍNTESIS:**



Denuncia por estafa; a personas que se hicieron pasar por un amigo de la presunta víctima; pidiéndole que se haga cargo de una mercadería, le pidió sus datos para que una supuesta agencia y el pago de una multa de 2650 dólares, que fueron depositados y estas personas desaparecieron, su amigo le indico que no había pedido dicho favor y en consecuencia se presenta la denuncia en fiscalía, se inicia la investigación y se determina la cuenta a quien se depositó el dinero a nombre de Marco Granda quien dice que había prestado la cuenta a Idelso José Meneses Albeaca, con esta información fiscalía formula cargos al señor Meneses Albeaca por presunto delito de estafa, como autor directo, solicita prisión preventiva, nos oponemos y se dictan medidas alternativas, fiscalía apela a la negativa de prisión y la Sala Provincial ratifica la negativa, se cierra instrucción y solicita audiencia de preparatoria de juicio, la defensa alega que no existen elementos de convicción que vinculen a Meneses más que la versión de la persona que recibió el dinero y que fiscalía lo acusa como autor directo, que no existen elementos que determinen la autoría directa puesto que el depósito se da en otra cuenta que fiscalía no ha investigado a todas las personas que debía y por ello no tiene elementos suficientes, los hechos que se imputan no se encuadran el grado de autoría que fiscalía acusa, el juez de la causa dicta auto de sobreseimiento, fiscalía apela al auto de sobreseimiento y en base a las argumentaciones se la Sala Provincial ratifica el auto de sobreseimiento.

**TEXTO COMPLETO:**

*\*REPÚBLICA DEL ECUADOR*

*FUNCIÓN JUDICIAL*

*Juicio No: 03283202000781, SEGUNDA INSTANCIA, número de ingreso 2*

*Casillero Judicial No: 116*

*Casillero Judicial Electrónico No: 0*

*Fecha de Notificación: 21 de enero de 2021*

*A: MENESES ALBEACA IDELSO JOSE*

*Dr / Ab:*

*SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE CAÑAR*



En el Juicio No. 03283202000781, hay lo siguiente:

Azogues, jueves 21 de enero del 2021, las 12h15. IDENTIFICACION DEL PROCESO: Juicio N° 03283-2020-00781. Juez Provincial Ponente: Dr. Víctor Enrique Zamora Astudillo. VISTOS: El Dr. Nelson Peñafiel Contreras, de la Unidad Judicial Especializada de Garantías Penales de Azogues, el 12 de diciembre de 2020, dicta auto de sobreseimiento a favor del procesado IDELSO JOSE MENESES ALBEACA, y ratifica el estado de inocencia, en la acusación del delito de estafa, tipificado y sancionado en el Art. 186 del Código Orgánico Integral Penal. De esta resolución Fiscalía General del Estado, interpone recurso de apelación, que es concedido por el Juzgador A quo. Escuchadas las partes en audiencia oral, pública, y contradictoria, de fundamentación del recurso de Apelación, emitida la resolución en forma oral, siendo el momento procesal oportuno para hacerlo por escrito, la Sala Penal considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Que el Tribunal se encuentra integrado por el Dr. Víctor Enrique Zamora Astudillo, como ponente y sustanciador en el presente caso, y los doctores Andrés Mogrovejo Abad y José Urgilés Campos, como Jueces Provinciales, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía, en virtud del sorteo electrónico practicado en cumplimiento al mandato contenido en los Arts. 167, 178.2 de la Constitución de la República, de los Arts. 159, 160 numeral 1, 163 y 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 674 del Código Orgánico Integral Penal. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Los presupuestos procesales se hallan cumplidos a cabalidad, en el trámite de esta causa y sobre ellos no hay lugar a reparo alguno. Así mismo, examinada la actuación procesal en ambas instancias no se observa irregularidad que pueda invalidar lo actuado, por tanto se dan las condiciones necesarias para emitir sentencia de mérito: en virtud de que la presente causa se ha tramitado, conforme a las normas legales pertinentes, con apego a las garantías constitucionales contenidas en los Arts. 75, 76 y 82 de la Constitución del Estado, dando a este juicio el trámite determinado en el Código Orgánico Integral Penal, bajo la declaratoria de validez procesal. TERCERO: CALIFICACION DEL RECURSO.- Corresponde analizar previamente sobre la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto. Al respecto cabe establecer: a) Nuestra Constitución en el artículo 76, numeral 7, literal m) prevé que el derecho a la defensa contempla, recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. b) El derecho a la impugnación está contemplado, garantizado en el artículo 8, numeral 2, literal h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que establece: Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."; el artículo 14, numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos nos enseña: "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley.". c) El recurso de apelación se encuentra regulado en el Art. 653.3 del COIP. d) La doctrina ha reconocido que una de las garantías de todo justiciable, es la de impugnar aquellas decisiones judiciales con las que no esté de acuerdo y considere que se ha afectado su derecho a la defensa. En consecuencia, esta Sala admite a trámite el recurso de apelación por haber sido legalmente interpuesto. CUARTO: La teoría del caso por parte de la Fiscalía General del Estado, a través del Dr. Martín Flores Idrovo, manifiesta: En base a las



constancias procesales, existen elementos necesarios para presentar acusación fiscal acusatorio conforme lo ordena el artículo 603 del Código Orgánico Integral Penal, indicando que la persona procesada es el señor Idelso José Meneses Albeaca, de nacionalidad Venezolana, en grado de participación autor directo, la relación de los hechos se dan en base a la denuncia presentada por Irma Silvana Peñañiel Guarquila, quien relata que en fecha 29 de julio de 2020, en horas de la noche recibe un mensaje por el Messenger de un amigo de nombres Kiever Flores, con quién después de saludarse le pidió su número de Whatsapp y en horas de la noche su amigo le pidió un favor diciendo que si le puedo ayudar ya que estaba enviando una mercadería y que le haga encargo en su casa, ella aceptó, entonces al día siguiente le pidió sus datos personales para que una agencia se comuniqué con ella y a eso de las nueve de la mañana recibí una llamada del número 0988253620 que decía ser de la empresa Fedex Express quien dijo que era supervisor y coordinador encargado del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de Quito, quien se presentó como Néstor José Suloaga Torres, y le dijo que la mercadería ya estaba en el aeropuerto y que debía pagar una multa de 2650 dólares por que había sido una carga bastante grande, por lo que como es su amigo Kiever Flores, ella aceptó y le pide de favor a mi hermano Darwin Herme! Peñañiel, que me dé depositando en el Banco Pichincha la suma de 1000 dólares que lo hizo en fecha 30 de julio de 2020, en horas de la tarde a nombre de Marco Granda, en la cuenta del Banco Pichincha No. 3006231100, de igual manera me siguió insistiendo ya que decía que iba haber problemas con la mercadería y el día 31 de julio de 2020 en horas de la mañana procedió a depositar 1650 dólares más, luego por intermedio de un amigo le pedí que por favor me dé el número de celular de Kiever Flores, porque ya se hizo raro que este evadiendo información, por lo que procedía a llamar al verdadero Kiever Flores y le dijo que él jamás había enviado ninguna mercadería y que alguien se estaba haciendo pasar por él para cometer esta estafa, sintiéndome por lo tanto perjudicada e la suma de 2.650 dólares americanos. Los elementos en que se funda mi acusación son de fojas 154 rinde su versión Hilda Peñañiel, quien se ratifica en su denuncia presentada, de fojas 146 da su versión el señor Marco Antonio Granda Flores, quien dice conocerle al señor Idelso José Meneses Albeaca, le conocía porque trabajaba en un bomba de Petrocormercial de guardia y la esposa trabajaba en una peluquería, ellos siguen viviendo en Quito, en noviembre viene a la casa el señor Idelso José y me dice que le están vendiendo una tienda, le dijo que le ayudaría pero no tengo plata, le dice que tengo una amistad en el banco de Guayaquil y que le dé sacando el dinero y que le iba a pagar en letras, como se llevaba bien le da sacando dos mil quinientos dólares para los negociantes, el préstamo hice para 18 meses, entonces el señor compró la tienda, todo y le hice el trámite para que la tienda no le moleste el Municipio, le saco la atente y todo para poder tener de respaldo y le iba a cobrar al mes y le decía que no tiene y así me tuvo engañando y no le pagó, en marzo de dice como no le paga le iba a demandar y justo cae la pandemia y fui a la Fiscalía y le supieron manifestar que no se puede hacer nada y que vaya al Municipio en donde hay una oficina de mediación, pasaron las cosas cuando el 27 de julio el señor viene y me golpea la puerta de la casa y le dice que quiere hablar que le van a depositar un dinero y que quería que le preste la cuenta para depositarle y de ahí pagarle y le pregunto de donde le van a depositar y le dice de Venezuela su mamá, le prestó su número de cuenta, cuando el día viernes le depositan mil dólares y el sábado 31 le depositan mil seiscientos cincuenta dólares entre las diez y media y él le manda el número del



depósito a su teléfono, tiene en su número de teléfono que le envió a la señorita que le llamo, de ahí el señor le fue a ver para irse a sacar el dinero saque mil dólares y el resto le di de lo que tenía en su casa, de ahí le dijo que vaya atraer el carro del parqueadero para supuestamente pagarme la deuda y al irse a ver se desapareció. En la mañana se encontraron y le reclamó y le dio que le iban a depositar un dinero y que de ahí le pagaba. A fojas 159 comparece el procesado Idelfo José Meneses Albeaca, indicando que desde hace aproximadamente un año le conoce al señor Marco Granda Flores, en el mes de noviembre le dio sacando un préstamo en el Banco de Guayaquil por Dos mil quinientos dólares, pasaron los días consiguió una tienda el señor la compro todo está su nombre el señor la patenta para que el Municipio no le moleste y se pudo trabajar tranquilamente en la tienda, al pasar los días le comentó al señor que le estaba yendo mal en la tienda y le había comentado que no tenía dinero por el momento y que le esperara un poco más al pasar de los días tomo la decisión de vender la tienda por la cantidad de Un mil ochocientos dólares de lo que había publicado de la tienda dejando su número de teléfono para más información, le hace una llamada un señor quien dijo que quería comprarle la tienda, le dijo que no hay problema que puede verla cuando él desee, al siguiente día me visita y le gustó todo lo que había en la tienda, luego le dijo el precio de todo y le pidió una rebaja le rebaje a Dos mil setecientos dólares el señor me dice que le da dos mil seiscientos cincuenta dólares y cerraron el negocio y lo aceptó, el señor le propone hacerle el pago en un depósito bancario, donde le dijo que no tiene cuenta bancaria, por lo que dijo que le dé en efectivo, y le insistió que consiga una cuenta de un familiar conocido, él en su necesidad de vender para salir de su deudas le llamó al señor Marco Granda Flores y le propuso al que le estaba vendiendo la tienda pero que necesitaba de un número de cuenta, y el señor Marco, le envió su número de cuenta le dijo que apenas le hagan el depósito le confirmaba para retirar el dinero, el 30 y 31 de julio recibió a su teléfono los depósitos efectivamente se dirigió a la casa de don Marco y le dice que revise que ya han depositado para ver si es verdad, le dijo que sí y se fueron a retirar, el señor Marco me entrega el dinero y tenía llamadas del señor que me compró la tienda y se fue ya que le insistía que le entregue la tienda, que porque no le entregaba, viendo que el señor estaba desesperado cogió un taxi y se fue a entrarle la tienda y le entregue las cosas, le dio todo, estaba con dos personas más que estaban ayudando de ahí pago de la tienda ya que debía de cuatro meses y pago a unos proveedores que les debía y decidió mudarse la frente donde vive Marco Granda Flores y le dijo que le dé un tiempo más para pagarle y le pidió perdón. QUINTO.- Bajo los principios fundamentales de presunción de inocencia, formulación oficial de cargos y no autoinculpación, se ha llevado la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, conforme lo dispone el Artículo 604 del Código Orgánico Integral Penal, valorando todos los elementos de convicción, que determinen la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para que según corresponda, dictar auto de llamamiento a juicio o de sobreseimiento, en base de la verificación de todos los actos procesales idóneos, para determinar la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del acusado, para que el Juez de lo Penal pueda tener la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad del acusado. Al efecto la Constitución de la República del Ecuador, determina en su Art. 168.6 que: "La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo", en concordancia con el Art. 169 de la misma Constitución que



expresa que: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades". SEXTO: CONSIDERACIONES: ELEMENTOS EN LOS CUALES FISCALIA SUSTENTA LA ACUSACION:- Para emitir una resolución motivada, conforme lo manda la Constitución de la República, en forma precedente vamos a invocar cada uno de los elementos de convicción, que dentro de la etapa de Investigación han sido recolectados e incorporados por Fiscalía General del Estado, al cuaderno Fiscal, entre los cuales tienen una relevancia determinante de manera particular, se ha presentado como elementos de convicción documentales El reporte del Banco Pichincha de los depósitos realizados en la cuenta No. 3006231100 del señor Marco Granda; y certificado de Movimiento Migratorio de Idelso José Meneses; y ha presentado las versiones que han rendido dentro de autos. 6. 1.- La base de las etapas de investigación e instrucción Fiscal, es establecer conforme a derecho los elementos de convicción, para determinar la existencia de la acción u omisión punible, que son el fundamento para que dicte el auto de llamamiento a juicio; y más aún si por principio Constitucional según su artículo setenta y seis (art. 76) numeral dos (2) "Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada", por lo que los Jueces Provinciales de mayoría, procedemos a acentuar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, para lo cual es necesario indicar: Fiscalía orienta su acusación hacia la participación del acusado en el delito de estafa, previsto en el artículo 186 inciso primero del COIP, que preceptúa: "La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.". Ahora bien el Art. 5 del COIP, establece las garantías procesales, las mismas que han sido debidamente observadas a fin de garantizar un debido proceso conforme la Constitución en el Art. 76. El delito por el cual se acusa al imputado, es de aquellos en donde se manifiesta el dolo directo, con la intención del agente del delito de hacer daño, al sujeto pasivo; la conducta del acusado debe ser probada, en función de la actividad demostrativa que le resulta adversa conforme se deja expresado, se subsume en la descripción típica prevista en el artículo 186 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto dice relación a la ejecución de maniobras fraudulentas orientadas a despojar de dineros a una tercera persona, quien al ser inducida a error sufre el menoscabo patrimonial. 6. 2.- La institución del debido proceso, que se erige en columna insustituible del Estado de derechos y justicia, responde a la necesidad imperativa de establecer un conjunto de garantías jurídicas cuyo objeto principal consiste en proteger a la persona de la arbitrariedad y en brindarle medios idóneos y oportunidades suficientes de defensa a objeto de alcanzar la aplicación justa de las leyes. Derecho que comprende la no dilación durante el trámite de los procesos para no afectar la pronta y eficaz administración de justicia, al no proferirse las resoluciones judiciales correspondientes o no surtirse los trámites o no practicarse las pruebas necesarias para dictar providencias, pues una actuación precede lógicamente a otra y el fallo es el resultado de la actividad investigativa y de recaudo probatorio, además de la discusión y



valoración de los medios de convicción previos; los pasos respectivos y formas tendientes a garantizar al procesado y al perjudicado la demostración de sus derechos y preferencias. Fiscalía General del Estado, propietaria de la indagación previa, acusa al imputado MENESES ALBEACA, por el delito de estafa. El legislador, en el COIP hizo referencia expresa a diversas fases de las actuaciones judicial y jurisdiccional en el sistema acusatorio como se desprende del Título VII, CAPITULO PRIMERO DE LA FASE DE INVESTIGACION PREVIA, cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 168.6 de la Constitución. El COIP, diseñó una estructura procesal que concatena dichas fases por medio ciertos actos procesales, es así que el esquema metodológico del procedimiento penal en el contexto de la nueva ley contempla la indagación, investigación, imputación, acusación, preparación del juicio y juzgamiento. La actividad judicial comienza cuando por razón del conocimiento de la probable comisión de una conducta delictiva, en la especie, en base de la denuncia, versiones y documentación incorporada, Fiscalía General del Estado inicia los llamados "actos de indagación e investigación previa", que de acuerdo con el artículo 583 corresponden al desarrollo de todos los actos urgentes, previstos en la norma invocada. 6. 3.- Recolectada la información y los elementos materiales de convicción de los cuales se pueda inferir razonablemente que una persona es la autora o partícipe del delito por el que se indaga, dentro del tiempo previsto en la ley, un año para los delitos de prisión que no supere los cinco años, y dos años cuando la pena sea superior a ese tiempo, se produce la formulación de la imputación, entendida como el acto a través del cual la Fiscalía General de Estado le comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia preliminar de formulación de cargos, ante el juez con funciones de control de garantías. En caso contrario cuando Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existe motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito o indiquen su posible existencia, dentro de los diez días subsiguientes, luego del año, solicitará se disponga el archivo de las diligencias, sin embargo si surgen nuevos elementos de persuasión o evidencias, la indagación se reanuda mientras no se haya extinguido por prescripción la acción penal reza el artículo 586 del Código en uso. Para que un hecho se pueda caracterizar como delito o su existencia se pueda apreciar como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el Fiscal debe verificar. Dichos presupuestos se relacionan con la tipicidad de la acción, por lo tanto para que un hecho se caracterice como delito se deben reunir los elementos objetivos del tipo. Adicionalmente el artículo prevé la posibilidad de reanudar la indagación en el evento que surjan nuevos elementos de convicción que permitan caracterizar el hecho como delito siempre y cuando no haya prescrito la acción, por lo que el archivo de las diligencias no reviste el carácter de cosa juzgada. La reanudación busca también proteger a las víctimas porque al igual que el Fiscal en cualquier momento pueden aportar elementos de convicción orientados a mostrar la existencia de la tipificación objetiva de la acción penal o la posibilidad de su existencia, lo que de inmediato desencadena la obligación de reanudar la indagación. SEPTIMO.- Los elementos de convicción, en materia penal tienen como objetivo el establecer tanto la existencia de la infracción cuando la responsabilidad del procesado. Se puede decir que la vida humana no puede prescindir del pasado en cualquiera de sus manifestaciones. La actividad reconstructiva es de orden variado, y se desarrolla en los diferentes quehaceres de la actividad científica. El investigador necesita



probar, analizando que pasó en el pasado, que repercute en el presente y como se proyecta el futuro, y desde esta óptica la noción trasciende en el campo del derecho. Davis Echandía al respecto dice: “ El jurista reconstruye el pasado, para conocer quien tiene la razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes; el historiador, el arqueólogo, el lingüista, etc. lo hacen no sólo para informar y valorar los hechos pasados, sino para comprender mejor los actuales y calcular los futuros. La diferencia está en realidad en las consecuencias del resultado obtenido...”. Los elementos que se necesitan para dictar auto de llamamiento a juicio, es un capítulo de fundamental importancia en la vida jurídica, puesto que sin su existencia, el orden jurídico sucumbiría a la ley del más fuerte, dado que no sería posible la solución de un conflicto en forma racional. La ley norma las conductas de las personas, y para la solución de controversias es necesario justificar, pues la administración de justicia sería imposible si no existiera la constancia de los hechos. OCTAVO.- En la especie, la víctima inicialmente tanto en su denuncia como en su versión y que son los fundamentos de esta resolución para el Tribunal, IRMA PEÑAFIEL GUARQUIL, quien ratificándose en la denuncia presentada a indicado: Que, el 29 de julio de 2020, en horas de la noche recibió un mensaje por el messenger de un amigo de nombres Kléver Flores, quien le ha solicitado su número de whassap, pidiéndole de favor que le ayude, ya que estaba enviando una mercadería y que le haga encargo en su casa, habiéndolo aceptado dicho pedido, para que una agencia se comunique con ella, recibiendo una llamada del número 0988253620, que decía ser Supervisor y Coordinador de la empresa Fedax Express, en el Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de Quito, haciéndose pasar como Néstor José Suloaga Torres, afirmando que la mercadería ya estaba en el aeropuerto y que debía pagar una multa de dos mil seiscientos cincuenta dólares por una carga bastante grande, habiendo aceptado por su amigo Kléver Flores, pidiéndole a su hermano Darwin Hermel Peñafiel Huarquilla, que le dé depositando en el banco Pichincha la suma de mil dólares el 30 de julio de 2020, a nombre de Marco Granda en la cuenta del Banco Pichincha N° 3006231100, y como le seguía insistiendo el 31 de julio de 2020, le deposita los mil seiscientos dólares; que luego Kléver Flores le ha evadido dar información, por lo que ha llamado al verdadero Kléver Flores y le ha expresado, que él jamás había enviado ninguna mercadería y que alguien se estaba haciendo pasar por él para cometer esta estafa. NOVENO.- Para el Tribunal, es necesario puntualizar algunos aspectos que no han sido tomados en cuenta, en esta investigación; que la única persona que en verdad existe, es el señor Marco Granda, quien facilitó el número de cuenta en el Banco del Pichincha, y a quien se le depositaron los dineros, sujeto que en base a los hechos que narra, lo que hace es enredar y generar una serie de dudas, de la forma y términos en la que entregó el dinero supuestamente, a otras personas, que para este Tribunal no tienen trascendencia, puesto que la investigación desde un inicio se la debió sustentar en contra de este sujeto nos referimos a Marco Granda, para desde ahí establecer cuales el grado de participación de Kléver Flores y de Suloaga, con la aclaración que según la denuncia de la víctima, Kléver Flores, ni siquiera es el verdadero amigo de aquella. Dentro de este aspecto, el debido proceso es un principio jurídico procesal, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un proceso, a permitirle la oportunidad de ser oído, y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez. El debido proceso es de alguna manera el límite a las leyes y a los procedimientos legales,



por lo que los jueces deben garantizar los principios fundamentales de imparcialidad, justicia y libertad. En el campo penal que, es en donde más se utiliza este principio, no es más que el conjunto de etapas formales secuenciales e imprescindibles realizadas dentro de un proceso penal por los sujetos procesales, cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución y las leyes, con el propósito de que, los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, procesada, imputada y también de la víctima, no corran el riesgo de ser desconocidos, vulnerados, atropellados, y también obtener de los órganos judiciales un proceso, justo, pronto y transparente. El debido proceso procura el bien de las personas, y el bien de la sociedad ¿Porque razón? las personas tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro de un proceso; la sociedad en cambio, tiene interés que los procesos se realicen de la manera más adecuada posible, para que impere o se satisfaga las pretensiones de la justicia, que permitan que se mantenga un orden social. El debido proceso por lo tanto no es un principio que vela por los derechos del procesado únicamente, también por la víctima, en tanto justificada la infracción requiere también su reparación. Es el Estado a través de sus instituciones o del poder judicial, toma para sí el control y la decisión respecto de los conflictos que se dan en la sociedad, y que tiene que ver con la interpretación o violación de las leyes, normas, reglamentos, resoluciones, y en dicho conflicto una persona puede resultar sancionada o lesionada en sus intereses. Se hace necesario por lo tanto que en un Estado de derechos y justicia como el que vive el Ecuador, toda resolución, sentencia deba basarse en un proceso previo legalmente tramitado, que garantice el cumplimiento de los principios, de la norma, es decir el principio del debido proceso va relacionado íntimamente con el de la seguridad jurídica. Con la vigencia de la Constitución de 2008, el derecho constitucional del Ecuador se encuentra robustecido, en tanto se orienta a la vigencia efectiva de aquellos derechos fundamentales de la persona, el mismo preámbulo de la Constitución resalta la fidelidad del pueblo Ecuatoriano a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, equidad y sobre todo paz. El Art. 1 de la Carta Magna establece que el Ecuador es un Estado social de derechos y justicia, ello significa que gobernantes y gobernados estamos sometidos a las normas jurídicas pre-establecidas, marco legal al cual debemos circunscribir nuestros actos, por lo tanto la esencia del estado de derecho está dado por el imperio de la ley, su obligatorio acatamiento y destierro de toda arbitrariedad. El Art. 75 de la CRE, prescribe otro de los derechos fundamentales del ciudadano del Ecuador, el acceso gratuito a la justicia, a la tutela imparcial, efectiva y expedita de sus derechos e intereses con sujeción a los principios de inmediatez y celeridad. Toda persona que se crea que le han violentado sus derechos está en condiciones de pedir la protección de la justicia, a la tutela de sus derechos en forma inmediata. El Art. 82 *ibidem*, norma el principio de la seguridad jurídica, y dice: " El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". El doctor José García Falconi, cuando estudia la seguridad jurídica, refiriéndose a Jorge Mielles dice: " La seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo sujeto activo o pasivo de relaciones sociales, cuando tales relaciones se hayan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado". Por lo tanto la seguridad jurídica no es más que el principio por el cual las personas conocemos hasta donde llega su esfera de actuación jurídica y donde empieza el derecho de los demás, las consecuencias de nuestros actos en la órbita del derecho, la previsión con



certidumbre los resultados de la aplicación de una norma, en suma conocer los derechos propios o ajenos. La jurisprudencia española al referirse a la seguridad jurídica, señala: "Es la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, se tal suerte que se pueda promover la justicia en el orden jurídico y la igualdad en la libertad". La Corte Constitucional en sentencia dentro del proceso 021-13-SEP-CC, determinó que: "corresponde a los jueces realizar un análisis preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos vulnerados, pues no es suficiente mencionar los principios o derechos violentados, sino que es necesario determinar cómo y de qué forma se vinculan los hechos con las normas aplicables al caso concreto. Por tanto, la motivación no es solo un elemento formal, como requisito obligatorio de toda manifestación de autoridad pública, sino que constituye un elemento sustancial que expresa la garantía del derecho al debido proceso, pues permite a las partes conocer el razonamiento lógico del juez y por tanto comprender las razones jurídicas por las que se ha llegado a un fallo determinado", concomitante con este pronunciamiento, el Tribunal como queda examinado y como bien lo ha hecho el Juzgador de primer nivel, no acoge la tesis acusatoria de Fiscalía. DECIMO- Es necesario indicar que, debe entenderse que la relevancia jurídica del nexo causal no puede ser sino normativa, la causal natural nos sirve para explicar el suceso, pero no nos sirve para imputar un resultado típico. De aquí que se afirme que la conducta causa del resultado jurídico debe crear un riesgo prohibido o el incremento de un riesgo ya existente más allá de sus límites permitidos, para que sea imputada a su autor si es que el riesgo se concreta en el resultado típico. Por lo que si bien el nexo causal natural es necesario establecer hay que, determinar, siempre en forma objetiva, y la creación del riesgo prohibido o desaprobado, esto es, no permitido; que ese riesgo se concrete en el resultado típico y, finalmente que la producción del resultado esté dentro del ámbito de protección del tipo que lo describe... página 202 "Teoría del delito y Sistema Acusatorio Código Orgánico Integral Penal, Dr. Jorge Zabala Egas..." El Art. 605 COIP.- Sobreseimiento.- La o el juzgador dictará auto de sobreseimiento en los siguientes casos numeral 2 "Cuando concluya que los hechos no constituyen delito o que los elementos en los que la o el fiscal ha sustentado su acusación no son suficientes para presumir la existencia del delito o participación de la persona procesada". Es que si el auto impugnado infringió la ley sustancial al efectuarse la valoración de los elementos de convicción, al Tribunal imperativamente le correspondía precisar, si ello ocurrió por la incursión en errores de hecho o de derecho; si por los primeros se configuró algún falso juicio de existencia, de identidad o raciocinio, con especificación, desde luego, de los elementos en que tal error se hubiere verificado, o si por los segundos algún falso juicio de legalidad o de convicción. Los elementos de convicción, en lo más mínimo, no son suficientes, y la aplicación del in dubio pro reo, era necesario. Fiscalía cuestiona la apreciación del Juez A quo, no porque el juez haya incurrido en algún error de hecho o de derecho, sino simplemente porque no otorgó credibilidad a los elementos persuasivos que no cumplieron con las exigencias Constitucionales y legales. La valoración, debe hacerse al conjunto de elementos de convicción, mucho más cuando existe y se reconoce repetidamente, un protocolo invocado que tenía por finalidad proteger el interés de los procesados. Entonces, por una vía simplemente material de protección de derechos, de entrada se advierte la contradicción que comporta la versión de la denunciante, en cuanto, supone desproteger bienes valiosísimos del procesado, que no son derechos discutibles



que, paradójicamente, terminan por beneficiar precisamente al supuesto causante de la infracción. De otro lado, vale indicar que de acuerdo con el sistema penal que actualmente rige, hoy resulta poco afinado afirmar acerca de elementos de juicio que demuestran "la materialidad" de la infracción, pues tales expresiones forman parte del esquema de apreciación de la tarifa legal propio de los regímenes inquisitivos, el cual se encuentra superado, derivado de la sana crítica, en el cual el juzgador goza de libertad para justipreciar los Elementos y dar por demostrados unos hechos, únicamente limitado por los principios de la ciencia, los postulados de la lógica y /o las máximas de la experiencia. Bajo este entendido, en manera alguna es viable considerar que en los eventos en que el comportamiento analizado resultare atípico, se genera como consecuencia la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, como quiera que al estarse ante un caso en que la conducta no reúne los elementos legales configuradores de tipicidad, el asunto pierde total relevancia o interés para la justicia, ya que faltaría el primero de los tres elementos que debe cumplir un comportamiento para ser punible, según lo dispuesto en el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal, siendo por ello inócua formular alegaciones o emitir pronunciamientos acerca de la culpabilidad o la inocencia de quien lo realizó, como quiera que no habría razón jurídica que obligara a continuar la persecución del Estado frente a hechos que en manera alguna presentan visos delictivos.

11.- El sobreseimiento es una forma de terminar el proceso, diferente a la sentencia, con características más bien de auto, pero con los mismos efectos de la sentencia absolutoria. El sobreseimiento es una figura jurídica por la cual no se llega a la terminación de un juicio por distintas causas; de esta manera, en materia penal, puede ser por que los materiales recogidos para fundar una acusación sean insuficientes, o bien, porque que las partes lo piden o porque el órgano competente de carácter judicial así lo considera. En el campo del derecho, la figura del sobreseimiento es motivo de crítica, pues se considera una conclusión anormal del proceso penal, cuando se hace indispensable, según plantean algunos autores, el que todo se concluya con una sentencia. Lo cierto es que el sobreseimiento puede constituir un beneficio para las propias partes, ya que antes de concluir un juicio, que puede ser tardado, resulta mucho más adecuado sustentar la idea de una inteligente y adecuada comprensión entre quienes han tenido divergencia, aún en el campo del derecho penal. El sobreseimiento, entonces, puede darse porque no existan causas para procesar. En general, las legislaciones procesales han establecido que el sobreseimiento se dará, si durante el proceso no aparece que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; o bien, que el inculcado no tuvo participación en el delito que se persigue; que la pretensión punitiva está legalmente extinguida, o que existe en favor del inculcado una causa excluyente de responsabilidad. La figura del sobreseimiento es útil en materia penal, bien para evitar infamias, o como hemos señalado insistentemente, para lograr que las partes se pongan de acuerdo; dentro de todo esto, lo cierto es que gracias al sobreseimiento se avanza en forma muy oportuna en materia penal, en cuanto a que los asuntos no se prolonguen y se tenga presente la recta procuración de justicia. El sobreseimiento en materia penal, Dr. Eduardo Lopez Belancur). El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel manifiesta que: "El ejercicio del poder punitivo estatal tiene límites temporales, que deben ser celosamente respetados para consolidar la vigencia plena de un Estado de Derecho"; estos límites temporales a criterio del Tribunal es amparar en los tiempos que se concede a fin de determinar el tiempo para los procedimientos (



punibilidad), el tiempo que se establece para juzgar y el tiempo que tiene vigencia como limitante para que una acción sea punitiva como en el presente caso prospere o no; debiendo cumplirse los plazos y términos previamente establecidos en la Ley. De aquí que se afirme que la conducta causa del resultado jurídico debe crear un riesgo prohibido o el incremento de un riesgo ya existente más allá de sus límites permitidos, para que sea imputada a su autor si es que el riesgo se concreta en el resultado típico. Por lo que si bien el nexo causal natural es necesario establecer hay que, determinar, siempre en forma objetiva, y la creación del riesgo prohibido o desaprobado, esto es, no permitido; que ese riesgo se concrete en el resultado típico y, finalmente que la producción del resultado esté dentro del ámbito de protección del tipo que lo describe... página 202 "Teoría del delito y Sistema Acusatorio Código Orgánico Integral Penal, Dr. Jorge Zabala Egas En cuanto a lo primero, la garantía de in dubio pro reo se vincula estrechamente al principio de presunción de inocencia, en la medida en que ésta solamente resulta desvirtuada, si de los elementos de convicción allegados al proceso se deduce "más allá una duda razonable los hechos constitutivos del delito y la conexión de tales hechos con el procesado"; así que si nace incertidumbre en ello, se debe dar aplicación a la duda en favor del acusado. En consecuencia resulta concluyente decir que existe la certeza, en base a la revisión del expediente, y versiones contradictorias, han hecho que en esa medida nace a este proceso una duda de aquellas insalvables que lleva necesariamente a la aplicación del principio de in dubio pro reo DECIMO PRIMERO: Guardando relación con la decisión oral se desprende que si bien existen los elementos de convicción suficientes, de los cuales se establece conforme a derecho la existencia material de la infracción, pues existe el desplazamiento patrimonial a la víctima, empero conforme lo examinado ul supra no existen indicios o elementos contundentes, concordantes, unívocos y concatenados entre sí, para establecer la responsabilidad penal del procesado: IDELSO JOSE MEMESES ALBEACA, por el tipo penal que acusa fiscalía, por lo que, se resuelve desechar el recurso de apelación formulado por el señor Agente Fiscal y confirmar íntegramente el auto de sobreseimiento subido en grado. Ejecutado este auto, devuélvase el proceso a la Unidad Penal de origen.- HAGASE SABER.-

1: MOGROVEJO ABAD ANDRES ESTEBAN, JUEZ; URGILES CAMPOS JOSE FRANCISCO, JUEZ; ZAMORA ASTUDILLO VICTOR ENRIQUE, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

MOGROVEJO RIVERA GERARDO

SECRETARIO RELATOR<sup>1</sup>



## **REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

### **MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA DE PARAGUAY**

**Sentencia N°64  
20 de febrero de 2019,  
Corte Suprema de Justicia de Paraguay.**

**Objeto:** se interpone por parte del Defensor Público Abogado Carlos Arce Letelier un recurso de casación extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal), contra el fallo del Tribunal de Apelaciones que rechaza el pedido de nulidad de sentencia de condena.

**Derechos en juego:** los agravios del Defensor son dos:

- a. la Fiscalía había presentado la acusación fuera de plazo de 6 meses previstos por la ley;
- b. la sentencia del Tribunal carece de fundamentación, ya que no consigna por escrito los motivos que llevaron a condenar al imputado.

La Corte Suprema de Justicia revoca el fallo del Tribunal de Apelaciones, por 2 votos a favor y 1 voto en contra, disponiendo el sobreseimiento del imputado (porque el proceso no puede retrotraerse en perjuicio del imputado si se anula por falta de garantías).

Se fundamenta en la existencia de un error in procedendo, al haberse configurado la violación al principio de plazo razonable, así como al derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, publicidad, celeridad y presunción de inocencia. La presentación tardía de la acusación por parte del



Ministerio Público viola estos principios y ello no admite convalidación alguna, por tratarse de una nulidad insubsanable.

**Fundamento normativo:** la sentencia menciona expresamente el art. 8 num. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como fundamento de derecho internacional. Asimismo, refiere al art. 256 de la Constitución Nacional, y a los arts. 12, 136, 139, 167, 171, 468, 474, 477, 478 y 480 del Código Procesal Penal.

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO Seisenta y cuatro

RECORRIDO  
22 FEB 2018  
GREGORIO DANIEL MALDONADO

Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los veinte días, del mes de Febrero, del año dos mil dieciocho estando reunidos en la Sala de Acuerdos los señores Ministros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia **LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, MANUEL RAMÍREZ CANDIA y MIRYAM PEÑA CANDIA** ante mí la Secretaria autorizante, se trajo el expediente caratulado: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO PENAL DE ASUNCIÓN CARLOS ARCE LETELLER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO AGRAVADO", con el fin de resolver el recurso extraordinario de casación contra el Acuerdo y Sentencia Nº 15 de fecha 20 de marzo de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones, Segunda Sala de la Capital.

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, resolvió plantear las siguientes:

**CUESTIONES:**

¿Es admisible el Recurso de Casación interpuesto?.-

En su caso, ¿resulta procedente?.-

A los efectos de determinar un orden para la exposición de las opiniones, se realizó un sorteo que arrojó el siguiente resultado: **BENÍTEZ RIERA, RAMÍREZ CANDIA y PEÑA CANDIA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el **MINISTRO BENÍTEZ RIERA**, dijo: Que por Acuerdo y Sentencia Nº 15 de fecha 20 de marzo de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones, Segunda Sala de la Capital, se resolvió entre otras cosas: "...///...; 3) CONFIRMAR la S.D. Nº 376 del 30 de setiembre de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia Colegiada Integrado por los Jueces Abog. Cynthia Paola Lovera Brites (Abg. Karina... Presidente); Abog. Esther Fleitas y Abog. Juan Carlos Zarate (Miembros Titulares)...///...; 4) ANOTAR...///..."

El Defensor Público, Abog. Carlos Arce Leteller, interpone recurso extraordinario de casación contra el fallo citado más arriba, en representación del Sr.

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel Ramírez Candia  
Ministro

Dr. Miryam Peña Candia  
Ministra

GREGORIO MANUEL MALDONADO, y centra sus agravios en que la resolución es manifiestamente infundada invocando los Arts. 477, 478 del C.P.P. en concordancia a los Arts. 403, 125, 165, 166, 170 y 171 del mismo digesto instrumental, unidas al Art. 256 de la Constitución Nacional.-----

El casacionista fundamenta el recurso incoado, resumiendo entre otras cosas;...//...; Como podemos ver, en la presente exposición se distinguen básicamente dos agravios que esta defensa endilga a la resolución recurrida, por un lado, la presentación fuera de plazo de la acusación (1) y por otro, la falta de fundamentación de la sentencia (2), empero ambas agravios, entendemos, a la luz de lo dispuesto en el Art. 478 del C.P.P. pueden ser analizados conjuntamente por la Sala Penal...//...; Como primer punto, hemos manifestado, y nos hemos agravado, que la acusación del Ministerio Público fue presentada fuera de plazo de los seis meses que la propia ley otorga al órgano acusador para la presentación del requerimiento conclusivo...//...; (Sic)-----

La Fiscal Adjunta, María Soledad Mochuca Vidal, encargada del Área Especializada en Recurso de Casación de la Fiscalía General del Estado, mediante Dictamen Nº 815 de fecha 27 de junio de 2017, ha contestado el traslado corrido y en conclusión manifiesta; "...//...; esta representación fiscal solicita a VV.EE. tener por contestado el traslado dispuesto en la presente causa en los terminos precedentemente expuestas y, en consecuencia, rechazar por improcedente el Recurso Extraordinario de casación interpuesto por el defensor público Abg. Carlos Arce Letelier en representación de Gregorio Manuel Maldonado, contra la Acuerdo y Sentencia Nº 15 de fecha 20 de marzo de 2017, dictada por el Tribunal de apelaciones en la Penal, Segunda Sala de la Capital por corresponder así en estricto derecho...//...; (sic).-----

Cabe destacar que el sistema recursivo dentro del actual sistema procesal se rige principalmente por los principios de taxatividad y debida técnica, con lo cual los fallos deben ser impugnados exclusivamente por los medios y las formas impuestas por el Código Ritual.-----

En esa tesitura, corresponde efectuar en primer lugar el estudio de la admisibilidad del recurso aducido. El análisis de la procedencia se efectuará posteriormente solo y si el recurso ha sido interpuesto a) en la forma y término prescritos por la norma b) si la resolución impugnada da lugar a él (taxatividad objetiva); y; c) si fue deducido por quien tiene capacidad para ello (taxatividad subjetiva).-----



EXPEDIENTE: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO PENAL DE ASUNCIÓN CARLOS ARCE LETELLIER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO AGRAVADO".—

RECEBIDO  
22 DE MAR 2021  
En relación al primer punto de análisis de la admisibilidad, referido a la forma de interposición: el Artículo 468 en concordancia con el Artículo 480 del Código Procesal Penal dispone: "El recurso... se interpondrá en el término de diez días luego de notificado, y por escrito fundado, en el que se expresará concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende".-----

El acto impugnativo debe manifestarse por escrito y debe estar motivado en razones de hecho y de derecho que demuestren la existencia del vicio denunciado y la solución que correspondía al caso.-----

En tal sentido, analizado el escrito del Recurso de Casación desde el aspecto formal, constatamos que fue presentado dentro del plazo de diez días de notificada la resolución. El fallo recurrido posee la virtualidad de poner fin al procedimiento, puesto que confirma una condena. El Abog. Defensor como motivo de su impugnación incurra su planteamiento sobre los presupuestos del artículo 477 y 480 del Código Procesal Penal (C.P.P.). Invocando igualmente la vulneración de diversos preceptos de orden legal. Lo mencionado por el profesional se halla debidamente desarrollado y resulta autosuficiente. Corresponde en consecuencia disponer la admisibilidad del recurso. **ES MI VOTO.**-----

A la segunda cuestión planteada, el Ministro BENÍTEZ RIERA, manifiesta lo siguiente; Puntualizados los planteamientos realizados por parte de la Defensa, partimos de que una sentencia *manifiestamente infundada* presupone una falta de motivación o fundamentación, ausencia de la exposición de los motivos que justifiquen la convicción del Juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinen la aplicación de una norma a ese hecho. No sólo consiste en que el juzgador no consigne por escrito las razones que lo determinan a declarar una concreta voluntad de la ley material que aplica, sino también en no razonar sobre los elementos introducidos en el proceso, de acuerdo con el sistema impuesto por la Ley Procesal, esto es, en no dar razones suficientes para legitimar la parte resolutive de la sentencia.-----

En tal sentido, la falta de motivación es aquel vicio que detectado en el fallo judicial reviste al mismo de tal entidad que priva a lo resuelto de inferencias y razones suficientes para argumentar y justificar las conclusiones respecto de cada una de las cuestiones sometidas a consideración del órgano jurisdiccional pertinente. -----

APC. Kariana Peñalba  
Secretaría

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dra. Miryam Peña Candia  
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Candia  
Ministra

Que, dentro de este contexto jurídico-procesal y ya entrando en materia, observado el considerando de la resolución cuestionada, resulta acertado mencionar que el Tribunal de Apelación ha tenido eficacia en contestar los agravios del apelante. El Tribunal contestó de manera fundada todos los puntos apelados, sin dejar agravio alguno sin dar una respuesta, lo cual se colige de la simple lectura del Acuerdo y Sentencia impugnada.....

Por lo que, para dar mayor énfasis y certeza a lo ya referido mas arriba, en cuanto a la presentación extemporánea de la acusación por parte de la Fiscalía, primeramente ya fue analizado por el Tribunal de Sentencia manifestando lo siguiente "referido a la nulidad de la acusación, el Tribunal ha constatado las actuaciones obrante en el expediente judicial y entiende que corresponde **no hacer lugar al planteamiento de la defensa técnica** en razón a las disposiciones contenidas en los art. 168 inc. 2º, art. 169 inc. 2º del Código Procesal Penal, el tribunal ha constatado de que el acusado ha contado con una defensa técnica que lo asistió a lo largo de toda este proceso y de haber existido una suerte de error ha sido convalidada por la defensa y a estas instancias ya se encuentra precluida esa posibilidad de planteamiento, motivo por el cual el tribunal resuelve en base a los artículos mencionados **rechazar el incidente planteado por la Defensa (sic)**.....

En cuanto al análisis de los agravios, hecho por el Tribunal de Apelaciones, los mismos manifestaron lo siguiente: "... Del análisis de los agravios expuestos por la defensa de GREGORIO DANIEL MANDONADO vemos que la misma cuestiona la decisión del Tribunal de Sentencia con relación al rechazo del incidente planteado, cual es la nulidad de la acusación por presentación extemporánea, por lo que solicita que se declare la nulidad absoluta de la Sentencia..." -///...; Así las cosas, tenemos que, el artículo 166 del Código Procesal Penal dispone: "**NULIDADES ABSOLUTAS.** Además de los casos expresamente señalados en este código, serán consideradas nulidades absolutas aquellas concierne a la intervención, asistencia y representación del imputado, en las cosas y formas que este código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstas en la Constitución, el derecho Internacional y este código.///...;

igualmente el artículo 168 del Código Procesal Penal dice: "**SANEAMIENTO DE LAS NULIDADES RELATIVAS.** Exceptos los casos de nulidad absoluta, sólo podrá solicitar el saneamiento de la nulidad: 1) mientras se realiza el acto o dentro de las veinticuatro horas de realizado, cuando quien la solicita haya estado presente en él; y, 2) **antes de**



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

22 FEB 2018  
Rodríguez  
S. P.

EXPEDIENTE: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO PENAL DE ASUNCIÓN CARLOS ARCE LETELIER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO AGRAVADO".—

Revisarse la decisión impugnada, cuando no haya estado presente. Si por las circunstancias del acto ha sido imposible advertir oportunamente su nulidad, el interesado deberá reclamarla dentro de las veinticuatro horas después de conocerla. La solicitud de saneamiento describirá la irregularidad, individualizará el acto viciado u omitido y propondrá la solución. Asimismo el artículo 169 del mismo cuerpo legal dice: **"CONVALIDACION.** Las nulidades relativas quedarán convalidadas: 1) cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento; 2) cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; y, 3) si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados...///... (sic);

De conformidad a las disposiciones citadas más arriba, podemos observar a fs. 60 de autos, consta la providencia de fecha 19 de agosto de 2014, en donde el Juzgado Penal de Garantías puso de manifiesto en la Secretaría el escrito de ACUSACIÓN presentada por la Fiscalía, como también de las actuaciones, evidencias y medios de prueba reunidos por el Ministerio Público durante la investigación preliminar, siendo notificado por cédula al representante de la defensa técnica de esta providencia, en fecha 07 de octubre de 2014 (fs. 66). (sic);

Con respecto a la objeción en cuanto a la presentación tardía de la Acusación, el Tribunal de Sentencia se ha expedido correctamente al manifestar que, al no ser objetado en la etapa procesal oportuna, en la audiencia preliminar, no ha sido vulnerado ningún derecho a la defensa, por lo que el planteamiento de la nulidad deviene extemporáneo. (sic);

El Abog. Defensor Público, en cuanto a lo que expresa específicamente (presentación fuera del plazo de la acusación) y ( falta de fundamentación), el mismo pretende que se vuelvan a estudiar cuestiones fácticas al intentar convencer con sus palabras, que sus reclamos no fueron atendidos, tanto por el Tribunal de Sentencia como por el Tribunal de Apelaciones. Por lo que, la resolución en crisis no reviste ninguna irregularidad y fue dictada en el marco de la competencia decisoria donde el órgano revisor actuó conforme a su competencia material, puesto que se limitó al control de la corrección jurídica del fallo, la lógica de la sentencia y la observancia de la ley, en base a todo lo mencionado, no se constatan causales de nulidad o defectos que invaliden la resolución del Tribunal de Apelaciones, por lo que no se configuran los

Abg. Karina Penoni  
Secretaría

Luis María Benítez Riera  
Máximo

Dr. Manuel De Jesús Ramírez Orendo  
MAESTRO

*[Firma]*  
Dra. Miryam Peña Casaña  
Máxima



presupuestos del art. 478 del C. P. P., dado que la fundamentación expuesta en la misma resulta ajustada a derecho, por lo cual corresponde el rechazo del planteo recursivo por improcedente.-----

**POR TANTO**, en atención a los fundamentos expuestos y con sustento legal en el Art. 256 de la Constitución Nacional, así como el y 478 Inciso 3) del Código Procesal Penal, el Recurso Extraordinario de Casación planteado por la defensa del Sr. Gregorio Manuel Maldonado, debe ser rechazado. **ES MI VOTO.**-----

Las costas deben ser impuestas a la parte perdedora en base a los Art. 261, en concordancia con el Art. 269, ambos del Código Procesal Penal. **ES MI VOTO.**-----

A su turno, el Ministro **RAMIREZ CANDIA**, manifiesta lo siguiente:

**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA:** me adhiero a la opinión del Ministro preopinante.-----

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA:** manifiesto que disiento respetuosamente de la opinión del Ministro preopinante.-----

Para analizar el presente recurso, es menester comenzar a estudiar cuales son los agravios del recurrente, a fin de corroborar las respuestas de la Cámara de Apelación al mismo. Debemos indicar que, si bien el recurrente invocó dos causales del artículo 478 del CPP, se ve claramente que todos sus agravios pueden ser derivados de cada una de las causales, por lo que resulta innecesario estudiarlas por separado, ya que una situación por él elevada ante la Corte, es suficientemente explicada a la luz de cualquier causal, quedando las demás como refuerzo a sus expresiones, dando mayor fuerza a sus fundamentos.-----

El casacionista se agravia contra la resolución del Tribunal de Apelación porque lo considera infundada en razón de no haber contestado sus agravios contra la sentencia de primera instancia.-----

El impugnante centra sus agravios contra el Tribunal de Sentencia en haber convalidado la acusación fiscal presentada fuera del plazo fijado para ello. Al respecto el Tribunal de Apelaciones manifestó que: "el Tribunal de Sentencia se ha expedido correctamente al manifestar que, al no ser objetado en la etapa procesal oportuna, en la audiencia preliminar, no ha sido vulnerado ningún derecho a la defensa, por lo que el planteamiento de nulidad deviene extemporánea".-----

Considero que tanto el Tribunal de Apelación como el Tribunal de Sentencia incurrieron en errores in procedendo al resolver el agravio planteado.-----



EXPEDIENTE: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO PENAL DE ASUNCIÓN CARLOS ARCE LETELIER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO ABRIVADO".—

RECIBIDO  
22 FEB 2014  
RECORRIDO  
RECORRIDO

ando así a resolver los ítems planteados, en cuanto al primer agravio del recurrente, el mismo indica que la acusación se ha presentado a destiempo, es decir, fuera del plazo de seis meses que la ley otorga para su presentación.-----

Para resolver este aspecto, cotejamos los actos procesales vinculados con el mismo, que son en primer lugar la presentación de la imputación, la cual fue realizada en fecha 6 de febrero de 2014; posteriormente a ella, a fojas 26, se encuentra la providencia del Juzgado que tiene por presentada dicha imputación, ordenándose que la acusación se presente en fecha 6 de agosto de 2014.-----

Así, conforme a fojas 59 de autos, la acusación fiscal fue presentada el día 12 de agosto de 2014 y no el día 6 del mismo mes, como indicara el juez de la causa.-----

Es innegable que la acusación fue presentada a destiempo, lo cual constituye una violación al principio de plazo razonable se encuentra reconocido por el artículo 8.1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual señala que "toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable" coincidente con nuestro art. 136 del CPP. El debido proceso indica el derecho de los justiciables de acceder a una tutela judicial efectiva, a través del desarrollo de un procedimiento reglado, en el cual se observen una serie de principios y garantías, cuya finalidad última es alcanzar justicia. A su vez, este derecho lleva implícito una serie de "derechos filiales" reconocidos como fundamentales y que incluye el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, publicidad, celeridad y presunción de inocencia.-----

El derecho al plazo razonable es propiamente una "manifestación implícita" del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana. Así, el principio de plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurarse que ésta se decida prontamente. Cabe precisar que el hecho de que el derecho al plazo razonable sea considerado como un "contenido implícito" del derecho al debido proceso trae como consecuencia que aquel pueda ser identificado como un derecho fundamental de configuración autónoma.-----

En la presente causa, el Ministerio Público presentó su acusación seis días después del plazo fijado por el Juez de Garantías lo cual per se viola el principio mencionado, no admitiendo convalidación alguna. Ante la falta de acusación el Juez de

Abg. Karina...  
Secretaría

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Juan...  
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Celeda  
Miattra

Abri 2021

garantías debió imprimir el trámite previsto en el art. 139 del CPP, lo cual no lo hizo y tampoco fue solucionado por el Tribunal de Sentencia.-----

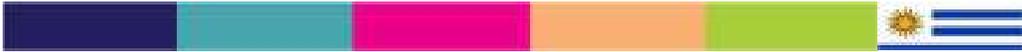
Es innegable que la acusación fue presentada a destiempo. Esta situación nos obliga a ingresar decididamente en el campo de la teoría de la nulidad, puesto que es de ella que la defensa tacha al acto entredicho; la misma indica pormenorizadamente no sólo los principios de la materia, sino que incluso expresa que su silencio en los momentos procesales de primera y segunda instancia, no significan nada, puesto que el acto es nulo, revestido de lo que él llama, nulidad absoluta.-----

Considero que el tratamiento de una nulidad, y para llegar a una sanción como ella, debe pasar por varias etapas; la primera de ellas, es detectar el vicio o el acto de resolución, llamando quebrantamiento formal; luego, observar si dicho quebrantamiento produjo un agravio, posteriormente, observar si existió una convalidación, para luego ver si el acto puede ser objeto de subsanación, declarar la nulidad solicitada o detectada.-----

En el caso sometido a estudio, vemos que existe claramente un quebrantamiento formal, aplicando el artículo 139 del CPP, notando que dicha inobservancia provocó un incumplimiento del Juez de Garantías, en el sentido de no intimar al Fiscal General del Estado a requerimiento alguno. Notamos también que existe un claro agravio, o daño, ya que con el dicho acto de presentación de acusación extemporánea, se basa todo el proceso posterior del recurrente, que termina en la condena del mismo.-----

Pasando a la convalidación, vemos que estamos en presencia de una nulidad llamada absoluta, la presencia de la convalidación carece de sentido, pudiendo ella estar presente como no. Será considerada nulidad absoluta, tal como lo dice la Ley, aquellas que afecten al Derecho a la Defensa, o a la vulneración de todo principio o garantías consagrados en el Derecho Positivo. En este caso se halla aquejado el Principio del Plazo Razonable y del Debido Proceso, y así se puede catalogar esta presentación extemporánea de la Acusación como una nulidad absoluta, siendo innecesaria la convalidación.-----

En cuanto a la Subsanación, ya la Corte ha dicho en varios fallos, como ser Víctor Hugo Rolón s/ Exacción en la Sentencia Definitiva Nº 552 del 29 de julio de 2009 y Elida Hein, s/ Homicidio Doloso en el Acuerdo y Sentencia Nº 840 del 28 de agosto de 2017, que toda clase de nulidades pueden ser subsanadas, corregidas o sus actos repetidos. Lo único que debe tenerse presente en esta situación, y ya ante el evidente carácter



RECEBIDO  
22 de Mayo de 2021  
Luz María Peña Candia  
Ministra

EXPEDIENTE: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO PENAL DE AGUAYÓN CARLOS ANGE LETELLIER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO ABRIVADO".—

Acto, es para la subsanación no se retrotraiga el proceso en contra del mismo

Entonces, para la Subsanación, debe observarse los artículos 12, 167 y 171 del CPP, que indica que para corregir el acto no se puede retrotraer el proceso a etapas anteriores, salvo casos expresos señalados por el Código.

Los artículos 12 y 171 del CPP, al unísono, dan un caso señalado por la ley, indicando que el proceso no puede retroceder cuando afecta a "Garantías" o "Principios" dados en favor del procesado.

Por todas estas argumentaciones, corresponde hacer lugar al recurso de casación anulando los fallos de primera y segunda instancia correspondiendo en consecuencia el sobreseimiento del acusado de conformidad a los art. 12, 139 y 474 del CPP.

Igualmente corresponde remitir los antecedentes de la causa a la Dirección de Auditoría de Gestión Judicial y al Fiscal General del Estado a fin de deslindar las responsabilidades de los órganos intervinientes.

Las COSTAS se impondrán al Agente Fiscal interviniente por las actuaciones negligentes del Agente Fiscal de la causa; por la presentación extemporánea de la acusación. ES MI VOTO.

A su turno, la Ministra PEÑA CANDIA manifiesta que se adhiere al voto del Ministro RAMIREZ CANDIA, por corresponder a estricto derecho.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo ante mí que certifico, quedando convalidada la sentencia que inmediatamente sigue.

Ante mí:

Luz María Peña Candia  
Ministra

Dr. Daniel De Jesús Ramírez Candia  
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Candia  
Ministra

Abg. Kaciaga Penoni  
Secretaría



ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: 64-

Asunción, 20- de Febrero de 2019.-

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA PENAL  
RESUELVE:

- 1.- DECLARAR ADMISIBLE el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Defensor Público Abog. Carlos Arce Letelier, por la defensa del Sr. GREGORIO MANUEL MALDONADO.-----
- 2.- HACER LUGAR el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Defensor Público Abog. Carlos Arce Letelier, por la defensa del Sr. GREGORIO MANUEL MALDONADO, contra el Acuerdo y Sentencia N° 15 de fecha 20 de marzo de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones, Segunda Sala de la Capital, ANULANDO los fallos de primera y segunda instancia correspondiendo en consecuencia el SOBRESERIMIENTO del acusado de conformidad a los art. 12, 139 y 474 del CPP -----
- 3.- COSTAS, al Agente Fiscal interviniente en la presente causa.-----
- 4.- REMITIR estos autos al Juzgado competente.-----
- 5.- ANOTAR, notificar y registrar.-----

Ante mí:

*Luis María Ruiz Riera*  
Ministro

*Manuel Dajus Romero Cauda*  
MINISTRO

*Miryam Peña Cauda*  
Dra. Miryam Peña Cauda  
Ministra

Abog. Nacional Perdomo  
Secretaria





## LESION GRAVE – EXTINCION DE LA ACCION PENAL

Sentencia N° 32

10 de octubre de 2019

Filadelfia - Paraguay

La presente sentencia trata sobre un conflicto intercomunitario en la comunidad indígena *Enlhet Sur* perteneciente a la Lingüística lengua *Maskoy*, donde el presunto ofensor, el Sr. David Torales, le habría causado una lesión grave a la presunta víctima, el Sr. Aristides Timoteo, miembro de la misma familia lingüística, pero perteneciente a la etnia *Enthel Norte*.

En lo medular la sentencia hace referencia a los derechos consagrados en los tratados internacionales sobre resolución de conflictos en las comunidades indígenas y al reconocimiento que hace la Constitución de ese País, sobre el derecho que le asiste a los pueblos indígenas de aplicar libremente sus sistemas de organización política, cultural, económica y religiosa y la sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de su convivencia interior en todo aquello que no menoscabe los principios de orden público.

En instancia de Juicio Oral, previo a la apertura del mismo, la Defensa promovió un *“incidente de inclusión probatoria”* que consta en un acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes, y solicitó en su mérito la extinción de la acción penal, basando su petición en la costumbre e idiosincrasia consuetudinaria de dicha Comunidad.

Habiendo mediado acuerdo entre las partes, el Ministerio Público, una vez oído al Perito técnico en Comunidades Indígenas y a uno de los Líderes de la Comunidad, no se opuso a dicha petición por parte de la Defensa: *“El Ministerio Público retira la acusación pertinente a los efectos de que se instale la paz social y se haga lugar a las normas indígenas que establece la figura de la conciliación”*.

Los tribunales expresan que si bien el retiro de la acusación por parte del Ministerio Público no se encuentra regulado en el sistema procesal de aquel país, se tuvo en cuenta la Constitución, los Acuerdos y Tratados internacionales



y al procedimiento especial por tratarse de Comunidades Indígenas.

*“Los pueblos indígenas deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estén no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionales reconocidos”.*

**Por lo expuesto, el Tribunal declara extinta la acción penal por haber mediado acuerdo entre las partes, aplicar el derecho consuetudinario, art 26 del CPP y el sobreseimiento del imputado David Torrales.**

### **NORMATIVA APLICABLE**

- Paraguay ratificó el convenio 169 en 1993 a través de la ley 234 del 19/06/1993
- Constitución de 1992. Capítulo V. Artículo 62.
- Estatuto de las Comunidades Indígenas 1981 Ley 904/1981 que crea el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) artículo 6: en los procesos que atañen a indígenas los jueces toman también en cuenta sus derechos consuetudinarios, debiendo solicitar dictamen fundado al Instituto Paraguayo del Indígena o a peritos especialistas en la materia. En beneficio de la duda favorecerá al Indígena atendiendo a su estado cultural y a sus normas consuetudinarias.
- Código Procesal Penal Ley 1286 art. 26. También se extingue la acción penal cuando se trate de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de algunos de sus miembros y tanto en imputado como la víctima, en su caso familiares acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su derecho consuetudinario .
- Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales, relativo a la protección de las mismas, “autodeterminación de los pueblos originarios”.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CÉDULA DE NOTIFICACIÓN**

Filadelfia, 10 de Agosto del 2020-

**SEÑOR:  
ABG. HENRY FERNÁNDEZ  
DEFENSOR PÚBLICO  
PRESENTE**

**NOTIFÍCOLE QUE EL JUZGADO PENAL DE SENTENCIA DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE BOQUERÓN CON ASIENTO EN LA CIUDAD DE FILADELFIA, en los autos Caratulados "MINISTERIO PÚBLICO C/ DAVID TORALES S/ LESIÓN GRAVE EN FILADELFIA" causa N° 2018/125: ha dictado A.J. N° 32 fecha 10 de Octubre de 2019 que copiada textualmente la parte resolutive dice:**

**1. DECLARAR** la competencia del Tribunal Colegiado de sentencia, presidido por el Abg. Amado Arsenio Yuruhán Díaz, como Presidente del mismo y en calidad de Miembros Titulares, el Abg. Eduardo Ramón Medina Bobadilla y la Abg. Myrian Núñez, para entender y juzgar en la presente causa. **2. DECLARAR** la procedencia de la acción penal, incoada por el Ministerio Público, en contra del acusado DAVID TORALES. **3. TENER POR ALLANADO**, al Agente Fiscal, Dr. ANDRÉS ARRIGOLA, en relación al procesado DAVID TORALES, de conformidad a lo establecido en el Art. 99 del C.P. y los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. **4. APLICAR EL DERECHO CONSUETUDINARIO** de conformidad al Art. 26 del C.P.P. y atento al dictamen del perito en asuntos indígenas. **5. DECLARAR** la Extinción de la Acción Penal en la presente causa, por el retiro de la acusación por parte del Ministerio Público, en virtud a lo dispuesto por el Art. 24 y 26 del Código Procesal Penal, en relación al procesado DAVID TORALES. **6. SOBRESERIR DEFINITIVAMENTE A DAVID TORALES**, con C.I. N° 6.995.671, sin sobrenombre ni apodo, paraguayo, soltero, de 18 años de edad, de profesión empleado de campo, domiciliado en la comunidad indígena "Espinillo", Departamento de Presidente Hayes, nacido en Benjamín Aceval - Presidente Hayes, en fecha 17 de abril de 1999, hijo de doña Estelbina Torales, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 359, inc. 3° del C. P.P. **7. LEVANTAR** las medidas cautelares, que pesan sobre el procesado DAVID TORALES con la expresa constancia que la formación de la presente causa, no afecta el buen nombre y honor de los que goce el citado procesado. **8. IMPONER** las costas del presente juicio, en el orden causado. **9. OFICIESE** a los fines pertinentes. **10. ORDENAR** el archivamiento de estos autos una vez firme y ejecutoriada la presente resolución. **11. ANOTAR**, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia. **Notifíquese** a las partes por el medio legal más idóneo y para el efecto, oficie a donde corresponda para su cumplimiento. **FIRMADOS ABG. AMADO ARSENIO YURUHAN DIAZ (JUEZ), ABG. EDUARDO RAMÓN MEDINA BOBADILLA Y ABG. MYRIAN GRACIELA NÚÑEZ. ANTE MÍ ABG. CAROLINA (ACTUARIA JUDICIAL).** Obs. Se adjunta copia íntegra de la mencionada resolución.

**QUEDA USTED LEGAL DEBIDAMENTE NOTIFICADO.**

*[Handwritten signature and stamp]*

*[Official seal and signature]*

Abрил 2021



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**



PUERTO CAUSA 01/BI/02/17 2019/125  
MIEMBRO PÚBLICO DAVID TORALES  
Y LESION GRAVE EN FILADELFA -  
DEPARTAMENTO DE BUENOS AIRES

AI N° 32

Filadelfia, 10 de octubre de 2019.-

**VISTO:** Que el Tribunal Colegiado de Sentencia en el día de la fecha se reúne en la sala de juicios orales a efectos de llevar a cabo el juicio oral y público al Señor **DAVID TORALES**, acusado por el Representante del Ministerio Público por el supuesto hecho punible de Lesion Grave. Una vez preguntado por la presencia de las partes de conformidad al art. 382 del C.P.P. la Presidencia consulta sobre si existen incidencias que promover por las partes. Ante el incidente de inclusión probatoria y una documental de acuerdo entre las partes y con la finalidad de aplicarse la costumbre e idiosincrasia consuetudinaria de la comunidad de Enlhet Sur y la extinción de la acción ante el Retiro de la Acusación por parte del Ministerio Público, en contra del acusado, por la supuesta comisión del hecho punible de **LESION GRAVE**, y:

**CONSIDERANDO**

**QUE**, en fecha 2 de noviembre de 2018, se ha realizado el sorteo público a fin de integrar el Tribunal Colegiado de Sentencia que juzgará la presente causa, siendo desinsaculados los Jueces Penales de Sentencia, **Abg. Amado Arsenio Yurubán Díaz**, como Presidente del mismo y en calidad de Miembros Titulares, el **Abg. Eduardo Ramón Medina Bobadilla** y el **Abg. Anibal Ortiz**. Igualmente ha sido desinsaculado en calidad de Miembro Suplente, el **Abg. Gustavo Martínez**. Posteriormente al ser designado la Juez Natural **Mirian Núñez**, la misma pasó a integrar el colegiado. Siendo notificadas debida y legalmente todas las partes de la conformación final del Tribunal, sin que haya sido impugnada dicha conformación de inhibición, este Tribunal Colegiado de Sentencia, ante, tras lo cual ratifica su competencia para juzgar la presente causa.

Que, antes de analizar la cuestión planteada, es viable señalar los antecedentes de la presente causa, así tenemos el Acta de Imputación de fecha 11 de febrero del año 2018 presentado por el Agente Fiscal en lo Penal **Abg. Juan Manuel Ledesma**, obra a fs. 03/04 del expediente judicial, en contra del procesado **DAVID TORALES**, por la supuesta comisión del hecho punible de **LESION GRAVE**, previsto y tipificado Art. 112 inc. 1 del Código Penal. Posteriormente el representante del Ministerio Público, formuló acusación en la presente causa, conforme al Requerimiento Fiscal de fecha 11 de agosto de 2018, presentado ante el Juzgado Penal de Garantía de Filadelfia.

**QUE**, mediante el AI N° 394, de fecha 11 de setiembre del año 2018, el Juez Penal de Garantía, **Abg. Gaspar Rodríguez**, resolvió admitir la acusación formulada por el representante del Ministerio Público y ordenó la elevación de la presente causa a juicio oral y público. La calificación establecida para la presente

*[Handwritten mark]*

*[Signature]*  
Min. Carolina Sanguera

*[Large handwritten signature]*

*[Signature]*  
Abg. Amado Arsenio Yurubán Díaz

Abрил 2021





JUICIO CAUSA: 01/01/02/07/2018/125  
 "MINISTERIO PÚBLICO C/DAVID TORALES  
 S/ LESIÓN GRAVE EN FILADELFA -  
 DEPARTAMENTO DE BOQUERÓN"

Posteriormente el Tribunal a fin de resolver la incidencia de inclusión probatoria consistente en el acuerdo conciliatorio y el pedido de extinción de la acción, y ante el pedido del Ministerio Público de oír a la víctima y al líder, se convoca a los mismos, tanto al líder de la comunidad **ISABELINO BENÍTEZ** y la víctima **ARISTIDES TIMOTEO** también miembro de la referida comunidad Enlhet Sur a efecto de ratificar o rectificar el acuerdo pertinente.

Asimismo el Tribunal dispone que el consultor técnico esté atento a todo, a fin de dar y emitir un dictamen con relación a la sucesión fáctica presentada.

Convocado el líder de la comunidad Isabelino Benítez y la víctima Aristides Timoteo, y al preguntárseles sobre si lo firmado en el acuerdo se ajusta a la voluntad de los mismos, manifestaron que efectivamente es así y que lo ratifican oral y personalmente ante el Tribunal.

Es importante mencionar que el acuerdo de partes, cuyas firmas fueron certificadas pro Escribanía, en una parte esencial señala: *"...El líder Isabelino Benítez Muril, agradece a las partes por poder solucionar el inconveniente en forma amistosa y solicita que este acuerdo interno entre miembros de la etnia Lengua-enxet, sea valorado en el proceso penal como solución de un problema interno, y se respete su derecho consuetudinario conforme a la Ley 904/81 y el convenio 107 de la O.I.T, la C.N "autodeterminación de los pueblos originarios" y el art. 26 del C.P.P. ..."*

Acto seguido, el Tribunal solicita el parecer del perito consultor técnico quien en su dictamen expuso cuanto sigue: *"...David Torales, se identifica plenamente como indígena perteneciente a la etnia Enxet Sur, que corresponde a la Familia Lingüística Lengua Mankoy, es nativo de la comunidad indígena Espinillo ("Yonokya") en su propio dialecto, que se sitúa en el Distrito de Villa Hayes, Departamento de Par. Hayes, donde el liderazgo es ejercido en forma compartida por cuatro líderes, uno por cada aldea, presentándose al Juicio Ora: el líder Isabelino Benítez, que en su propio idioma se denomina "Akem Hámongué" (líder comunitario). Por tales circunstancias referidas, David Torales se encuentra amparado por la Constitución Nacional, que en su artículo 65 vela por su "Identidad Étnica", al tener esta especificidad, el mismo presenta un bagaje cultural distinto que merece ser precautelado por el Sistema de Justicia, en razón a su idiosincrasia propia; amén a este criterio el Convenio nr. 169 de la OIT "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes" ratificado íntegramente por la Ley nr. 23493 que en artículo noveno establece la preferencia de métodos de resolución de conflicto tradicionales como en este caso se ha presentado un acuerdo firmado con certificación de firma en carácter de inclusión probatoria, que de trasfondo tiene un acuerdo oral consensuado a nivel personal, familiar y comunitario ya que la sujeta víctima es indígena perteneciente a la misma familia lingüística (Enlhet Norte). Este acuerdo de parte armoniza además con lo establecido en el art. 434 numeral 1 del Código Procesal Penal por el que se establece que al existir un común acuerdo, cuya sanción no atente contra derechos fundamentales amparados por la Constitución Nacional y el Derecho Internacional, en su caso se debe homologar dicho acuerdo haciendo lugar al pedido de la Defensa Pública del sobreseimiento definitivo. Cabe mencionar que este acuerdo da vistas de la autonomía comunitaria como así también devuelvo la armonía a la convivencia entre ambas partes y principalmente restituye el resquebrajamiento social. La imposición de medidas sobre el sujeto en cuestión, generaría un gravamen innecesario, en*

*Handwritten initials: J.V.*

*Handwritten signature: [Illegible]*

*Handwritten signature: [Illegible]*

*Handwritten signature: [Illegible]*



JUICIO CAUSA: 01/0102407/2018/125  
 "MINISTERIO PUBLICO C/DAVID TORALES  
 S/ LESION GRAVE EN FILADELFIA -  
 DEPARTAMENTO DE BOQUERON"

*razón a que David Torales es hijo sustituto que ayuda a su madre Estelina Torales (madre soltera), además según el entender de la propia víctima, el tiempo en prisión preventiva que ha pasado David Torales ya resalta suficiente penalidad para este tipo de hecho.*

Seguidamente, este Tribunal oído el parecer del Perito y apreciado la recomendación de dar una salida componedora, amigable, que restaure la paz social en las dos comunidades, se corre traslado al Ministerio Público, a fin de ratificarla o rectificarse de la acusación, conforme a la sugerencia pericial.

Siendo así, y en vista a la resolución ofrecida, el representante del Ministerio Público, manifiesta: *"para esta representación es importante lo que dijo el Consultor Técnico, la víctima firma con relación a sus derechos consuetudinarios, en consecuencia me allano el pedido de la defensa sobre la extinción de la acción por el acuerdo preventivo, ya en la etapa preliminar ya hubo un acuerdo pero igual el Juez eleva a juicio oral. El Ministerio Público retira la acusación pertinente, a los efectos de que se instale la paz social y se haga lugar las normas indígenas que establece la figura de la conciliación."*

Que la intención del procedimiento para los hechos punibles relacionados con pueblos indígenas tiene como finalidad preservar la cultura y tradición de los pueblos indígenas, aun cuando sus integrantes hayan infringido la ley, estableciendo un conjunto de reglas para dirimir los conflictos intercomunitarios generados entre las distintas etnias, o entre miembro de una misma etnia.

Siendo así, reunidos los requisitos formales y siendo los sujetos del proceso miembros de comunidades indígenas corresponde aplicar la normativa del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales que estipula en su Artículo 8:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Asimismo el dictado de la Ley 904/81 que señala en el Art. 6° "En los procesos que atañen a indígenas, los jueces tendrán también en cuenta su derecho consuetudinario, debiendo solicitar dictamen fundado al Instituto Paraguayo del Indígena o a otros especialistas en la materia. El beneficio de la duda favorecerá al indígena atendiendo a su estado cultural y a sus normas consuetudinarias. Estas normativas guardan estricta concordancia con el art. 26 del C.P.P que establece: "También se extinguirá la acción penal cuando se trate de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la

M. Carolina Noguera  
 Abogada

*[Handwritten signature]*

M. Carolina Noguera  
 Abogada

Abriel 2021



COMUNIDAD HA RESUELTO EL CONFLICTO CONFORME A SU PROPIO DERECHO CONSUECUDINARIO

JUR. CAUSA: 01/01/02/07/2018/123  
 MINISTERIO PÚBLICO C/DAVID TORALES  
 S/LESION GRAVE EN EL ADIETIA -  
 DEPARTAMENTO DE BOQUERÓN

Ante todo lo generado, ofrecido y producido por medio de un dictamen, el retiro de la acusación como consecuencia de la recomendación, este Tribunal, no encuentra ningún inconveniente para aplicar estas normativas y dictar resolución en consecuencia.

Es de recordar que los Tribunales de Sentencia de forma casi unánime han establecido que si bien dicho presupuesto (retiro de la acusación) no se halla previsto en la norma procesal por la cual se debe regir su actuación, ello no obsta a una determinación al respecto, pues la determinación deberá partir de un pormenorizado estudio sistemático del Código ritual. Si bien como ya se estableciera precedentemente que el retiro de la acusación no se halla prevista de manera expresa en las normas procesales, hay que tener presente que en el nuevo sistema de enjuiciamiento, los roles de los sujetos del Estado a cargo de la persecución punitiva se hallan bien enmarcados de acuerdo a los parámetros en la propia Constitución, los Acuerdos y Tratados Internacionales y el propio Código Procesal Penal, y el procedimiento especial al tratarse de comunidades indígenas, conforme a ellas los roles de investigador y acusador corresponden en forma exclusiva al Ministerio Público y la tarea jurisdiccional a los distintos órganos integrantes del Poder Judicial, no siendo compatibles las transmisiones de los roles protagónicos de ambos sujetos procesales. Así los Agentes Fiscales no podrán adoptar funciones jurisdiccionales (Art. 56 C.P.P.), en tanto que los Magistrados intervinientes no podrán realizar labores de investigación, salvo excepciones que hacen a la búsqueda de la verdad (Art. 394 C.P.P.), en forma muy limitada. En ese aspecto es viable destacar que un Tribunal de Sentencia tiene habilitado la vía para la realización de un juicio oral y público, cuanto exista un auto de apertura que se dicta en la etapa intermedia sobre la base de la Acusación del Ministerio Público y con medios probatorios a ser producidos en juicio, para la acreditación de los hechos fácticos descritos en dicha resolución. En la presente causa, la litis todavía no se ha instalado, teniendo en cuenta que el retiro de la acusación se ha producido antes del inicio de la audiencia del juicio oral y público, por lo que el objeto del juicio no ha quedado definido. Al respecto es viable señalar lo que establece el Art. 403 del C.P.P., cuando señala como uno de los vicios de la sentencia, la carencia del objeto del juicio.

Este es pues el caso que nos ocupa; habida cuenta que con el retiro de la acusación por parte del Ministerio Público, el presente juicio, carece de objeto.

Que, el Ministerio Público es el órgano encargado de presentar la imputación y posterior acusación, sostenerla y probar los hechos y al desistir de su acusación no puede quedar definido el objeto del juicio.

QUE, este Tribunal Colegial de Sentencia considera oportuno resaltar lo que establece el Código de Procedimientos Penales con respecto a ciertas responsabilidades que recaen sobre la competencia del Ministerio Público

Abрил 2021



JURIO CAUSA: 01/01/02/07/2014  
 MINISTERIO PUBLICO C/DAVID TORALLES  
 LESION GRAVE EN FILADELFI  
 DEPARTAMENTO DE BOQUERON

como ser: La carga de la prueba, en el momento mismo de la substanciación del Juicio Oral y público, de todo cuanto hace al hecho en la que fundara su acusación, y que sus actuaciones deberá ser regidas por el Principio de Objetividad.-----

**QUE**, es preciso destacar la importancia de la acusación, ya que de lo que contiene la misma es de lo que el Tribunal solamente deberá ocuparse; de las circunstancias allí expuestas para el momento de sentenciar pues es en la acusación realizada por el Representación Fiscal donde se determinará el ámbito fáctico en el que Tribunal ejercerá su jurisdicción; pero al manifestar el representante del Ministerio Público el retiro de su acusación, es donde ya el Tribunal no cuenta con ningún elemento fundamental para analizar y luego juzgar el hecho en cuestión.----

**QUE**, cabe resaltar que en lo relativo a la acción penal, es de suponer que el ejercicio de la misma corresponde al Ministerio Público, quien deberá deducir un requerimiento punitivo, que se debe ser la consecuencia justa de una conducta que haya sido descripta como acción típica, antijurídica, reprochable y punible, lo que constituiría el objeto del desarrollo del Juicio Oral y Público dentro de una causa penal. El sistema acusatorio establece reglas estrictas en cuanto a la determinación del objeto o elemento fundamental para el análisis y el juzgamiento sobre cualquier hecho que se haya cometido y que pudiera ser considerado punible. Como dijimos anteriormente, es responsabilidad de la Representación Fiscal determinar el contenido tanto objetivo como subjetivo de dicha conducta en la acusación.-----

**QUE**, entrando en análisis de la cuestión planteada, cabe traer a colación lo dispuesto por el Art. 268 de la Constitución Nacional que dice: "...**DE LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES** Son deberes y atribuciones del Ministerio Público: 3. *ejercer acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte, sin perjuicio de que el juez o tribunal proceda de oficio, cuando lo determine la ley...*".-----

**QUE**, en este estadio también cabe hacer consideración respecto al tipo penal previsto en el Art. 112.- **Lesión grave.** 1º Será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años el que, intencional o conscientemente, con la lesión: 1. pusiera a la víctima en peligro de muerte...4. Causara una enfermedad grave o afligente....", en concordancia con el art. 29 inc. 1 del mismo cuerpo legal.-----

Asimismo el Art. 24 d) C.P.P., establece: "...**RETIRO DE LA INSTANCIA.** *Retirada la instancia de conformidad a lo previsto en el código penal, se extinguirá la acción...*".-----

Que, en los Tribunales de Sentencia existen precedentes sobre el particular, que establecen que cuando el órgano acusador formula su acusación en forma fundada, el órgano jurisdiccional no puede imponer su criterio, por cuanto sería una intromisión dentro del rol asignado al Ministerio Público. Por lo que habiendo el Ministerio Público solicitado el retiro de la acusación, y la víctima manifestado su deseo de no continuar con el Juicio Oral por medio de un acuerdo conciliatorio ratificado por su representante legal, siendo la principal actora del impulso

*[Handwritten signatures and stamps at the bottom of the page]*

Abriil 2021



JUICIO CAUSA: 61010207201RT25  
 "MINISTERIO PÚBLICO/DAVID TORALES  
 S/LESION GRAVE EN FILADELFA -  
 DEPARTAMENTO DE BOGUEROS"

procesal, dentro del nuevo sistema que rige, la materia, por lo siendo la instancia un derecho personalísimo de la víctima impulsar la acción, al resultar perjudicado o dañado por un hecho reputado punible. Esta con la sola declaración expresa de voluntad, puede desistir de la prosecución de la instancia, por lo que en la presente causa, al Tribunal de Mérito no le queda otra opción que hacer lugar a la misma por cuanto los Miembros de este Colegiado, no pueden obligar al Agente Fiscal a proseguir con el presente juicio, de esta forma y tomando en consideración todo lo expuesto, resulta inofensivo proceder al estudio de todas las cuestiones concernientes y conducentes al análisis del presente caso, por lo que corresponde **TENER POR RETIRADA LA ACUSACIÓN, APLICANDO EL DERECHO CONSUETUDINARIO CONFORME AL DICTAMEN PERICIAL QUE CONSTA EN ACTA** por parte del Ministerio Público, y en consecuencia **EXTINGUIR LA ACCIÓN PENAL** de conformidad al art. 26 de C.P.P.-----

Asimismo por imperio de lo dispuesto en el Art. 359 inc. 3º del Código Procesal Penal es deber de esta Magistratura ordenar el **SOBRESERIMIENTO DEFINITIVO** del procesado **DAVID TORALES**, con la expresa declaración de que la formación de esta causa no afecta su buen nombre y honor. En cumplimiento de lo dispuesto por el Art. 361 del Código Procesal Penal, deberá ordenarse el levantamiento de las medidas cautelares dispuestas en contra del acusado. En cuanto a las costas del juicio, en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 261 del C.P.P. corresponde pronunciarse sobre la imposición de las costas procesales y a ese efecto y atendiendo a las circunstancias producidas en autos, en que las partes han defendido sus intereses con buena fe, no han interpuesto dilaciones al progreso de la acción ni del juicio y el Ministerio Público ha defendido los intereses que representa con solvencia, por lo que habiendo este Tribunal establecido que el **SOBRESERIMIENTO DEFINITIVO** no surge de la acreditación del procesado sino de una vía híbrida como lo constituye el retiro de la acusación, no es posible la aplicación de los Art. 266 y 265 del C.P.P., por lo que este Tribunal es del entender que corresponde aplicar lo establecido en el Art. 261, 2º párrafo del C.P.P. y en consecuencia imponer las costas en el orden causado, por corresponder en estricto derecho.-----

*[Handwritten mark]*

**POR TANTO**, y en base a lo brevemente expuesto, éste Tribunal de Sentencia, designado para entender en estos autos.-----

**RESUELVE**

**1.- DECLARAR** la competencia del Tribunal Colegiado de Sentencia, presidido por el **Abg. Amado Arsenio Yurhón Díaz**, como Presidente del mismo y en calidad de Miembros Titulares, al **Abg. Eduardo Ramón Medina Bobadilla** y la **Abg. Milán Nuñez**, para entender y juzgar en la presente causa.-

**2.- DECLARAR** la procedencia de la acción penal, incoada por el Ministerio Público, en contra del acusado **DAVID TORALES**.

*[Signature]*  
 ANE Carolina Nazareta  
 Actriza Judicial

*[Signature]*  
 Jueza Titular

*[Signature]*  
 Jueza Titular

Abрил 2021



JUICIO: CAUSA: 01/01/02/07/2018-1  
 -MINISTERIO PÚBLICO C/DAVID TORALES  
 S/ LESION GRAVE EN FILADELFA  
 DEPARTAMENTO DE BOQUERÓN -

- 3.- **TENER POR ALLANADO** al Agente Fiscal, **Dr. ANDRES ARRIOLA**, en relación al procesado **DAVID TORALES**, de conformidad a lo establecido en el **Art. 99 del C.P.**, y a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.
- 4. **APLICAR EL DERECHO CONSUETUDINARIO** de conformidad al art. 26 del C.P.P. y atento al dictamen del perito en asuntos indígenas.
- 5.- **DECLARAR** la Extinción de la Acción Penal en la presente causa, por el retro de la acusación por parte del Ministerio Público, en virtud a lo dispuesto por el Art. 24 y 26 del Código Procesal Penal, en relación al procesado **DAVID TORALES**.
- 6.- **SOBRESEER DEFINITIVAMENTE** a **DAVID TORALES**, con C.I. n.º 6.995.671, sin sobrenombre ni apodo. paraguayo, soltero, de 18 años de edad, de profesión empleado de campo, domiciliado en la comunidad indígena "Espinillo" Departamento de Pte. Hayes, nacido en Benjamin Aceval Departamento de Villa Hayes en fecha 10 de abril de 1999, hijo de Doña Estelbina Torales, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 359, inc. 3º del C.P.P.
- 7.- **LEVANTAR** las medidas cautelares, que pesan sobre el procesado **DAVID TORALES** con la expresa circunstancia que la formación de la presente causa, no afecta el buen nombre y honor de los que goce el citado procesado.
- 8.- **IMPONER** las costas del presente juicio, en el **orden causado**.
- 9.- **OFÍCIESE** a los fines pertinentes.
- 10.- **ORDENAR** el archivamiento de estos autos una vez firme y ejecutoriada la presente resolución.
- 11.- **ANOTAR** registrar, notificar y remitir copia a la Excmo. Corte Suprema de Justicia.

ANTE MÍ:

*Alc. Carolina Herrera*  
*Ministerio Público*

*[Large signature]*

*Alc. Olimpia O. de...*  
*Let. Publica de...*

*[Signature]*



## **RECURSO DE CASACION – PUEBLOS INDIGENAS**

### **SENTENCIA 364 7/06/2019**

-----Esta sentencia versa sobre un recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública en un caso de homicidio.

-----Los agravios esgrimidos son la falta de un perito técnico en cuestiones indígenas y la errónea aplicación de la sana crítica y la lógica en la valoración de la prueba.

Primeramente el tribunal analiza la admisión del recurso mencionado, con el voto de la mayoría se declara admisible el mismo, solo un voto discorde el cual analiza que dicho recurso carece de requisitos formales y lo declara inadmisibile, estableciendo que el referido recurso no se encuentra motivado.

En otro orden se analiza el primer agravio en cuanto a la falta de perito técnico. Es un derecho consagrado en la Constitución de aquel país que para el caso de conflictos en comunidades indígenas se tendrá siempre en cuenta el derecho consuetudinario.

Asimismo, el convenio sobre pueblos Indígenas y Tribales no 169 hace referencia al proceso penal para los miembros de la comunidad indígena y establece la obligatoriedad de un perito técnico especializado en cuestiones indígenas.

Las violaciones de estas normas violan un Derecho Constitucional y de igual manera en Convenios Internacionales ratificados por Paraguay y el Derecho a defensa consagrado en la Ley 1286 CPP.



En cuanto al agravio respecto a la valoración de la prueba el tribunal entendió que existió vicios procesales atento que el tribunal no siguió las reglas de razonamiento lógico al momento de valorar los medios de prueba precisamente en un informe de huellas dactilares recabadas en la escena del hecho, lo cual arrojo coincidencia en 8 puntos con el presunto autor de los hechos, confirmando en función de ello, pero el informe establece la certeza absoluta a partir de 12 puntos, y en cuanto a la valoración de un testigo de oída, donde el tribunal le otorgó preponderancia al mismo en cuanto al relato de los hechos, siendo que dicha prueba debe ser valorada con otros indicios.

Es así que el tribunal absuelve a los imputados y anula la sentencia no 10 del Tribunal de Apelaciones Multifueros de Villa Hayes.

#### **NORMATIVA APLICABLE**

- Paraguay ratifico el convenio 169 en 1993 a través de la ley 234 del 19/06/1993
- Constitución de 1992 Capítulo V ART 62 Estatuto de las comunidades indígenas 1981
- Ley 904/1981 que crea el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) artículo 6: en los procesos que atañen a indígenas los jueces tandean también en cuenta su derechos consuetudinarios, debiendo solicitar dictamen fundado al Instituto Paraguayo del Indígena o a peritos especialistas en la materia. En beneficio de la duda favorecerá al indígena atendiendo al su estado cultural y a su normas consuetudinarias
- Código Procesal Penal Ley 1286



EXPEDIENTE: "RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA ABG. BLANCA LILA MARTÍNEZ FLORES DEFENSORA PÚBLICA EN DEFENSA DE LOS SEÑORES ANTOLÍN AYALA, ROFINO GIMÉNEZ Y ERICH GIMÉNEZ EN LOS AUTOS: LUCIO WILFRIDO FUENTES Y OTROS S/ HOMICIDIO".-



ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO Trescientos sesenta y cuatro

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los 05 días del mes de Abril del año dos mil diecinueve, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los Excmos. Señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Doctores **MANUEL DEJESÚS RAMÍREZ CANDIA, MIRYAM PEÑA y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA**, por ante mí, la Secretaria autorizada, se trajo el expediente caratulado: "LUCIO WILFRIDO FUENTES Y OTROS S/ HOMICIDIO DOLOSO", a fin de resolver el Recurso Extraordinario de Casación planteado en contra del Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de Villa Hayes de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes.

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

**CUESTIONES:**

¿Es admisible para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: **RAMÍREZ CANDIA, PEÑA, BENÍTEZ RIERA.**

En respuesta a LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DOCTOR **MANUEL DEJESÚS RAMÍREZ CANDIA** DIJO: La Abg. Defensora Pública Blanca Lila Martínez, peticionante Recurso de Casación contra el Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, expone como motivo de casación la falta de fundamentación de la sentencia, exponiendo como agravios la violación de las reglas previstas del procedimiento para los hechos punibles relacionados con pueblos

Abg. Karolina Díaz  
Secretaria

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel Jesús Ramírez Candia  
Ministro

Dr. Miryam Peña  
Ministra

Scanned with CamScanner

indígenas, específicamente la ausencia del consultor técnico especializado, prevista en el art. 433 numeral 1) del CPP<sup>1</sup>, el otro agravio hace referencia a lo previsto en el art. 175 del CPP<sup>2</sup>, el cumplimiento de las formas previstas para la valoración conforme a la sana crítica, específicamente el testigo de referencia o de oída y las huellas dactilares.-----

En cuanto al estudio de la primera cuestión, corresponde hacer un análisis de admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación planteado, teniendo en cuenta el principio de taxatividad objetiva que rige la materia recursiva en el proceso penal previsto en el art. 449 del CPP<sup>3</sup>, y la interposición y trámite del mismo previsto en los arts. 468<sup>4</sup> y 480 del CPP<sup>5</sup>, la regla general en materia de impugnaciones señala que solo se podrán recurrir las resoluciones judiciales en los casos expresamente establecidos siempre que causen un agravio al recurrente, de esta forma el recurso debe cumplir con los presupuestos de impugnabilidad objetiva, que la resolución recurrida sea la afectada al recurso, impugnabilidad subjetiva, que el recurrente sea la persona que tenga derecho a hacerlo.-----

Respecto al Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de Villa Hayes de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, integrado por los magistrados, Gustavo Martínez, Víctor Sánchez Cano y Celsa Rojas de Morinigo, es una Sentencia Definitiva emanada del Tribunal de Apelaciones ella, de conformidad a lo previsto en el art. 477 del CPP<sup>6</sup>, solo es impugnabile por la vía del Recurso Extraordinario de Casación.-----

<sup>1</sup> Art. 433. Etapa preparatoria. La etapa preparatoria se regirá por las disposiciones anteriores, con las siguientes modificaciones:

1) La investigación fiscal será realizada con la asistencia obligatoria de un consultor técnico especializado en cuestiones indígenas, sorteado de la lista prevista en este Título.

<sup>2</sup> Art. 175. Valoración. Las pruebas obtenidas serán valoradas con arreglo a la sana crítica. El tribunal formará su convicción de la valoración conjunta y armónica de todas las pruebas.

<sup>3</sup> Art. 449. Reglas generales. Las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen agravio al recurrente.

El derecho de recurrir corresponderá tan solo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre los diversos partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellos.

<sup>4</sup> Art. 468. Interposición. El recurso de apelación se interpondrá ante el juez o tribunal que dictó la sentencia, en el término de diez días luego de notificado, y por escrito fundado, en el que se expresará, concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende.

Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo.

Si las partes estiman necesario una audiencia pública para la fundamentación complementaria y discusión del recurso deberán solicitar expresamente.

Cuando el procedimiento se haya iniciado en una circunscripción judicial distinta al de la sede del tribunal de apelaciones, el recurrente, en el escrito de interposición, y los demás al contestar el recurso o al adherirse a él, fijarán nuevo domicilio procesal.

<sup>5</sup> Art. 480. Trámite y resolución. El recurso extraordinario de casación se interpondrá ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para el trámite y la resolución de este recurso serán aplicables análogamente, las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia, salvo en lo relativo al plazo para resolver que se entenderá hasta un mes como máximo en todos los casos.

<sup>6</sup> Art. 477. Objeto. Solo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas dictadas de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extinga la acción o la pena, o deleguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

En relación al motivo de casación expuesto por la recurrente, es el que se funda en el art. 478 numeral 3) del CPP<sup>1</sup>, también se da, en razón a que se fundamenta concretamente el agravio que le causa la resolución recurrida y lo argumenta de manera correcta haciendo un análisis racional de los motivos expuestos por el Tribunal de Apelaciones y señala de manera precisa la norma que ha sido aplicada erróneamente.

En ese sentido expone como primer agravio, la violación de las reglas del procedimiento para miembros de comunidades indígenas, específicamente la falta de un perito técnico especializado en cuestiones indígenas, la fundamentación de este agravio es extensa y señala de manera precisa cuáles son los hechos en los que se basa, además menciona concretamente cuáles fueron las normas vulneradas en el caso particular.

Como segundo agravio, la recurrente menciona la violación de las reglas de la sana crítica en la valoración de los medios de prueba por parte del Tribunal de Sentencia, y en ese contexto, también se observa que la impugnante menciona y ataca concretamente cuáles son los vicios de la resolución recurrida que le causa el agravio y los motivos por los cuales según su parecer, se produjo el vicio en la fundamentación de la decisión del Tribunal de Alzada, cumpliéndose así las exigencias básicas de fundamentabilidad del Recurso de Casación.

En atención a todo lo mencionado precedentemente, se observa que los presupuestos formales de admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación se hallan reunidos en su totalidad, por lo tanto, corresponde declarar admisible el recurso y pasar a analizar en consecuencia la procedencia del mismo.

A su turno, la Doctora **MIRYAM PEÑA** manifiesta que se adhiere íntegramente al voto emitido por el Ministro preopinante por los mismos argumentos.

A su turno, el Doctor **LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA** manifiesta cuanto sigue: Que se presente la Defensora Pública Blanca Lila Martínez a interponer Recurso de Casación contra el Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes.

Abg. Karolina Pozzo  
Secretaría

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Daniel Peña  
Ministro

Dr. Miryam Peña Cendón  
Ministra

<sup>1</sup> Art. 478. Motivos, el recurso extraordinario de casación prohibida, exclusivamente:  
1) Cuando la sentencia o el auto se fundamenta erróneamente.

Scanned with CamScanner



A tal efecto, deben ser analizadas las disposiciones contenidas en los artículos 477, 478, 480 y 488 del Código Procesal Penal, los cuales consagran las condiciones genéricas de interposición del recurso de casación estableciendo expresamente la conminación de inadmisibilidad, que se hará efectiva cuando el acto se cumpla en violación a los requisitos formales o a su contenido. En este contexto, la inadmisibilidad es una sanción procesal que consiste en la imposibilidad jurídica de que un acto ingreso al proceso, debido a su irregularidad formal, por inobservancia de una expresa disposición.

Los aspectos sobre lo que debe recaer el examen de admisibilidad son los siguientes: a) que la resolución impugnada sea recurrible (impugnabilidad objetiva); b) que quien interponga el recurso tenga derecho, es decir, que el sujeto esté legitimado para recurrir por tener interés directo en la impugnación y la capacidad legal para interponerlo con relación al agravio que la resolución le ocasiona (impugnabilidad subjetiva); y c) que concurren los requisitos formales de modo, lugar y tiempo que deben rodear el acto de interposición del recurso.

La recurrente impugna el Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de Apelación, está al evidencia el carácter de definitiva y extintiva del procedimiento, por lo que este fallo recurrido se torna posible de ser revisado por la vía de la casación impetrada.

Con relación a la **IMPUGNABILIDAD SUJETIVA** ella refiere a la circunstancia de quienes impugnan tenga interés en recurrir. En tal sentido, recurre en casación la Defensora Pública Abg. Blanca Lila Martínez, razón por la cual pueda decirse que se encuentra efectivamente cumplido este requisito de admisibilidad.

La impugnación debe interponerse ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un plazo de diez días de notificada la resolución. La recurrente plantea el recurso de casación en fecha 2 de mayo de 2017, estando dicha presentación planteada en tiempo, por lo que se halla dentro del plazo establecido.

Ahora bien, con respecto a las condiciones de modo, la ley procesal dispone claramente que el recurso debe ser interpuesto por escrito fundado, expresando concreta y separadamente cada motivo con sus fundamentos y la solución jurídica que pretende. Asimismo, el Art. 478 del mismo Código individualiza en sus tres incisos, los únicos y exclusivos **MOTIVOS** que hacen la procedencia del recurso extraordinario: "El recurso extraordinario de casación procederá exclusivamente: 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad de diez años y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto

Scanned with CamScanner



instituciones, 2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia, y 3) cuando la sentencia y el auto sean manifiestamente infundados".

En su escrito, la casacionista ha invocado como causal el inciso 3ro del artículo 478 del C.P.P., argumentando que "la resolución es manifiestamente infundada, pues el tribunal de apelación no analizó los agravios expuestos en la apelación especial". Solicita se haga lugar al recurso de casación y la desvinculación definitivamente de sus defendidos.--

Debemos recordar que el acto impugnativo debe manifestarse por escrito y debe estar motivado en razones de hecho y de derecho que demuestren la existencia del vicio denunciado y la solución que corresponda al caso.

Al respecto, el Prof. Fernando de la Rúa, sostiene: "El recurso debe ser motivado y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente en el mismo escrito de interposición, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta" (La Casación Penal - Depalma 1994).

Debemos señalar que la competencia del órgano Juzgador queda limitada a los motivos invocados en el escrito de interposición del recursos de manera que los motivos no se hallan consignados en el escrito respectivo o simplemente si los mismos no son argumentados por los impugnantes, es imposible dar trámite al recurso en cuestión tronándose así inadmisibile el planteamiento. El acto impugnativo debe bastarse a si mismo.

La impugnante en autos no ha dado cumplimiento a este requisito, por demás necesario. Es más, la casación no es una instancia más, por lo que indefectiblemente deben puntualizar las bases legales que sustentan, para seguidamente concretarse los errores jurídicos de las resoluciones que resultan perjudiciales. La casacionista en su escrito de interposición debió determinar el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta y no argumentar los mismos agravios expuestos en la apelación especial, agravios que ya fueron analizados por el Tribunal de apelación y el tribunal de sentencia en su momento.

Definitivamente, la apelante ha equivocado la forma de interponer el recurso de casación, ya que su escrito no puede asemejarse a una expresión de agravios, pues la naturaleza del recurso de casación es totalmente distinta. Debemos señalar que de la atenta lectura del agravio de la recurrente, aloga la falta de respuestas a sus cuestionamientos.

Abg. Andrés Pavesi  
Secretario

Luis María Garrido Riera  
Ministro

D. Manuel Domingo Ramírez Cerdá  
MINISTRO

Dra. Mariela Pardo Cardia  
Ministra

Scanned with CamScanner

Finalmente, cabe destacar que esta Corte Suprema de Justicia, ya ha sostenido en fallos anteriores que el Recurso de Casación, no puede considerarse una tercera instancia, es por tal razón que la ley exige de una manera imperante la expresión de motivos del recurso de casación como una de las condiciones de admisibilidad, puesto que se debe individualizar en forma clara y específica el agravio. En ese sentido, la motivación debe ser requisito FORMAL de la presentación, ya que constituye el elemento primordial de contenido crítico, valorativo y lógico, por tal razón es obligación del casacionista demostrar la violación existente, el vicio o el error del que padece el fallo atacado, el modo en que afecta a sus derechos y solución que se pretende, extremos que la recurrente no ha cumplido. En estas condiciones y sin entrar a analizar el fondo de la cuestión planteada, se tiene que el recurso interpuesto es notoriamente inadmisibles, ya que no reúne todos los presupuestos formales de admisión, debiendo ser declarado en tal sentido. Es mi voto.-----

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DOCTOR MANUEL DEJESÚS RAMÍREZ CANDIA DIJO:** En cuanto a la Procedencia del Recurso Extraordinario de Casación, habiendo el recurrente argumentado su postura en su escrito respectivo, corresponde pasar a analizar los agravios expuestos en el mismo.-----

Con respecto a los agravios expuesto por el impugnante, el Tribunal de Apelaciones no realizó una fundamentación lógica y suficiente basada en motivos de hecho y de derecho conforme lo establece nuestra normativa procesal en el art. 125 del CPP<sup>8</sup>, además de eso, debe indicar el valor que le otorga a cada medio de prueba, lo cual es una exigencia, puesto que la valoración de la prueba en nuestro sistema se rige por la sana crítica, y esta implica un proceso de razonamiento basado en las reglas de la lógica.-

El Tribunal de Apelaciones en vez de contestar de manera concreta los agravios del recurrente, basándose en las exigencias legales para la fundamentación de la sentencia, expone una síntesis breve de manera general de lo que fue el fallo del Tribunal de Sentencia, se pone a relatar el camino que ha seguido el mismo para dictar su sentencia repleando los mismos argumentos y utilizando frases de rutina para intentar fundamentar de esa manera su decisión.-----

<sup>8</sup> Art. 125. Fundamentación. Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión.

La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba.

La simple relación de los documentos del procedimiento o la invocación de los requisitos legales de las partes no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación.



**CORTE SUPREMA de JUSTICIA**

RECIBIDO  
10 de mayo de 2018

En parte de sus argumentos, el Tribunal de Apelaciones manifestó cuanto sigue: "El referido artículo limita las funciones del Tribunal de Alzada a la verificación de la correcta aplicación del derecho, al cumplimiento de las garantías constitucionales y a la forma de valoración de las pruebas por el sistema de la libre convicción o sana crítica por parte del Tribunal A quo, como así también controlar la existencia o no de nulidades absolutas por ser estas de orden público. Esta limitación permite además que los hechos las pruebas puedan ser discutidos mediante un contradictorio, en un debate oral y público".

De lo señalado por el Tribunal de Alzada, se observa claramente que se refiere de manera general a los principios y reglas que deben ser seguidos en el proceso penal en materia de valoración de medio de prueba, lo que el Tribunal debió hacer es explicar si la sentencia atacada cumple con esas reglas establecidas que señala de manera general, es decir, el deber de control de legalidad de la sentencia, implica un análisis de las reglas de lógica seguidas por el Tribunal de Mérito, es justamente a esto que debe ceñirse el control, y en base a ese análisis exponer una fundamentación respecto de cada cuestión objeto del recurso.

El mero relato cronológico de lo ocurrido en el proceso de dictado de la sentencia, la descripción de frases que son utilizadas normalmente para referirse a ciertas figuras jurídicas o instituciones procesales, o la crítica genérica a un fallo dictado, no constituyen en ningún caso fundamentación lógica de la sentencia, al contrario, esto expresamente como señala el Código Procesal Penal, presupone un vicio de la misma de conformidad a lo establecido en el art. 403 numeral 4), justamente por apartarse de las reglas para la fundamentación de las sentencias que expresamente prevé nuestro ordenamiento.

Por lo tanto, teniendo en cuenta los argumentos señalados precedentemente, corresponde **ANULAR** el Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes.

Con respecto a la Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes paso a exponer cuanto sigue.

*[Handwritten signature]*  
Luis María Realiza Riera  
Jefe de Sala

*[Handwritten signature]*  
Jefe de Sala

*[Handwritten signature]*  
Dra. Miryam Peda Casella  
Jefa de Sala

Scanned with CamScanner

Abрил 2021



Cabe recordar que cuando se invoca como motivo de casación el art. 478 numeral 3) del CPP, sentencia infundada, este concuerda directamente con lo establecido en el art. 403 numeral 4) del CPP<sup>3</sup>, donde se menciona cuáles son los vicios de la sentencia que precisamente habilitan la apelación especial y la casación, y en el punto específico del citado artículo, define en qué casos la sentencia es infundada.

En ese sentido, debo mencionar respecto al primer agravio, que la Constitución Nacional en su art. 63<sup>10</sup>, reconoce el derecho de los pueblos indígenas y establece de manera clara e imperativa que en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta siempre el derecho consuetudinario, es decir, la aplicación del derecho consuetudinario a los miembros de comunidades indígenas es un derecho de rango constitucional, que además está taxativamente previsto en nuestra norma procesal penal.

De igual manera, el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales Número 169, adoptado en la ciudad de Ginebra en la 76ª Reunión de la CIT en fecha 27 de junio de 1989, en sus artículos 8 al 10, hace referencia respecto al tratamiento que se deben dar a los miembros de las comunidades indígenas que son procesados penalmente.

El capítulo de procedimientos para los hechos punibles relacionados con pueblos indígenas, prevé el procedimiento especial para esos casos y las reglas que se deben seguir cuando un miembro de la comunidad indígena sea procesado penalmente, y de manera expresa establece que tanto en la etapa preparatoria, etapa intermedia y en el juicio oral y público, es obligatoria la presencia y el dictamen de un perito técnico especializado en cuestiones indígenas.

El incumplimiento de estas reglas, además de violar un derecho de rango constitucional y establecido de igual manera en Convenios Internacionales ratificados por Paraguay, y con plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, afecta un principio fundamental del sistema procesal

<sup>3</sup> Art. 403. Vicios de la sentencia. Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación y la casación, serán los siguientes:

4) Que carezca, se insuficiente o contradictorio la fundamentación de la mayoría del Tribunal. Se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o de oficio, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos circunstanciales. Se entenderá que es contradictoria la fundamentación cuando no se ha observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.

<sup>10</sup> Art. 63. De la identidad étnica. Queda reconocida y garantizada el derecho de los pueblos indígenas a preservar y desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, además, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria adhesión a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.



acusatorio, también consagrado constitucionalmente, que es el derecho a la defensa, señalado en el art. 6 del C.P.P.

Puesto que para aplicar el derecho consuetudinario que ampara la Constitución Nacional y los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Paraguay, es necesario conocer la forma de vida, costumbres y tradiciones de la comunidad indígena del miembro que está siendo procesado penalmente, para esto, precisamente es necesario la presencia del consultor técnico especializado en cuestiones indígenas, situación que no se ha dado durante el proceso penal.

Esta violación a las reglas establecidas en favor del imputado, y que afectan el ejercicio de la defensa en juicio, no pueden ser subsanables de ningún modo, puesto que justamente las formas están taxativamente previstas para precautelar esos derechos fundamentales por su vital importancia, y apartarse de ellas implica la nulidad absoluta de las actuaciones, y como consecuencia, todos los actos ulteriores al vicio cometido carecen de validez, puesto que de ninguna forma estas actuaciones viciadas podrían ser subsanadas para que dicho acto tenga validez, precisamente en determinados actos procesales de gran relevancia, existen formas exigidas por la ley que deben ser cumplidas de manera que con esto se puedan precautelar los derechos consagrados.

La nulidad absoluta, es la sanción procesal que se aplica a una actuación cuando la misma se realiza sin las formas previstas en la norma, afectando así un principio fundamental del proceso penal, que deviene de un derecho constitucional, en el caso concreto es el derecho a la defensa en juicio, consagrado en la Carta Magna, de esta manera, el acto viciado no puede ser subsanado de ninguna forma, y como consecuencia, no se puede retrotraer el proceso a etapas anteriores con la idea de volver a repetir el acto viciado para realizarlos con las formas exigidas, esto generaría un detrimento en los derechos del acusado, que además el art. 12 del CPP<sup>11</sup> prohíbe de manera expresa.

Abto. Nicolás Peroni Serviente En el caso concreto, se observa que durante todo el proceso penal, en la etapa preparatoria, en la etapa intermedia y en el Juicio Oral y Público, los acusados, que son miembros pertenecientes a comunidades indígenas, no han contado con el apoyo técnico de un consultor técnico especializado en cuestiones indígenas, con lo cual no pudo conocerse respecto de sus usos y costumbres relacionados a la comunidad de los mismos, tal como

<sup>11</sup> Art. 12. Inobservancia de las garantías. La inobservancia de un principio o garantía no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara. Tampoco se podrá retroceder el procedimiento a etapas anteriores, sobre la base de la violación de un principio o garantía prevista en favor del imputado, salvo cuando él la consiente expresamente.

Luis María Benítez Riera  
Maestro

Scanned with CamScanner



garantiza la Constitución Nacional y de la misma forma el Código Procesal Penal.

Esta situación no solo imposibilitó que se pueda conocer a profundidad la forma de vida y las costumbres de la comunidad en que vivían los acusados, para de esa manera poder decidir y aplicar el derecho de la manera correcta, sino que también con esto se limita el ejercicio del derecho a la defensa, ya que los acusados miembros de la comunidad debe ser asesorados de manera precisa y clara respecto de las implicancias que pudiera tener un proceso penal en su contra, y asimismo los demás intervinientes, Ministerio Público y órganos jurisdiccionales deben conocer y entender las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para así posibilitar el amplio ejercicio de la defensa en base a ellas.

Por lo tanto, se observa que claramente se han violado las reglas establecidas en el Código Procesal Penal para el para el juzgamiento de miembros de los Pueblos Indígenas, específicamente lo referente a obligatoriedad de la presencia de un consultor técnico durante el proceso.

Ahora bien, con relación a las huellas de manos y pies levantadas en el lugar del hecho, que el propio tribunal concluye en base al informe técnico, haciendo el contraste de la huella con la palma de la mano de Antolín Ayala, en donde se tuvo aproximadamente ocho puntos de coincidencia, y el citado informe técnico dice claramente que recién a partir de doce puntos coincidentes con las huellas tomadas se puede colegir que corresponderían a las huellas dactilares de la misma persona.

Siendo así, que no se dan los puntos coincidentes necesarios que señala el informe técnico, el tribunal da por acreditado que Antolín Ayala fue el autor del hecho, aquí no se trata de volver a valorar el medio de prueba producido en juicio oral y público, como en este caso es el informe técnico de las huellas, sino que verificar si en base a la producción de esa prueba, la valoración del tribunal de mérito fue correcta rigiéndose por la regla de la sana crítica como lo establece la norma procesal.

La sana crítica refiere "las pautas racionales fundadas en la lógica y la experiencia que hacen de la valoración judicial la emisión de un juicio formalmente válido (en tanto respeta la leyes lógicas del pensamiento argumentativamente sólido (en tanto apoyado en la experiencia apuntala la convicción judicial) que) y demuestra o repite en los autos, la convicción formada en base a aquellas"<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> BOGARÍN GONZÁLEZ Jorge Enrique, Manual de Derecho Procesal Penal, segunda Edición, La Ley, págs. 642 y 643.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Esto significa que deben ser aplicadas las reglas de la lógica en el momento en que los juzgadores realizan el trabajo intelectual de valorar los medios de prueba. En este caso, claramente el tribunal de mérito no siguió las reglas del razonamiento lógico al momento de valorar el medio de prueba señalado, ya que de manera contundente se concluyó en el informe técnico que científicamente a partir de doce puntos coincidentes recién se puede colegir que las huellas pertenecen a una misma persona, y el Tribunal de manera inversa estableció que Antolín Ayala fue el autor del hecho siendo que solo se han establecido ocho puntos coincidentes, y de ninguna manera, en este caso, se puede dar por acreditado tal hecho, en tal sentido, el tribunal se apartó del razonamiento lógico al momento de otorgar valor al medio de prueba, porque de ninguna manera podía arribar a tal conclusión, partiendo de la premisa establecida en el informe técnico, el cual fue claro y concluyente.

Este razonamiento al que arribó el tribunal de sentencia se aparta de la experiencia y las reglas de la lógica, la cual implica que de los hechos acaecidos solo se puede establecer la conclusión en un solo sentido, y el tribunal termina dando por acreditado los hechos en otro sentido distinto al que sería el correcto, teniendo en cuenta el medio de prueba valorado (el informe técnico sobre las huellas), en consecuencia, esta decisión adoptada por el Tribunal de Mérito es errada porque se aparta del razonamiento lógico que es exigido por el sistema de valoración de pruebas en nuestro ordenamiento procesal penal.

Otra cuestión que se suscita referente la violación de la regla de la sana crítica, se da con relación a la declaración testimonial del señor Guillermo Murillo, quien manifestó en el juicio oral y público que el propio Erich Giménez le contó en persona, que realizó el hecho con los otros acusados, es decir, los que atentaron contra la vida del señor Bernard Kheler, y que tal acontecimiento se dio por motivos económicos en virtud a la relación laboral existente entre la víctima y los acusados.

Esto es lo que en doctrina se denomina testigo indirecto o de referencia o testigo de oído, y lo que ocurre es que se manifiesta el relato que otro hizo respecto de un suceso, pero no la veracidad del mismo, puesto que el testigo de referencia no percibió a través de sus sentidos el hecho que se le refiere, y por ende, no existe forma de verificar que el hecho referido por el de referencia haya acontecido precisamente de tal forma, puesto que solo relata lo manifestado por otra persona respecto de un suceso supuestamente ocurrido, que de ninguna forma puede ser corroborado por el de referencia, y solo se remite a declarar tal cual le fue narrado el suceso por la otra persona.

Abg. Karim...  
Luis María Benítez Pérez  
Dr. Néstor...  
Dra. María...  
Militante

Scanned with CamScanner



Esto no significa que el testigo de oída o de referencia deba ser rechazado de manera absoluta, sino que debe ser valorado con otros medios de prueba de manera conjunta, ahora bien, en ningún caso, teniendo como único medio de prueba la declaración de un testigo de referencia, se puede generar con este el grado de certeza absoluta ya sea positiva o negativa en los miembros del tribunal respecto de los hechos objeto de juicio que pretenden ser probados.

El problema de los testigos de referencia radica en la casi nula eficacia demostrativa respecto de las circunstancias fácticas, ya que en la declaración, el testigo no puede acreditar el contenido de sus dichos, solo se puede acreditar verazmente lo narrado por un tercero, la persona que le contó al testigo respecto de los hechos que este declara.

En consecuencia el testimonio de referencia solo puede ser valorado eficazmente cuando existan otros medios de pruebas que puedan acreditar la veracidad de los acontecimientos ocurridos, y que fueron narrados por el testimonio de referencia, por ejemplo, la declaración del testigo directo del hecho que presenció por sus sentidos los hechos, o algún medio de prueba documental o pericial que demuestre de manera fehaciente que los hechos ocurrieron en el sentido expuesto, solo así cobrará relevancia y eficacia probatoria la declaración de referencia.

Teniendo en cuenta los vicios procesales señalados precedentemente, y los cuales no pueden ser subsanados de ninguna forma en esta etapa del proceso penal, generando así la nulidad absoluta de actuaciones, corresponde **ANULAR** la Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictado por el Tribunal de Sentencia, y en consecuencia disponer la **ABSOLUCIÓN** de los acusados **ANTOLÍN AYALA, ERICH GIMÉNEZ y ROFINO GIMÉNEZ**, de conformidad a lo previsto en el art. 474 del CPP<sup>13</sup>. En cuanto a las costas, estas deben ser impuestas a la parte vencida de conformidad al artículo 261 del Código Procesal Penal. Es mi voto.

A su turno, la Doctora PEÑA manifiesta que se adhiere integralmente al voto emitido por el Ministro proponente por los mismos argumentos.

Luz María Peña Cerdá  
Ministra

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por lo que se certifica, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

Ante mí:  
Alc. Karina Pérez  
Salvadora

Dr. Néstor Pedro Peña Cerdá  
JUECES

Dr. Néstor Pedro Peña Cerdá  
Dr. Luz María Peña Cerdá

<sup>13</sup>Art. 474. Decisión directa. Cuando de la correcta aplicación de la ley resulta la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que no cabe otra decisión, no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver, directamente sin remisión.

Scanned with CamScanner



ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: 364

Asunción, 04 de Junio de 2019.

RECURSOS  
- SUMA. 2019  
Francisco López  
A.P.D.P.J.

Los méritos del acuerdo que antecede, la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA PENAL  
RESUELVE:**

1.- **DECLARAR ADMISIBLE** para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación, planteado, por la Defensora Pública Abg. Blanca Lila Martínez Flores contra el Acuerdo y Sentencia Número 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, y contra la Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia, por las razones y con los alcances expuestos en el exordio de la presente resolución.

2.- **HACER LUGAR** al Recurso Extraordinario de Casación planteado contra el Acuerdo y Sentencia Número 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, y contra la Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia.

3.- **ANULAR** el Acuerdo y Sentencia Número 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, y la Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

4.- **ABSOLVER** por decisión directa a los acusados **ANTOLÍN AYALA, ERICH GIMÉNEZ y ROFINO GIMÉNEZ**, de conformidad a lo previsto en el artículo 474 del Código Procesal Penal.

5.- **IMPONER** las costas en el orden causado.

6.- **ANOTAR**, registrar y notificar.



Ante mí:

Luis María Rodríguez Riera  
Ministro

Dr. Juan Carlos Ramírez Cuello  
MINISTRO

Abg. Karlipa Peralta  
Secretaria

*[Signature]*  
Abg. Juan Carlos Ramírez Cuello  
Ministro

Scanned with CamScanner

Abri 2021



## REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Asociación de Defensores de Oficio del Uruguay  
ADEPU

### SENTENCIA N° 21 /2021

Montevideo, 26 de marzo de 2021

Dra. Ana I. Bueno Muñecas. Jueza Letrada

Juzgado Letrado de Familia de 12° Turno

**LEADING CASE:** protección a la infancia, derecho a la vivienda

Según The Guide to American Law, Volumen 7, West Publishing Company, Minnesota del año 1984, la expresión "leading case", hace referencia a una importante decisión judicial que es frecuentemente mencionada, que ha asentado o determinado el Derecho, que comprende los problemas envueltos en esa problemática y que se utiliza como guía para las subsecuentes decisiones que se toman.

Sin lugar a dudas la presente Sentencia, es un hito en la jurisprudencia uruguaya, no sólo porque ha significado un cambio en el paradigma que venía imperando en nuestra justicia, en donde el derecho a la vivienda no era más que una simple aspiración, sino también porque ha relevado lo que implica el verdadero concepto de "acceso a la justicia".

Eduardo J. Couture estaría orgulloso al ver que su Cuarto Mandamiento aún es escuchado y aplicado: *"Lucha. Tu deber es luchar por el derecho: pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia."*

Más allá de que el derecho es el mismo, y por tanto a nuestro entender lo que existían eran erróneas interpretaciones; hoy en día, gracias a nuevos vientos que soplan, podemos decir con orgullo: "se hizo Justicia".

**Tribunal:** Juzgado Letrado de Familia de 12° Turno



**Materia:** Derechos Humanos. Derecho de Familia (vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes). Acción de Amparo.

**Derechos involucrados:** Derecho a la Vivienda. Derecho de las niñas y niños a la Salud e Integridad física y emocional. Derecho a vivir en familia. Principio de igualdad. Acceso a la Justicia.

**Fundamentos de Derecho:**

- artículos 7, 8, 44, 45, 72 y 332 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay;
- así como en el Bloque de Constitucionalidad que también conforman los Pactos y Convenciones Internacionales, a saber:
  - Declaración Universal de Derechos Humanos,
  - Convención Americana de Derechos Humanos,
  - Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención de Americana de Derechos Humanos,
  - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,
  - Declaración de los Derechos del Niño;
  - Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones Generales Nos. 3, 4, 7;
  - Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
  - Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
  - Observación general número 4 del Comité de DESC de la ONU
  
- artículos 2, 3, 6, 7 num 3, 12, 195 Y 196 del Código de la Niñez y la Adolescencia,
- ley 13728
- ley de Amparo N° 16.011.
- ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible N° 18.308

**Breve relación de hechos**

Se trata de una familia monoparental, donde la madre Jefa de Familia y sus cinco hijos e hijas, como consecuencia de la crisis económica, perdió el lugar que constituía su vivienda, viéndose en la necesidad de ocupar un terreno en la zona de Santa Catalina, conocida como Asentamiento “Nuevo Comienzo”, ciudad de Montevideo.

Los propietarios del terreno movilizaron la vía penal contra todos los ocupantes bajo la acusación de los delitos de usurpación y hurto de energía eléctrica, que se tramitó en el Juzgado Letrado en lo Penal de 44° Turno.

En dichos obrados penales, se dispuso para la madre Jefa de Familia y en consecuencia también para sus hijos e hijas, la



“prohibición de concurrir a partir del 4 de abril de 2021 al predio rural que ocupaba, debiendo abandonar su precario ranchito.

Tanto los vecinos como la Actora, mantuvieron varias reuniones con distintas autoridades, e incluso presentaron una nota a la Ministra de Vivienda y Ordenamiento Territorial, sin obtener una respuesta que protegiera a las niñas y niños que habitaban en el Asentamiento.

Incluso el caso se presentó ante el Comité DESC de las Naciones Unidas en enero de este año. Allí el Comité le confirió al Estado Uruguayo un plazo de 2 meses para que haga sus descargos. Asimismo se le notificó que debía suspender los desalojos o en su defecto ofrecerle una solución habitacional, aunque fuere de emergencia para las familias ocupantes.

Dicha notificación fue reiterada el 24 de marzo de 2021, por parte de dicho Comité, donde se le reiteró al Estado Uruguayo la orden de suspensión de la retirada del terreno que los actores ocupan, en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

Ante la falta de respuesta por parte del Estado uruguayo a las referidas notificaciones, se inicia una acción de amparo, patrocinada por el Consultorio Jurídico de la Universidad de la República a cargo del Profesor Dr. Juan Ceretta y su Equipo de Docentes y Estudiantes de Derecho conocido como “Traficantes de ilusiones” asistiendo a la madre de los niños y Jefa de Hogar, y en donde la defensa y representación de las cinco niñas y niños estuvo a cargo de la Defensora Pública de la Defensoría de Familia de Montevideo, Dra. Sandra Iraurqui.

Ante la total ausencia de tutela al derecho a la vivienda digna que violentan el derecho de las niñas y niños a la salud e integridad física y emocional, así como al derecho a vivir en familia. Teniendo presente que el “acceso a la Justicia no solo implica el acceso a los tribunales, sino que se refiere a la posibilidad que tienen los habitantes de un país para acceder a instituciones públicas y privadas para que esta proteja sus derechos y les provean soluciones a sus conflictos. La garantía de acceso a la justicia, conforme los arts. 8 y 25 en relación a la Convención Americana de Derechos Humanos, impone al Estado una serie de obligaciones positivas destinadas a dar eficacia al ejercicio de ese derecho”, se resolvió por parte de la Magistrada hacer lugar al Amparo, ***condenando al Estado-Poder Ejecutivo- Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, a brindar en forma inmediata una solución habitacional a la parte actora, que respete los estándares de vivienda digna, en un plazo de 24 horas.***



H.S.G.D.

Montevideo, 26 de marzo de 2021

En autos caratulados:

B [REDACTED] S [REDACTED] Y OTROS C/ MINISTERIO DE VIVIENDA Y  
ORDENAMIENTOTERRITORIAL - ACCION DE AMPARO

Ficha 2- [REDACTED]35/2021

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia  
que a continuación se transcribe:

**SENTENCIA N° 21 /2021.**

Montevideo, marzo 26 de 2021.

**VISTOS:** Para Sentencia definitiva de Primera Instancia, estos autos  
caratulados: "B [REDACTED] G [REDACTED], S [REDACTED] c/ MINISTERIO DE  
VIVIENDA Y ORDENAMIENTO. AMPARO" individualizados con la IUE  
2- [REDACTED]35/2021.

**RESULTANDO:**

I

Se presentó S [REDACTED] B [REDACTED], por sí y en representación de sus  
menores hijos D [REDACTED] y T [REDACTED] C [REDACTED] B [REDACTED], L [REDACTED] y N [REDACTED]  
B [REDACTED] y L [REDACTED] C [REDACTED] B [REDACTED], promoviendo acción de  
amparo contra el Estado Uruguayo en la persona de Ministerio de  
Vivienda y Ordenamiento Territorial, expresando en forma sucinta:

La familia compareciente como consecuencia de la crisis  
económica perdió el lugar que constituía su vivienda y ante la ausencia  
de oportunidades y respuestas estatales ante la desesperación de  
quedar en situación de calle en el mes de enero de 2020, ocupó, junto  
con otras, un terreno que llevaba más de 10 años abandonado por sus  
propietarios en la zona obrera de Santa Catalina, contigua al Cerro de  
Montevideo, que hoy se conoce como Asentamiento "Nuevo Comienzo".

Abril 2021



Los propietarios del terreno movilizaron la vía penal contra todos los ocupantes bajo la acusación de los delitos de usurpación y hurto de energía eléctrica (que no contaba con conexión a la red de energía eléctrica ni agua potable) que se tramitó en el Juzgado Letrado en lo Penal de 44° Turno. En dicho expediente se dispuso para C█████ T█████, M█████ Z█████ y S█████ B█████ la “prohibición de concurrir a partir del 4 de abril de 2021 al predio rural ubicado entre las zonas calle Camino Ferres, Camino San Fuentes, Camino Burdeos y Camino DellaZoppa”, es decir abandonar los ranchitos en que habitan junto a sus familias que consta de varios niños cuyos derechos fundamentales se encuentran en riesgo. Dicha orden se agrava ante la actual situación de emergencia sanitaria que atraviesa nuestro país por el COVID 19 y el aumento exponencial de contagios.

Los vecinos de la zona recibieron en el predio y desarrollaron varias reuniones con distintas autoridades, en pro de buscar una solución a la situación. Sin perjuicio de ello, días atrás, la familia de autos presentó una nota a la Sra. Ministra, en iguales términos.

El caso se presentó ante el Comité DESC de las Naciones Unidas en enero de este año. Dicho comité le confirió al Estado Uruguayo un plazo de 2 meses para que haga sus descargos y notificándole que debía suspender los desalojos o en su defecto ofrecer una solución habitacional aunque fuere de emergencia. Con fecha 24.03.2021 hemos recibido una nueva notificación de dicho Comité donde se reiteró la orden de suspensión de la retirada del terreno que los actores ocupan en virtud del art. 5 del Protocolo Facultativo.

La urgencia, la actualidad en la lesión y la inminencia: Ante los hechos relatados la familia compareciente no puede resistir el cumplimiento de una resolución de la justicia penal, pero cumplida queda automáticamente en situación de calle, en el peor momento de la pandemia.

En definitiva, deben abandonar su rancho pero sin alternativa de tipo alguno. Los niños de esta familia el 4 de abril del año 2021 quedarán en la calle, pues el Estado no es capaz de ofrecer una solución, más que echarlos de los ranchitos que ocupan, en franca vulneración al derecho



de vivienda y a lo dispuesto por la propia ONU. La situación resulta hoy dramática y desesperante, ante la total ausencia de tutela al derecho a la vivienda digna que violentan el derecho de las niñas y niños a la salud e integridad física y emocional, así como al derecho a vivir en familia. Citan un caso, en que la Ministra de Vivienda otorgó una solución habitacional (subsidio de alquiler por 2 años) a una familia que no cumplía con ninguno de los requisitos establecidos en los planes habitacionales de la cartera, razón por la cual, no considerar la presente situación significa una flagrante violación al principio de igualdad.

Agregan relevamiento de la situación el 30 de setiembre de 2020 efectuada por la Licenciada en Trabajo Social Oliria Hernández, respecto de la familia B [REDACTED].

En cuanto a la competencia Judicial y el rol de la justicia de familia: Existe consenso en que las sentencias emergentes del Poder Judicial sólo tutelan un derecho fundamental de un sujeto que sido que ha sido vulnerado por el Estado y no sustituye al Poder Ejecutivo. Cita doctrina sobre este punto.

Para la efectivización de los derechos mencionados: a la salud e integridad física y emocional, así como el derecho a vivir en familia y a una vivienda digna. Cita a Sarlo, en cuanto al rol de los jueces en la efectivización de los derechos.

El acceso a la Justicia no solo implica el acceso a los tribunales, sino que se refiere a la posibilidad que tienen los habitantes de un país para acceder a instituciones públicas y privadas para que esta proteja sus derechos y les provean soluciones a sus conflictos. La garantía de acceso a la justicia, conforme los arts. 8 y 25 en relación a la Convención Americana de Derechos Humanos, impone al Estado una serie de obligaciones positivas destinadas a dar eficacia al ejercicio de ese derecho.

En el caso de autos nos enfrentamos a situaciones de especial vulnerabilidad de niños y niñas que están sumergidos en la extrema pobreza, los cuales a partir del 4 de abril del año 2021 quedan en



situación de calle, siendo violentados una vez más en cada uno de sus derechos a consecuencia de que el Estado es omiso en sus deberes. Estos niños y niñas junto con sus padres y madres conforman un núcleo familiar y tienen derecho a acceder a los tribunales y que se les brinde una respuesta urgente ante la situación que viven.

Es función del Poder Judicial reconocer la existencia de privación en el acceso y derechos vulnerados y urgir la adopción de las medidas necesarias para poner fin dicha vulneración.

En cuanto a la legitimación activa y pasiva: De conformidad con el art. primero de la ley 16.011 se encuentra legitimado para accionar cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que vea vulnerado o lesionado en cualquiera de sus derechos o libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución de la República, En el caso de marras, se vulnera el derecho a la vivienda, protegido constitucionalmente por los arts. 45, 72 y 332 de la Carta Magna. La situación de los niños y niñas y su núcleo familiar resulta en la actualidad asaz delicada y frágil. Son familias de contexto crítico, al que ahora se suma la crisis sanitaria que golpea con inusitada violencia.

En la actualidad no cuentan con una solución alternativa, por lo que inminentemente el 4 de abril del año 2021 pasarán a vivir en situación de calle.

El Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial perteneciente al Poder Ejecutivo Estado Mayor, es responsable de “la formulación, ejecución, supervisión y evaluación de los planes de vivienda y la instrumentación de la política nacional” (art. 3 numeral 1 de la ley 16.112) En consecuencia, dicho Ministerio es el responsable de definir e implementar políticas públicas en materia de vivienda y en consecuencia es el organismo competente para brindar una situación a la precaria situación habitacional propendiendo a la tutela efectiva de nuestros derechos fundamentales.

El 23 de marzo de 2021 se presentaron ante el MVOT 3 peticiones, una por cada núcleo familiar, pero dada la inminencia de la semana de turismo y la fecha de prohibición de ingresar al predio (4 de abril de



2021) es que debió ingresar el amparo en forma urgente pues la situación lo amerita.

Cita las normas por las cuales se lesiona el derecho constitucionalmente protegido a la vivienda: Art. 45 de la Constitución, ley 13.728, observación general número 4 del Comité de DESC de la ONU, Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible número 18.308, art. 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 26, art. 27 de la CDN, art. 25. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Todas esas disposiciones se encuentran violadas flagrantemente por el Estado Uruguayo.

Refiere a la violación del principio de igualdad, pues se otorgó ante un caso similar a una familia que había tramitado un amparo ante la Sede de Familia de 26° Turno un subsidio de alquiler por el monto de 12 UR y no otorgarlo en este caso implica un trato desigual.

Cita las normas que protegen especialmente a los niños, en especial el amparo previsto en la ley 17.823, arts. 195 y 196, arts. 2 y 12 “La vida familiar es el ámbito adecuado para el mejor logro de la protección integral. Todo niño tiene derecho a vivir y a crecer junto a su familia y a no ser separado de ella por razones económicas” Art. 27 de la CDN.

Relaciona la interdependencia de los DDHH y el principio de no discriminación.

Desarrolla la ilegitimidad manifiesta del MVOT al no tomar en consideración de manera general situaciones como la de autos.

Y puntualiza que no ha caducado la acción, cualquiera sea el plazo que se considere. Además al existir una omisión por parte del Estado existe ardua doctrina y jurisprudencia que entiende, que el acto lesivo



es continuado y por tanto dicho plazo no empieza a correr. Cita doctrina y jurisprudencia en consecuencia.

Dada la prohibición de concurrir al terreno donde radica el asentamiento a partir del 4 de abril del año 2021, la solución a brindar debe ser inmediata.

Ofrece prueba. Funda su derecho y solicita en definitiva se acoja la presente demanda, protegiendo los derechos a la vida, integridad física y psicológica de los actores, a su derecho a vivir en familia y no ser separados por razones económicas, condenando a la parte demandada, a brindar en forma inmediata una solución habitacional que respete los estándares de vivienda digna, con seguridad en la tenencia, en forma inmediata, con plazo de 24 horas, bajo apercibimiento de las sanciones económicas previstas en el art. 9 lit. c de la ley 16.011.

## II

Por auto 946/2021 de 24 de marzo del corriente, se tuvo a la actora por presentada en la representación invocada, se designó Defensa para los menores a la Defensora Pública que por turno correspondiera para la defensa de sus derechos de acuerdo al art. 8 del CNA, cometiéndose la aceptación a la oficina. Se confirió traslado de la demanda y se convocó a las partes a la audiencia de precepto, diligenciándose la prueba ofrecida. Se notificó debidamente a la actora (fs. 64), la Defensa de los niños (fs. 63) y al Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial (fs. 6 y 7)

## III

A la audiencia, compareció la actora en representación de sus menores hijos, debidamente asistida y la demandada Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial (según poderes especiales para pleitos agregados en audiencia). Así como la Curadora Defensora de los menores de autos. Los demandados contestaron la demanda en forma escrita y con el debido contralor de la actora, formando parte del acta. La Defensora de los niños asumió respuesta de expectativa. Se confirió



traslado de las excepciones opuestas. Se ratificaron de sus actos de proposición. Se intentó la conciliación. Se fijó el objeto del proceso y de la prueba. Y se procedió a la etapa de admisibilidad de la prueba. Se recabó la prueba testimonial, renunciando la demandada a la testigo pendiente. La Curadora- Defensora de los menores expidió su respuesta definitiva y las partes alegaron de bien probado, prorrogándose la audiencia para dentro de dos horas a efectos del dictado de sentencia con sus fundamentos.

**CONSIDERANDO:**

I

Se amparará la pretensión de la actora, desestimando las excepciones opuestas, según los fundamentos que se expresan a continuación:

II

**EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA:**

A juicio de esta proveyente la Sede es competente para entender y resolver el presente proceso de amparo, ya que el inc. 1ero Art. 195 del CNA dispone que “la acción para la protección de los derechos de los niños y adolescentes se regirá por la ley 16.011 de 19 de diciembre de 1988 y por las siguientes disposiciones”

Dicha norma, como lo señalan las Dras. Klett y Baluga en “El Amparo en el Derecho de Familia” Revista Uruguaya de Derecho Procesal, supone un camino inverso en cuanto a las limitaciones que establece la ley 16.011, por cuanto amplifica la legitimación, no establece excepciones para su procedencia, salvo que exista un proceso judicial pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces.

En los hechos no existe proceso judicial pendiente, excepto el proceso penal en que se impuso a la actora la prohibición de estar en el lugar luego del 4 de abril del corriente, el que no resuelve la situación



de la actora y de sus menores hijos. Lejos de ser eficaz para la protección de los derechos, agrava la situación de los niños de autos.

Según el Dr. Cavalli el art. 195 establece una presunción simple de ineficacia de los otros medios de protección, presunción que no ha sido destruida en esta litis.

En la especie, la actora B [REDACTED] y sus hijos quedan completamente desamparados luego del 4 de abril, ya que deben cumplir la resolución de fiscalía, encontrándose en situación de absoluta precariedad y pobreza, y de no ampararse la acción, lo van a estar más aún, luego de dicha fecha, pues no tienen otra solución habitacional, quedarían en situación de calle y probablemente intervenga el Estado institucionalizando a los niños, lo que debe ser la última vía, siendo casi imposible ubicar a 5 niños juntos y seguramente separándolos de su progenitora ya que no hay en el Estado previstos hogares para madres e hijos en situación de calle, por lo que la necesidad de proteger los derechos de los niños y niñas que viven en las condiciones ventiladas en autos, es inminente.

Si bien ha sido admitido por la actora que dicha fecha (4 de abril) fue pactada con Fiscalía, la misma se vio obligada a establecer una fecha de retiro para evitar ir a prisión, lo que implica un estado de necesidad.

Mediante la presente no se está violando la separación de poderes, pues el Poder Judicial sólo tutela un derecho fundamental de un sujeto que sido que ha sido vulnerado por el Estado y no sustituye al Poder Ejecutivo. En el caso, los niños y niñas de autos se encuentran violentados en su derecho a la vida digna, a la integridad física y emocional, a vivir en una vivienda digna y a no ser discriminados por su situación económica, todos derechos reconocidos expresamente en nuestra Carta, art. 7, 45, 76 y 336 de la Constitución.

Además, deben considerarse incluidos, en la cobertura proteccionista del amparo, los derechos implícitamente consagrados por la Carta, esto es, los derechos establecidos por : a) la Declaración Universal de Derechos Humanos; b) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, c) el Pacto Internacional de Derechos



Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales; d) la Convención Americana de Derechos Humanos e) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre f) la Convención de los Derechos del Niño. De conformidad con lo sostenido por Riso Ferrand en cuanto a que existe un verdadero bloque de derechos, integrado por los derechos explícitamente consagrados en el texto constitucional, que son los contenidos en el derecho internacional.

Por eso debe intervenir el Poder Judicial, para la efectivización de esos derechos y en la especie, la Sede de Familia pues los vulnerados son y serán aún más los 5 niños, que representados por su madre y asistidos por su Curadora Defensora han sido oídos, por intermedio de la misma, en este proceso.

El acceso a la Justicia no solo implica el acceso a los tribunales, sino que se refiere a la posibilidad que tienen los habitantes de un país y en especial a los más desfavorecidos, para acceder a instituciones públicas y privadas para que esta proteja sus derechos y les provean soluciones a sus conflictos. La garantía de acceso a la justicia, conforme los arts. 8 y 25 en relación a la Convención Americana de Derechos Humanos, impone al Estado una serie de obligaciones positivas destinadas a dar eficacia al ejercicio de ese derecho.

Por todo lo expuesto, entendemos que la competencia de la Sede es la correcta, dados los derechos vulnerados y amenazados de los niños y niñas, que son parte en estos autos.

#### EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD:

Cierto es, que la petición administrativa efectuada por la actora ante el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento, lo fue el 23 de marzo del corriente de acuerdo al documento agregado a fs. 25 y que aún el MVOT se encuentra en plazo para contestar.

Sin embargo, no puede alegarse que la situación es desconocida el Ministerio cuando al contestar la demanda se expresa que se realizaron reuniones desde abril del 2020 y desde julio de 2020 iniciaron la mesa de diálogo, cuando además surge de autos y expresamente lo declaró la



testigo María Inés Camy, que sostuvieron reuniones entre junio y noviembre de 2020, en las que estuvo presente y había 3 vecinos que representaban al asentamiento de Santa Catalina.

No existe un acto u hecho contrario a derecho efectuado por la MVOT, pero si ha habido omisión de dicha autoridad estatal y la misma lesiona y amenaza, con ilegitimidad manifiesta, los derechos y libertades de los niños y niñas y de la familia de autos.

Comparte la suscrita, lo expresado por la actora y la defensa de los niños, conforme doctrina y jurisprudencia en cuanto a que cuando la ilegitimidad se encuentra en una omisión, y en consecuencia el acto lesivo es continuado en el tiempo y por tanto dicho plazo no comienza a correr (En tal sentido se cita Sentencia número 158/889 redactada por el Ministro Victor Hugo Bermúdez. OCHS, Daniel. Acción de Amparo, 2da Ed. FCU, Montevideo, 2001, pág. 55).

#### IV

#### LEGITIMACIÓN PASIVA E ILEGITIMIDAD MANIFIESTA:

Es el Estado y en particular el Ministerio de Vivienda al que le competen el desarrollo de políticas sociales, planes y programas, para que todos los habitantes de la República gocen del derecho a una vivienda digna (consagrado en el art. 45 de la Constitución).

La citada cartera es la responsable de “la formulación, ejecución supervisión y evaluación de los planes de vivienda y la instrumentación de la política nacional en la materia” (art. 3 numeral 1 de la ley 16.112)

En consecuencia, es el MVOT el responsable de definir e implementar políticas públicas en materia de vivienda a través de sus diversas divisiones y programas.

Por otra parte, la ley 13. 728 sobre Plan Nacional de Viviendas en su artículo primero consagra: “toda familia, cualesquiera sean sus recursos económicos, debe poder acceder a una vivienda adecuada que cumpla el nivel mínimo habitacional definido en esta ley. Es función del



Estado crear las condiciones que permitan el cumplimiento efectivo de ese derecho"

El Ministerio de Vivienda y Ordenamiento dentro de sus programas y planes no tiene una solución concreta para la situación inminente de la Sra. B [REDACTED] y sus cinco hijos. Pues los planes planteados al contestar la demanda, muy bien explicados por la funcionaria del Ministerio María Inés Camy requieren de mínimos de ingresos y distintas condiciones y características que la Sra. B [REDACTED] no reúne: pues el alquiler con garantía de subsidio, requiere un mínimo de \$ 18.000 de ingresos y que los habitantes puedan hacerse cargo de los gastos de la vivienda, otros subsidios requieren un mínimo de ingresos de \$ 16.000 y hacerse cargo de los gastos de la vivienda, autoconstrucción requiere tener un terreno propio o de un familiar, vivienda nueva requiere mínimo de ingresos y el 8% del valor del bien para una entrega, relocalización es un programa que se ejecuta sólo si se ocupan terrenos públicos y no es el caso, en la especie, los terrenos ocupados en Nuevo Comienzo, en Santa Catalina, son privados; la atención primaria habitacional se dan derivados de INAU y MIDES, si bien la Sra. B [REDACTED] tiene tarjeta de MIDES y ahí tenido eventualmente apoyo de algún programa de INAU, nunca fue derivada por la situación de su vivienda. Asimismo, la cooperativa de ayuda mutua que eventualmente podría corresponder a la actora y su familia, requiere de licitación y tiempo, mucho tiempo como declaró la testigo mencionado.

Por tanto, no se ha probado en autos, que efectivamente alguno de los programas y planes del MVOT se adecuen a la situación de la actora, esto es una madre desocupada cuyos ingresos son la asignación familiar y la tarjeta de MIDES (Un total de \$ 4.500), jefa de hogar, con 5 niños a cargos y sin ayuda alguna de su progenitor.

Todo lo cual, surge del informe social agregado en autos, cuyo contenido y firma reconoció la licenciada Hernández.

Asimismo, la Arquitecta González, quien también reconoció el contenido del informe agregado y su firma, expresó que la situación habitacional en la que viven los niños implica un grave riesgo para su vida.



La situación de vulnerabilidad de la actora y sus hijos ha quedado probada, pues la demandada no aportó prueba en contrario.

No se desconoce la Jurisprudencia citada por la demandada en que desestiman casos con coincidencias al de autos, sin embargo esta proveyente comparte in totum las discordias de la Segunda Instancia de la Sentencia 138/2018 dictada por Tribunal de Apelaciones de Segundo Turno, redactadas por los Sres. Ministros Dres. Álvaro Franca y Tabaré Sosa, a cuya sapiencia y empatía, me remito “A la luz de lo anterior, cabe concluir que el derecho a una vivienda adecuada no es solamente una meta programática que debe alcanzarse a largo plazo, de realización progresiva teniendo en cuenta los recursos limitados del Estado. Existen obligaciones para con los sujetos especialmente vulnerables que no están sometidas a una realización paulatina...”

En dicho caso, los Ministros discordes amparan la situación de vulnerabilidad de mujeres migrantes y en la especie debe ampararse la grave situación de vulnerabilidad de los niños y niñas, cuyos derechos deben ser protegidos en autos.

Por otra parte, según surge del expediente cuyo testimonio se ha acordado, ante una situación similar, el MVOT accedió a contemplar la situación, por lo que en atención al principio de igualdad debió contemplarse la situación de la actora y sus menores hijos.

En virtud de todo lo expuesto, se hará lugar al amparo impetrado.

#### V

La conducta de las partes no amerita especial condenación (art. 56 del C.G.P).

Por los fundamentos expuestos, artículos 7, 8, 44, 45, 72 y 332 de la Constitución de la República, así como en el bloque de constitucionalidad que también conforman los Pactos y Convenciones Internacionales: Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención de Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración de los Derechos del Niño; Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones Generales Nos. 3, 4, 7;, .3, 6, 195 y ss del CNA, en



la ley 16.011 y demás normativa, doctrina y jurisprudencia citada en el cuerpo de la presente,

**FALLO:**

- I- AMPARANDO LA DEMANDA Y EN SU MÉRITO CONDENANDO AL ESTADO-PODER EJECUTIVO- MINISTERIO DE VIVIENDA Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL, A BRINDAR EN FORMA INMEDIATA UNA SOLUCIÓN HABITACIONAL A LA PARTE ACTORA, QUE RESPETE LOS ESTÁNDARES DE VIVIENDA DIGNA, CON SEGURIDAD EN LA TENENCIA, EN FORMA INMEDIATA, EN UN PLAZO DE 24 HORAS, BAJO APERCIBIMIENTO DE IMPONERSE LAS SANCIONES ECONOMICAS PREVISTAS EN EL ART. 9 DE LA LEY 16.011.
- II- DESESTIMAR LAS EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA, CADUCIDAD Y DEMÁS DEFENSAS DE FONDO PROMOVIDAS POR EL M.V.O.T.
- III- NOTIFÍQUESE ELECTRÓNICAMENTE, CÚMPLASE, EXPÍDASE TESTIMONIO Y OPORTUNAMENTE ARCHÍVESE.

Dra. Ana I. Bueno Muñecas  
Jueza Letrada



## SENTENCIA N° 43 /2019

Montevideo, 09 de abril de 2019

Dra. María Elena Emmenengger  
Juzgado Letrado de Familia de 12° Turno

Derechos Humanos. Protección a la adolescencia. Acción de Amparo. Omisión del Estado.

**Derechos involucrados:** Derecho a la Vida. Derecho a la Salud, Integridad física y emocional. Dignidad. Principio de igualdad. Acceso a la Justicia.

### **Fundamentos de Derecho:**

- artículos 7, 44, 72 y 332 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay;
- así como en el Bloque de Constitucionalidad que también conforman los Pactos y Convenciones Internacionales, a saber:
  - Declaración Universal de Derechos Humanos,
  - Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención de Americana de Derechos Humanos,
  - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,
  - Convención sobre los Derechos del Niño
  - Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia
  - Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas
  
- artículos 195 Y 196 del Código de la Niñez y la Adolescencia,
- ley 18335
- ley de Amparo N° 16.011.

### **Breve relación de hechos**

Se promueve una acción de Amparo contra el Estado (Administración Central, Poder Ejecutivo en la persona del Ministerio de Salud Pública) y contra la persona pública no estatal Fondo Nacional de Recursos, por parte de la progenitora en representación de su hija adolescente, que padece de Lupus eritematoso sistémico (LES), en mérito a la negativa de éstos a proporcionarle la medicación ( de alto costo ) prescrita por los médicos tratantes y cuyo costo no puede ser asumido por la madre, debido a sus escasos ingresos mensuales.

Se designa como Defensor de la adolescente al Dr. Bernardo Legnani, Defensor Público de la Defensoría Pública de Familia de Montevideo.



La negativa al suministro del medicamento está sustentada en la más absoluta arbitrariedad y sin fundamento científico, lo que impide injustamente el acceso a un tratamiento que le permitiría a la adolescente gozar de una mejor calidad de vida y su negativa implicaría una lesión directa al derecho a la vida y a la salud.

Siendo clara la existencia de una omisión por parte de los Organismos encargados de proporcionar la medicación necesaria para el tratamiento aconsejado por el equipo médico tratante, y estando en juego el derecho a la salud y por tanto a la vida de una adolescente; la Sra. Juez hizo lugar a la acción de amparo, **condenando al Estado-Poder Ejecutivo en la persona del Ministerio de Salud Pública y al Fondo Nacional de Recursos, a suministrar la medicación indicada dentro del plazo de 24 horas, en las cantidades prescriptas y por el plazo que requerido por su equipo médico tratante.**



Montevideo, 9 de abril de 2019

**SENTENCIA N° 43**

**VISTOS:** Para sentencia definitiva estos autos caratulados: " [REDACTED] A C/ FONDO NACIONAL DE RECURSOS Y OTRO- AMPARO" IUE: 2-15 [REDACTED]/2019.

**RESULTANDO:**

I) Con fecha 4 de abril de 2019, la Sra [REDACTED] C [REDACTED] en ejercicio de la patria potestad de su menor hija natural A [REDACTED] c, promovió acción de amparo contra la Administración Central-Poder Ejecutivo, en la persona del Ministerio de Salud Pública (MSP) y contra la persona pública no estatal Fondo Nacional de Recursos (FNR).

Sostuvo en síntesis que su hija [REDACTED] tiene 17 años de edad y padece LUPUS ERITEMATOSO SISTÉMICO (LES), el tipo más común de la especie del lupus: una enfermedad crónica y compleja que puede afectar las articulaciones, piel, riñones, entre otros órganos más, ya que provoca una inflamación generalizada y daño del tejido en los órganos afectados. Se caracteriza por ser autoinmune, lo cual quiere decir que es el propio sistema inmunológico que ataca a las células sanas por error.



\_\_\_\_\_ vive actualmente en \_\_\_\_\_, junto con su hermano menor y su madre, que se desempeña como peón rural en \_\_\_\_\_. Su padre nunca se hizo cargo de su hija y se fue a vivir a Estados Unidos.

A los 10 años de edad se le desarrolló una situación infecto sintomatológica que ocasionó que le diagnosticaran LES. A partir de allí comenzó a ser tratada con múltiples inmunodepresores, corticoides e hidroxicloroquina.

Ha tenido múltiples ingresos por empujes, requiriendo internación en CTI en dos oportunidades durante el año 2014.

Asimismo se le realizó una biopsia y se le detectaron unos anticuerpos específicos (antifosfolipídicos) por lo que recibió inhibidores de la enzima convertidora de angiotensina (IECA).

Desde el comienzo de su enfermedad y debido a la complejidad de la misma, ha sido tratada por un equipo multidisciplinario.

En la actualidad ya no responde a los tratamientos con inmunosupresores ni a corticoides a altas dosis. Ante esta situación sus médicos tratantes recomiendan como



tratamiento indicado para esta etapa de su enfermedad la utilización de RITUXIMAB.

Desarrolla una serie de estudios médicos de los cuales se desprende la eficacia del tratamiento a pacientes con nefropatía lúpica tratados con rituximab.

Agregó que la utilización de este medicamento se encuentra obstaculizada por su alto costo.

El RITUXIMAB es distribuido en nuestro país por el laboratorio ROCHE bajo el nombre comercial "MABTHERA", en presentación vial de 100 mg y 500mg y por un similar de nombre "NOVEX". Según informe, la dosis necesaria (1.000 mg día 1 y día 15 de cada mes) del medicamento Mabthera tiene un costo mensual en el entorno de \$ 75.000 más impuestos.

Los ingresos mensuales de la compareciente ascienden a la suma de \$ 15.593, careciendo de ayuda del padre y de bienes para poder afrontar el alto costo del tratamiento prescripto.

Se presentaron ante el FNR y el MSP las correspondientes peticiones del medicamento (Rituximab), el mismo fue negado por el MSP, de lo que se notificó el 7/3/2019, y sin respuesta aún del FNR.



La negativa al suministro del medicamento determina la existencia de una barrera creada por los propios demandados, sustentada en la más absoluta arbitrariedad y sin fundamento científico, que impide injustamente el acceso a un tratamiento que posibilitaría una mejor calidad de vida.

El equipo médico multidisciplinario entiende que el mejor tratamiento para la enfermedad que padece su hija, es el solicitado.

El MSP y el FNR son, trabajando en forma conjunta y coordinada, los encargados de dar respuestas a la población ante situaciones de extrema gravedad como la de autos.

El proceso de amparo es procedente en este caso concreto debido a que se está lesionando de forma actual el derecho a la vida, la salud y a la calidad de vida de Agatha.

La Constitución obliga al Estado a brindar gratuitamente los medios de prevención y asistencia a los indigentes o carentes de recursos suficientes (art. 44 de la Constitución de la República), por lo que la negativa del MSP y la no cobertura para esta enfermedad por parte del FNR, constituyen omisiones manifiestamente ilegítimas que lesionan los derechos constitucionales de su hija.



En relación a la competencia judicial señaló que el legislador atribuyó a los Juzgados de Familia la competencia en todos los casos en los cuales se tramita un amparo especial, esto es en los que se invoca una lesión a los derechos de niños y adolescentes.

Al analizar la legitimación activa expresó que la referida norma otorga legitimación a todo interesado que considere lesionado en cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos en la Constitución Nacional a niños y adolescentes. Agregó que lamentablemente su hija padece una enfermedad que amenaza con llevarse su vida y cuya única esperanza actual es el suministro de RITUXIMAB.

Con respecto a la legitimación pasiva del MSP manifestó que es responsable de dar respuesta a la problemática planteada por los medicamentos y tratamientos de alto costo y su negativa conculca el derecho constitucional a ser protegido en el goce de la salud y la vida.

El FNR también está legitimado en virtud de que integra el sistema creado para el suministro de medicamentos de alto costo. Y en el caso concreto incurre en ilegitimidad manifiesta al negar el acceso a esta droga basado en la reglamentación que ellos mismos establecen, ignorando toda la evidencia científica nacional e internacional que

existe al respecto y en la cual no se restringe el uso de Rituximab.

Por otra parte y al analizar los elementos objetivos considera:

Que estamos frente a la lesión a un derecho constitucionalmente protegido, derecho a la vida y a la salud, recogidos en la Carta e instrumentos internacionales.

Asimismo refiere al menoscabo al principio de igualdad previsto en el art. 8 de la Constitución si entendemos que sólo quienes poseen recursos económicos suficientes pueden ser tutelados en su derecho a la vida digna y a la salud.

Y finalmente refiere al derecho a la integridad y señala que el Estado ni los particulares tienen derecho a infligir dolor más allá de lo que la humanidad permite.

El accionar del MSP y del FNR configura indudablemente un trato cruel e inhumano, al no brindarse la medicación necesaria para que Agatha conserve su vida.

Para la procedencia de la acción de amparo la ley 16.011 reclama la ilegitimidad manifiesta en el accionar que menoscaba el derecho reconocido constitucionalmente. En ese sentido, la omisión del MSP y del FNR es contraria a

la norma de mayor jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico, al derecho internacional con rango constitucional que es relativo a derechos humanos y a numerosas leyes (15.181, 18.211, art. 6 y 10 de la ley 18.335 y art. 264 de la ley 17.930) que regulan el sistema de salud en nuestro país, por lo que constituye un accionar manifiestamente ilegítimo.

Destaca que no existen razones de interés general que permitan limitar el derecho constitucionalmente protegido. En este caso, no hay ley ni razones de interés general que pudieran justificar el menoscabo de los derechos de Agatha por los demandados, lo que hace indiscutible el carácter de manifiestamente ilegítimo de la omisión.

La falta de fundamento científico que justifique la negativa a financiar el tratamiento lleva a concluir que son razones de carácter económico las que derivan en este proceder.

A lo anteriormente expuesto debe agregarse el hecho de que no existen razones médicas para negar el tratamiento, lo que corrobora que el accionar de los demandados sea evidentemente ilegítimo.

Refiere a la presunción de ineficacia de otros medios de protección, tal como lo prevé el art. 195 del CNA y



sostiene que sin perjuicio de que se desprenda claramente de los hechos la ineficacia de la vía administrativa intentada ante la urgencia de la situación, la ley es clara en que la acción de amparo para la protección de niños y adolescentes procede de regla y no residualmente.

Finalmente alega que no ha operado la caducidad ya que el accionar ilegítimo de los demandados de no brindar tratamiento contra el LES configura una omisión, que como tal, tiene naturaleza continuada.

Ofreció prueba, fundó su derecho y solicitó en definitiva, se acoja la demanda, condenando a las demandadas a suministrar el medicamento en un plazo de 24 horas, de acuerdo con las indicaciones que formulen los médicos tratantes, durante todo el tiempo que estos lo establezcan; y en el caso de incumplimiento se apliquen las sanciones económicas previstas en el art. 9 lit c de la ley 16.011.

- I) Por providencia No. 1238 de fecha 4 de abril de 2019 se dispuso el libramiento del oficio solicitado, se designó Defensor a la adolescente y se convocó a las partes, a la adolescente y al Sr. Defensor a audiencia a celebrarse el día 8 de abril a las 15.45 hs.



II) La audiencia se llevó a cabo con los resultados que surgen de fs 869 y ss, habiendo comparecido la parte actora, debidamente asistida, la Adolescente [REDACTED] asistida del Sr. Defensor designado en autos y los representantes de los codemandados FNR y MSP.

En dicha oportunidad estos últimos contestaron la demanda por escrito presentado en audiencia, habiendo el MSP opuesto excepción de falta de legitimación pasiva.

El codemandado Ministerio de Salud Pública, en oportunidad de contestar la demanda sostuvo que la parte actora al recibir la negativa por parte del MSP debió de interponer los recursos contra la resolución que le negaba el suministro del medicamento.

Asimismo sostuvo que la actora no acreditó la ilegitimidad manifiesta del acto lesivo. El MSP ha actuado de forma debida, de conformidad con lo dispuesto en su Ley Orgánica No. 9202, 15181, 17930, 18211 y 18355 y sus decretos reglamentarios.

El FTM fue establecido por decreto 265/2006 ante la necesidad de establecer normas que permitan implementar eficazmente el Sistema Nacional Integrado de Salud y en virtud de los cometidos que la Constitución, la ley 9202 y la ley 17930 (art. 264) le imponen al MSP, a fin de



cumplir con el objetivo de asegurar la atención integral de la población en su totalidad. En el FIM se encuentran los diversos fármacos está reglado que algunos sean para determinadas patologías, conforme a criterios técnicos de profesionales idóneos en las materias correspondientes. Asimismo se elaboran indicaciones concretas para las cuales está registrado en el MSP el medicamento específico, se elaboran protocolos de uso, se realizan estudios costos-efectividad, lo que incluye el pronunciamiento de la Comisión Técnico Asesora, integrada por la Facultad de Medicina, de los distintos actores de salud y del MSP.

En el caso particular que nos ocupa, el Rituximab está incluido en el Anexo III del FIM para varias patologías.

El procedimiento que debe seguirse para la inclusión de nuevos fármacos en el FIM, es una actividad específicamente reglada, que se realiza en base a estudios científicos con un proceso que debe ajustarse a diversos parámetros.

El derecho a la salud y el acceso de los medicamentos de la actora, no se conculca con la negativa del suministro del mismo ya que se encuentra fuera de la protección mínima que la Constitución debe garantizar y, tampoco se conculca su derecho a la protección de la salud

garantizado legalmente (art. 1 ley 18.211) porque el mismo no se encuentra dentro de las prestaciones de salud establecidas por ley.

Asimismo agregó que de conformidad con el art. 10 del Decreto 265/006, nada le impide a la mutualista, brindar el medicamento Rituximab que requiere la menor.

El Rituximab no se incluye en el PTM para la patología que padece la menor, porque aún no hay evidencia científica suficiente que avale su incorporación para dicha enfermedad, pero sí está incluido para otras patologías.

Surge del certificado del registro del medicamento Rituximab que el laboratorio no lo registró para la patología que padece la menor de autos.

Ofreció prueba, fundó su derecho y solicitó se rechace la acción de amparo instaurada.

Por su parte el codemandado FNR, opuso la excepción de falta de legitimación pasiva. Sostuvo que se trata de una persona pública no estatal, regulada por la ley 16.343 y su decreto reglamentario 358/93 y dirigida por una Comisión Honoraria Administradora. Sus facultades están expresamente determinadas en la ley y, como persona



pública (paraestatal) se encuentra estrictamente ceñida a lo que el orden público le autoriza a realizar.

El FNR administra recursos cuyo uso está estrictamente regulado por el marco normativo vigente. Por tal razón no se encuentran habilitados legalmente para cubrir situaciones o prestaciones que no hayan cumplido con todas las exigencias que el sistema regulatorio preceptúa.

La cobertura de medicamentos por parte del FNR se regula por un régimen específico establecido a los efectos de aprobar los procesos especiales y diferentes que esta cobertura tiene respecto de la de los actos médicos que había sido tradicional del FNR. Esta nueva forma de cobertura ha operado en virtud de la aprobación del art. 313 de la ley 17930. La inclusión de medicamentos que están bajo la cobertura del FNR no es ni general ni irrestricta, e implica un proceso de evaluación científica ponderada y profunda que no puede ser dejado de cumplir ni sustituido por otros medios o trámites. Los medicamentos que pueden ser cubiertos por el FNR deben estar incorporados previamente por el MSP al formulario terapéutico de medicamentos e incluido en un Anexo que está bajo cobertura financiera del FNR. El procedimiento incluye el pronunciamiento preceptivo de una Comisión

Técnico Asesora (CTA) el cual es previo a la inclusión del medicamento en el FTM.

El medicamento cuya cobertura se solicita no ha sido incorporado por el MSP para la patología de la parte actora.

Lo referido es coherente con el sistema sanitario nacional, en la medida que la autoridad sanitaria la ejerce el MSP y éste no puede ser sustituido en ese rol por otra autoridad.

Actuando en ese ámbito es el MSP quien define los medicamentos que tendrán un financiador adjudicado (FTM) y también define las prestaciones que tendrán un financiador adjudicado (PIAS). Dichas inclusiones y para las patologías que ellas definan, son las que generan responsabilidad de cobertura. Sin esa definición tal obligación no existe.

El Rituximab ha sido incorporado por el MSP al FTM pero no para el tipo de patología que padece la actora, por lo que no puede el FNR tenerlo a su cargo.

En definitiva, sostiene que el FNR en tanto persona de derecho público que es, se rige por el principio de especialidad y no puede realizar más que aquello que le está legalmente permitido y para hacerlo, debe cumplir



con el o los requisitos que la normativa que lo regula le ha establecido. Cubrir este medicamento en las condiciones que pretende la actora significaría para el FNR apartarse de su marco regulatorio. Toda cobertura puesta a cargo del FNR debe ser, por su propia normativa rectora, de carácter general para todos los pacientes que estén en esa misma situación, no teniendo potestades para asignar fondos específicos a casos particulares.

Asimismo señala que no existe legitimidad manifiesta. No existe nada en el accionar del FNR en el caso que pueda ser tildado de ilegal y mucho menos de manifiestamente tal.

Agrega que no existe una acción u omisión del FNR, puesto que se están siguiendo todos los procedimientos establecidos, los cuales constituyen no solo una obligación legal, sino también una seguridad técnica. Si el medicamento no está incluido en el FIM que aprueba el MSP para la patología que presenta la actora, el FNR no puede sustituir a la autoridad sanitaria en sus cometidos y potestades y menos cubrir financieramente un medicamento que no cumple con los requisitos que la ley y la reglamentación exigen.

Sostiene además que no existe un derecho protegido constitucionalmente. El art. 44 no establece un derecho

sino un deber del Estado. El FNR no integra el Estado. Es una persona de Derecho Público no estatal por lo que esa obligación no lo alcanza.

Se establece para el Estado la obligación de otorgar prevención y asistencia. Este no puede ser considerado como un recurso ilimitado.

Los alcanzados por la norma constitucional no son todas las personas sino solamente "los indigentes y carentes de recursos suficientes". Para ellos el Estado deberá arbitrar las medidas correspondientes, pero no el FNR que no tiene entre sus facultades dicho arbitrio.

Ofrició prueba, fundó su derecho y solicitó en definitiva se acoja la falta de legitimación pasiva y se rechace la acción de amparo entablada.

Se cumplió con las etapas legalmente previstas, se tomó declaración a la adolescente, se diligenció la prueba, se alegó de bien probado y se convocó a audiencia de lectura de sentencia para el día 9 de abril a las 14 hs.93

#### CONSIDERANDO

- I) La Sra. A. [REDACTED] en representación de su hija A. [REDACTED] de 17 años de edad y que padece LUPUS ERITEMATOSO SISTÉMICO (LES) promovió acción de amparo contra



la Administración Central, Poder Ejecutivo en la persona del Ministerio de Salud Pública y contra la persona pública no estatal Fondo Nacional de Recursos, en mérito a la negativa de éstos a brindarle la medicación prescrita por los médicos tratantes y cuyo costo no puede asumir debido a sus escasos ingresos mensuales provenientes de su trabajo como peón rural.

El Ministerio de Salud Pública se opuso basándose en que existe otro medio administrativo y que la accionante no interpuso los recursos contra la resolución que le negaba el medicamento.

Entendió que no existe la ilegitimidad manifiesta porque el MSP ha cumplido cabalmente con lo preceptuado por La Constitución y las leyes 9202, 15181, 17930, 18211 y 18355 y sus decretos reglamentarios.

El Rituximab no se incluye en el FIM para la patología que padece la menor, porque aún no hay evidencia científica suficiente que avale su incorporación para dicha enfermedad y tampoco fue registrado por el laboratorio.

El FNR por su parte opuso la falta de legitimación pasiva y señaló que es una persona pública no estatal. Sus facultades están expresamente determinadas en la ley y se

encuentra estrictamente ceñida a lo que el orden jurídico le autoriza a realizar.

El FNR administra recursos cuyo uso está estrictamente regulado por el marco normativo vigente. Por tal razón, no está habilitado legalmente para cubrir situaciones o prestaciones que no hayan cumplido con todas las exigencias que el sistema regulatorio preceptúa. Los medicamentos que pueden ser cubiertos por el FNR deben estar incorporados previamente por el MSP al Formulario Terapéutico de Medicamentos e incluidos en un Anexo que esté bajo cobertura financiera del FNR. Y en este caso el medicamento Rituximab no ha sido incorporado por el MSP para la patología de la parte actora. Y cubrir este medicamento en las condiciones solicitadas, implicaría para el FNR apartarse de su marco regulatorio, no teniendo potestades para asignar fondos específicos a casos particulares.

II) El caso planteado deberá ser analizado a la luz de lo dispuesto por el art. 195 del CNA, que establece una acción especial de amparo, para la protección de los derechos de los niños y los adolescentes. Asimismo se preceptúa que procederá en todos los casos, excepto que exista proceso jurisdiccional pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces. Esta acción deberá ser



promovida dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión contra el que se recurre. Y con relación a la competencia, la misma es asignada a los Jueces Letrados de Familia.

Como sostuvo el Dr. Gustavo Mirabal Bentos: " La amplitud dada al acceso a la acción de amparo es mayor que la del régimen común, de momento que, por una parte, procede, genérica e irrestrictamente, para la protección de los derechos de los niños y adolescentes, a diferencia de la ley 16011 que previene que la acción corresponde en aquellos casos en que se lesionen, restringen, alteran o amenazan cualquiera de los derechos y libertades reconocidos expresa o tácitamente por la Constitución de la República.

En otro sentido, se establece una presunción relativa de que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces. Con una intención claramente amplificadora del recurso. Con estas características, la acción de amparo en materia de Familia, deja de ser el recurso excepcionalísimo previsto por la ley 16.011." (Autor cit. "Código de la Niñez y la Adolescencia." pág 433, Ed. Amalio Fernández, 2014)

Por otra parte no debe olvidarse la especialidad de la materia de protección de los derechos de NNyA, que

implica la aplicación de los principios generales que la rigen, así como los criterios de interpretación y aplicación de las normas, contenidos en los artículos 1 a 7 del CNA y que conforman la llamada Doctrina de la Protección Integral de los derechos de los NNyA, que sigue los lineamientos de la Convención de los Derechos de Niño.

III) Procede a continuación, ingresar al estudio del material probatorio diligenciado en obrados, y posteriormente analizar si la situación de autos encuadra dentro de los parámetros de la norma citada.

En ese sentido, corresponde tener presente que se adjuntó por la actora la historia clínica de [REDACTED], y del resumen de historia clínica se desprende claramente que padece de Lupus eritematoso sistémico severo, diagnosticado en setiembre de 2011 (fs 3,708-711 entre otras).

En el referido informe se consigna que "Se decide solicitar tratamiento en base a antiCD20 (Rituximab) ya que no hay respuesta a los múltiples inmunodepresores y corticoides a altas dosis. En el caso de la paciente hay compromiso cutáneo articular renal (con dos biopsias que evidencian el daño renal) y actualmente hematológico con



anemia hemolítica. El objetivo buscado con el uso de este fármaco es lograr remisión de la enfermedad y evitar la progresión del daño renal.

De la declaración testimonial de la Dra. Altieri se constata lo plasmado en el resumen de historia clínica. Es así que manifestó ser médico tratante de [REDACTED], ratificó el informe que luce agregado a fs 3 y confirmó lo allí consignado. Agregó que la medicación indicada sería beneficiosa para la joven. La finalidad de dicha medicación es bajar la dosis de corticoides que hoy en día está recibiendo y que le ha ocasionado importantes trastornos a su salud. " Si no se baja los corticoides se mantiene el riesgo de las consecuencias a nivel óseo, por su enfermedad en sí misma el objetivo del tratamiento es lograr la remisión de la enfermedad a nivel renal. Este tratamiento no puede resultar peligroso, el beneficio supera el riesgo de todo fármaco que hay que tomarlo con precaución. Soy médico internista y en Uruguay no hay una formación de enfermedades autoinmunes, pero durante toda mi carrera asistí a la Policlínica de Enfermedades autoinmunes del Hospital Maciel. Si ella fuera mi hija yo le daría esa medicación. Esta es la única medicación que existe para tratarla, este es el indicado, no hay otro medicamento que haya demostrado este beneficio. Con el Dr. Bartesaghy hemos consultado por un sistema de



videoconferencia "Teleclínicas Echo" con grupo de enfermedades autoinmunes del Hospital Maciel, integrado por médicos referentes nacionales en autoinmunidad; consultamos el caso de [REDACTED], y la respuesta, el consejo fue solicitar el Rituximab" (fs 912 vta).

A fs 5 luce agregada la solicitud realizada por la actora al FNR, requiriendo el fármaco Rituximab para su hija, de fecha 1 de abril de 2019; y a fs 7 la solicitud presentada ante el MSP con fecha 17 de enero de 2019, habiéndose notificado de la negativa el día 7 de marzo de 2019 (fs 14).

Con respecto al costo del medicamento, el mismo surge de la contestación del oficio por el Laboratorio Roche, que luce agregado a fs 868. Es así que se informó a la Sede: "Costo del medicamento: El precio de lista de : MABTHERA 100 mg 2 VIALES \$ 17.637,74, MABTHERA 500 mg 1 VIAL \$ 38.569,64".

Y en relación a la situación económica de la accionante la misma surge claramente de su recibo de sueldo agregado a fs 2, siendo que se desempeña como peón Común y percibió en el mes de marzo de 2019 por ingresos líquidos la suma de \$ 15.593.

No debe soslayarse por último la declaración de la joven brindada en audiencia, habiendo expresado que está de



acuerdo con este procedimiento para obtener el remedio. Está informada sobre el mismo, los médicos le explicaron que es beneficioso para ella y quiere recibirlo. Agregó que su familia no puede pagarlo porque no tiene los recursos suficientes y que su madre tiene dificultades para mantener la familia. No podría pagar \$ 75.000 por mes.

Asimismo se ha acreditado por parte de las demandadas que: el medicamento Mabthera se encuentra inscripto en el Ministerio de Salud Pública únicamente para linfomas no-Hodgkin y leucemia linfocítica crónica, artritis reumatoidea y Wegener (fs. 872- 879). Por lo que se desprende que el laboratorio no le registró para la patología que padece la adolescente [REDACTED].

Luce agregó a fs. 888 el Formulario Terapéutico de Medicamentos (FTM) en el cual se encuentra los fármacos suministrados bajo estricto protocolo, dentro de los cuales se encuentra el rituximab para tratamiento de linfomas no Hodgkin B y artritis reumatoidea.

En definitiva, analizadas las probanzas diligenciadas en autos y apreciadas las mismas tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de conformidad con lo dispuesto por el art. 140 del CGP, se concluye que



La joven [REDACTED] padece Lupus eritematoso sistémico severo, diagnosticado en setiembre de 2011 .

Ha recibido diversos tratamientos con inmunodepresores y corticoides en altas dosis, no habiendo obtenido respuesta satisfactoria de los mismos.

Se constató un claro compromiso cutáneo articular renal y actualmente hematológico con anemia hemolítica, por lo que el equipo médico tratante recomienda el tratamiento con RITUXIMAB con el objetivo de lograr la remisión de la enfermedad y evitar la progresión del daño renal y mejorar su calidad de vida.

Asimismo se acreditó en autos el alto costo del medicamento (\$ 75.000 mensuales más impuestos) y los escasos recursos con los que cuenta el grupo familiar. Ninguno de estos hechos fue controvertido.

Por su parte el medicamento en cuestión se encuentra inscripto en el Registro del Ministerio de Salud Pública pero no para esta patología. Así como tampoco está incluido en el FTM para el mal que padece [REDACTED].

Finalmente surge de autos la solicitud realizada al FNR sin haber obtenido respuesta al día de presentación de la demanda y la realizada al MSP, cuya negativa se le notificó a la accionante el día 7 de marzo de 2019.



IV) Corresponde por tanto, ingresar al análisis del Instituto movilizado por la accionante.

El amparo es un instituto que garantiza ya sea los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales.

Domina en esta materia el principio pro homine, el cual consagra que se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva, se trata de reconocer derechos protegidos, siendo esta vía prevista para niños y adolescentes para garantizarles esos derechos.

*"Sólo puede concebirse un ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, por ello se debe privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y por lo tanto adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano"* Clara Leite Alvez: "Acción de amparo como mecanismo de protección genérico de los derechos de las personas menores de edad" Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia": Unicef, 2012 pág 119)

El Dr. Martín Risso Ferrand por su parte señala: "La incuestionable solución de principio, en materia de



derechos humanos, es que pueden ser invocados directamente por los habitantes que podrán reclamar la tutela jurisdiccional correspondiente. El desarrollo de los derechos fundamentales condujo a la necesidad de establecer institutos (garantías) que permitieran asegurar su real efectividad en la práctica. El Estado no asume entonces un rol pasivo frente a esta problemática sino que deberá actuar teniendo por especial objetivo la búsqueda y obtención de la efectiva protección de todos los habitantes en el goce de los derechos constitucionales. En este sentido el artículo 7 de la Constitución, cuando consagra el derecho de los habitantes a ser protegidos en el goce de los derechos preexistentes, ya sienta el principio de protección, en la medida que los habitantes pueden exigir del Estado la protección correspondiente y, obviamente, esto deberá asegurar a los habitantes contra cualquier circunstancia que impida u obstaculice el pleno goce de dichos derechos." (Autor cit. "La Acción de Amparo" RUDP Procesos Constitucionales, FCU, 1ª Ed. 2018, pág 117)

Al analizar específicamente el Amparo en el derecho de Familia las Dras Klett y Baluga sostuvieron que: "Dentro del complejo y vasto mundo de las garantías de los derechos humanos se encuentra el amparo, el habeas corpus y, más modernamente el habeas data. Sin ellos, estos



derechos humanos serían... Musorias declaraciones platónicas, en la medida en que prestan protección en el momento más dramático, aquel en el que por ser inmediata la agresión, que puede causar daño irreparable, no es posible esperar el lento suceder de los procedimientos corrientes de prevención." (Aut. cit.: "RUDP- Procesos de Familia" FCU, 1ª Ed. 2014, págs. 441)

#### V) ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL AMPARO

##### Existencia de acto, hecho u omisión

El artículo 1 de la ley 16011 establece que la acción de amparo procede: "contra todo acto, omisión o echo de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución (art. 72)..."

Es clara la existencia de la omisión por parte de los Organismos encargados de proporcionar la medicación necesaria para el tratamiento aconsejado por el equipo médico tratante, en tanto se ha manifestado en forma expresa la negativa por parte del MSP, no así la del FNR quien no se ha pronunciado.

### Lesión o amenaza de lesión

Prevé la ley que el acto, hecho u omisión se debe dar en forma actual e inminente, esto es debe lesionar, restringir alterar o amenazar los derechos que son objeto de protección.

No debe olvidarse en este punto la función preventiva que también cumple el Amparo, en tanto también se pretende mediante el mismo evitar el daño así como su continuidad.

Es debido a esto que se requieren indicios serios del daño que se pueda ocasionar de no adoptarse medidas en forma inmediata, a efectos de impedir que el referido daño se torne en irreparable.

### A un derecho o libertad constitucional, salvo el habeas corpus

En el caso de marras se invoca la protección al derecho a la salud y por tanto a la vida de una adolescente de 17 años de edad.

El derecho a la salud se encuentra indisolublemente ligado al derecho a la vida, pues la no protección del primero en su cabalidad, obviamente que acarrea consecuencias negativas sobre el segundo. Ha sido clara la Dra. Altieri al declarar las consecuencias que ha

generado el tratamiento que recibe [REDACTED] actualmente por cuanto corre riesgo de infecciones, fracturas óseas y compromiso renal. De tal gravedad es la situación sanitaria de la joven, que ha sido hospitalizada en varias oportunidades, e incluso ingresada al CTI.

Y por otra parte, el no disfrute del derecho a la salud, compromete necesariamente el derecho a la dignidad humana lo que afecta el pleno desarrollo psico físico de la joven, viéndose perjudicado por tanto el "interés superior del niño".

Resultan trasladables las siguientes expresiones "Paliando cualquier diferenciación que quite efectividad a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, categoría en la que se incluye al derecho a la salud, corresponde entender a éste como uno inherente a la personalidad humana, derivado del concepto de dignidad, y que, por consiguiente, se encuentra dotado de toda caracterización como derecho fundamental, cuyo cumplimiento debe ser atendido y cuya tutela es competencia de los tribunales jurisdiccionales. El derecho a la salud se encuentra indisolublemente ligado al derecho a la vida y a la integridad física. No obstante, supone un contenido diferencial que se define por su propio término, representando una serie de acciones tendientes al logro

de su significación: sano desarrollo, aspectos de higiene y medioambientales, acceso a medios adecuados de prevención y tratamiento de enfermedades, y, en general, asistencia, control y servicios médicos apropiados. Este derecho a la salud supone, por tanto, que todos los sujetos tienen derecho a vivir en un ambiente preventivo y que asegure el sano desarrollo de la persona, así como a servirse de servicios médicos que permitan realizar controles, prevenciones y tratamientos acordes a los estándares exigidos. Por supuesto, la realización de políticas públicas y la efectiva tutela de este derecho irrogarán un gasto para la hacienda pública. Pues, ello ocurre, en iguales términos, con todos los derechos fundamentales". (María Paula Garat, "El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" pág 61).

El TAF 2 en sentencia 1/2018 expresó: "Ingresando al fondo del asunto, cabe señalar que los artículos 7 y 44 de la Constitución Nacional consagran, respectivamente, el derecho de todo habitante de la República a ser protegido en el goce de su vida y la obligación del Estado de legislar en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país, así como de proporcionar



gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes. Este derecho también está contenido en el art. 72 de la Carta, tratándose de un derecho inherente a la persona humana.

El mismo fue reconocido en el ámbito internacional en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en el numeral 1 reconoce que "...toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial (...) la asistencia médica...".

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ley 13751, en su art. 12 se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; imponiendo a los Estados fijar las medidas necesarias para la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N°16137, en su art. 24 num. 1 reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la

rehabilitación de la salud. Se consigna asimismo que los Estados se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

El art. 10 del Protocolo de San Salvador, ratificado por Ley N° 16519 dispone que toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, comprometiéndose los Estados a adoptar medidas para garantizar ese derecho.\*

Debiendo tenerse presente asimismo lo preceptuado por los arts. 6 y 7 de la ley 18.335, en cuanto establecen que toda persona tiene derecho a acceder a una atención integral, de calidad y a acceder a medicamentos de calidad.

#### Manifiesta ilegitimidad

La referida ilegitimidad debe estar expresada en la demanda y resultar claramente identificable al magistrado y debe ser asimismo inequívoca. Como señalaba Gelsi al referirse a este requisito "claramente se presenta, a lo que todos pueden advertir; un resultado de conocimiento al que se llega espontáneamente, sin requerir largos o específicos razonamientos" (Citado por Cecilia Baluga: "Procesos Constitucionales" FCU la Ed., pág 162.



Cuestionan los codemandados la existencia de la ilegitimidad manifiesta, en tanto consideran que han procedido acorde a derecho, respetando a cabalidad la normativa que regula su actuación.

Pero olvidan que el haber cumplido la normativa invocada, no los exime de responsabilidad en el sentido del claro incumplimiento de la normativa internacional ratificada por nuestro país, que conforma el bloque de constitucionalidad, así como de los preceptos constitucionales mencionados y que llevados al caso concreto, implican el respeto al derecho a la salud y a recibir el tratamiento específicamente recomendado para proteger la salud, la vida y la dignidad de [REDACTED].

En este sentido se pronunció el TAF 1 sentencia 58/2019 "El agravio de la ausencia de ilegitimidad manifiesta se desestima al amparo de las leyes de creación del sistema nacional integrado de salud y sus objetivos.

Viera, señala que, para saber si un acto es o no ilegítimo, hay que verificar si es correcto de acuerdo a las normas que lo regulan, es decir, es un examen de juridicidad, no de conveniencia o de oportunidad (cf. autor citado, La ley de Amparo, Ed. Idea, Montevideo, 1989, p. 22).



Se supone ser un sistema integrado precisamente para la atención de la salud de la población en forma igualitaria, para que no dependa el acceso a las posibilidades económicas de los usuarios. Integrado y solidario con el aporte de todos al FONASA para la atención de los menos favorecidos.

Cuyo objetivo debe entenderse reforzado en el caso de niños y adolescentes cuyo interés es primordial, integrando armónicamente la Convención sobre los derechos del Niño que también es ley, derecho positivo en Uruguay.

Todas las normas indicadas al inicio del Considerando II, de este pronunciamiento, son desconocidas con el proceder de la Administración en este caso concreto, además del consagrado derecho a la vida, de igualdad..."

#### Inexistencia o ineficacia de otros medios

Como lo señaló el Dr. Bernardo Legnani : " ...el amparo sólo puede ser recepcionable cuando no medien otros medios judiciales o administrativos para garantizar el derecho o si existieran los mismos fueran claramente ineficaces para protegerle, como sucede con el retardo en que se incurre al requerirse el previo agotamiento de la vía administrativa a espera de su sustanciación y a través de la interposición de los recursos



administrativos pertinentes y a la resolución a su respecto" ("Manual Básico de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones..." La Ley, pág. 253).

No asiste razón al codemandado MSP cuando advirtió que la accionante no recurrió administrativamente la resolución que le negó la medicación. Obviamente esta vía hubiera resultado absolutamente ineficaz, en este caso en el que la misma debe ser brindada en forma inmediata a efectos de revertir la enfermedad y las consecuencias negativas de la administración de corticoides explicada por la médica tratante en audiencia, siendo que se encuentra en riesgo el derecho a la vida.

#### ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL AMPARO

##### Competencia

La Competencia del Juzgado Letrado de Familia surge claramente del citado artículo 195, no existiendo dudas al respecto, por tratarse de un amparo que protege especialmente los derechos de los niños y adolescentes.

##### Capacidad y legitimación activa

En el caso de autos, tratándose de una adolescente de 17 años, la misma ha sido legalmente representada por su madre. El alcance subjetivo que establece la ley al



respecto son las personas menores de 18 años de edad, por lo que niños y adolescentes son en este caso sujetos de intervención preceptiva, debiendo respetarse las previsiones de los arts 8 CNA y 12 CDN), por lo que se cumplió con la designación de defensor de la joven, quien se entrevistó con la misma y la asistió en audiencia.

Con respecto a la legitimación activa, es clara la norma al prescribir que podrá ser deducida la acción por cualquier interesado, no surgiendo dudas en el caso, el interés de la promotora en recibir la medicación prescrita por sus médicos tratantes.

#### Legitimación pasiva

Se entiende que ambos codemandados tienen legitimación pasiva en este caso, en tanto a ambos les corresponde tutelar la salud de los habitantes de nuestro país.

Con relación al MSP, resultan trasladables las expresiones vertidas por el TAF 2° en Sentencia No. 1/2018, en cuanto sostuvo: " Ahora bien, analizando la correlativa obligación del Estado, cabe señalar con Delpiasso ( Régimen de Prestación Pública en obra colectiva Régimen Jurídico de Asistencia a la Salud, págs. 85 y ss.) que históricamente fue el Ministerio



de Salud Pública quien tuvo atribuida competencia referente a los cometidos estatales de higiene pública y asistencia a la salud (arts. 2 y 3 de la Ley 9202). En materia de asistencia, la Ley orgánica establecía que "compete al MSP, la organización, administración y funcionamiento de los servicios destinados al cuidado y tratamiento de los enfermos y la administración de los establecimientos destinados a la protección de incapaces y menores desamparados, que no quedaren sujetos a la protección del Ministerio de Protección de la infancia". Tradicionalmente esas tareas fueron cumplidas principalmente por el M.S.P. a través de su unidad Ejecutora ASSE, la que fuera creada como servicio desconcentrado dependiente del Ministerio por el art. 267 de la Ley N°15903. La misma tenía como cometidos principales: "la administración de los establecimientos de atención médica del Ministerio de Salud Pública" (art. 269) y la organización de la "atención de primer nivel" (art. 270). Asimismo, la citada ley establecía que "las prestaciones de nivel superior de la Administración de Servicios de Salud del Estado (ASSE), podrán realizarse mediante servicios propios o a través de su encargo a instituciones privadas a su costo, siempre que ello resulte en una satisfactoria calidad de los servicios, sea más económico que prestarlos

directamente y estén insertos en las normas y modalidades establecidas por el Ministerio de Salud Pública.

Operada la descentralización de ASSE y su institución como Servicio Descentralizado (Ley N°18161 de 8 de agosto de 2007), el papel del MSP en materia asistencial quedó limitado a los roles de asesor, controlador y conductor de la política sectorial en materia de salud. En este sentido, la Ley N°18211 de 13 de diciembre de 2008 que instauró el Sistema Nacional Integrado de Salud estableció que compete al MSP "elaborar las políticas y normas conforme a las cuales se organizará y funcionará el Sistema Nacional Integrado de Salud y ejercer el contralor general de su observancia" (art. 5 lit. a)) y "aprobar los programas de prestaciones integrales de salud que deberán brindar a sus usuarios los prestadores públicos y privados que integren el Sistema Nacional Integrado de Salud, y mantenerlos actualizados de conformidad con los avances científicos y la realidad epidemiológica de la población" (art. 5 lit.e).

Asimismo, en el art. 7 se establece que "...El Ministerio de Salud Pública aprobará un formulario terapéutico único de medicamentos que contemple los niveles de atención médica y establecerá la obligatoriedad de la prescripción por denominación común internacional según sus principios



activos; racionalizará y optimizará los procesos de registro de medicamentos y fortalecerá las actividades de inspección y fiscalización de empresas farmacéuticas y la "farmaco vigilancia".

Posteriormente, por Ley 18155 de 15 de agosto de 2008 se explicitaron los derechos de los pacientes y usuarios, consignándose en el art. 5 que toda persona tiene derecho a acceder a una atención integral que comprenda aquellas acciones destinadas a la promoción, protección, recuperación, rehabilitación de la salud y cuidados paliativos, de acuerdo a las definiciones que establezca el MSP. En el art. 7 se establece que todo paciente tiene derecho a una atención en salud de calidad con trabajadores de la salud debidamente capacitados y habilitados por las autoridades competentes así como de "acceder a medicamentos de calidad, debidamente autorizados por el Ministerio de Salud Pública e incluidos por éste en el formulario terapéutico de medicamentos y a conocer los posibles efectos colaterales derivados de su utilización". Asimismo, en el art. 10 se consigna que: "El Estado garantizará en todos los casos el acceso a los medicamentos incluidos en el formulario terapéutico de medicamentos.

Todas las patologías agudas o crónicas, transmisibles o no, deben ser tratadas, sin ningún tipo de limitación,

mediante modalidades asistenciales científicamente válidas que comprendan el suministro de medicamentos y todas aquellas prestaciones que componen los programas integrales definidos por el Ministerio de Salud Pública de acuerdo con lo establecido por el artículo 45 de la Ley N°18211 de 5 de diciembre de 2007. Los servicios de salud serán responsables de las omisiones en el cumplimiento de estas exigencias". (el subrayado es propio)."

En cuanto a la alegada falta de legitimación pasiva invocada por el Fondo Nacional de Recursos, se entiende que siendo integrante de la Comisión Asesora del FTM se encuentra legitimado pasivamente en autos puesto que interviene en la determinación de los medicamentos que integran el FTM y que el mismo Fondo debe proporcionar.

Con respecto a este punto se pronunció el IAF 1° en sentencia 58/2019: "En efecto, el FNR es persona pública no estatal regulada por Ley 16343 y Dec-regl. 358/93. Se encuentra dirigido por una Comisión Honoraria Administradora que determina las afecciones, técnicas y medicamentos que estarán cubiertos por el FNR.

Cabe agregar que por Decreto 130/2017 se reglamenta el Formulario Terapéutico de Medicamentos (FTM) y en su art. 5 se ratificó la creación de la Comisión Asesora del



Formulario Terapéutico Nacional que se denominará Comisión Asesora del Formulario Terapéutico de Medicamentos. En el art. 6 estableció su integración: tres representantes titulares y alternos del MSP, uno de los cuales la presidirá y tendrá doble voto; un representante titular y alterno del MEF; un representante titular y alterno del FNR; un representante titular y alterno de ASSE; dos representantes de IAMC, uno de Montevideo y otro del interior.

De las referidas normas no cabe sino inferir que el FNR, en su calidad de integrante de la Comisión Asesora del FTM se encuentra legitimado pasivamente en autos siendo que interviene en la determinación de los medicamentos que integran el FTM y que el propio Fondo debe proporcionar. Su accionar es manifiestamente ilegítimo al no brindar la cobertura fundado en razones meramente formales, atentando por omisión contra el derecho a la salud de la adolescente y en consecuencia su vida."

#### Caducidad de la acción

Se entiende que no ha operado la caducidad invocada del accionamiento, en tanto, tratándose de una omisión que se continúa en el tiempo y se reitera día a día, resulta



imposible determinar el momento de su finalización a efectos de computar el plazo de treinta días.

Con respecto a la caducidad, Et TAF 2 en sentencia No 1/2018 sostuvo: "*En relación al agravio relativo a la caducidad, tampoco será acogido. En efecto, si bien el art. 195 referido en su inciso cuarto impone que: "Deberá ser promovida dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión contra el que se recurre", entiende la Sala que, en el caso, no es posible computar con certeza el plazo de caducidad tratándose de un supuesto de ilícito continuado. En ese sentido se ha pronunciado el TAC 6° en sentencia N°200/2012 ( c.516 RUDP 2/2014)*".

Al analizar el punto, el Dr. Rizzo Ferrand entendió que el criterio correcto para interpretar el artículo 4 de la ley 16.011 es el que busca proteger en la mejor medida el derecho. " Y si así se hace, en muchísimos casos, se podrá superar la cuestión advirtiendo que la lesión se sigue produciendo o se reitera cada día. Uno de los casos típicos en que ocurre esto es en los amparos médicos cuando se solicita un medicamento de alto costo. Es frecuente que la persona, que está enfrentando una enfermedad terminal o crónica por lo que no estará ni él ni su familia en su mejor estado de ánimo, desde que el

Fondo Nacional de Recursos le notifica que no le brindará el medicamento busque infinitas alternativas y cuando recurre al abogado el plazo está vencido. Pero esto no podrá ser obstáculo para el Juez, ya que la lesión del derecho se sigue produciendo cada día en que el Estado mantiene su negativa. Así, cada día en que el Estado no entregue el medicamento nacería otro plazo que habilitaría la acción de amparo". (Autor cit. ob cit, pág 132)

VI) Se ha dado cumplimiento al art. 8 del CNA y art 12 de la CDN en cuanto disponen que todo niño tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

Es así que [REDACTED] declaró en audiencia, debidamente asistida del Sr. Defensor que le designara la Sede y expresó claramente su voluntad, con un grado de madurez acorde a su edad y demostrando conocimiento respecto a las implicancias del presente trámite.

VII) Esto conlleva necesariamente tener presente la autonomía progresiva de la voluntad. (Párrafo 16 de la Recomendación General No. 12 del Comité de Derechos del Niño, Acordada 7646, Reglas de Brasilia)

Como señaló la Suprema Corte de Justicia: "En reciente Observación General No 12 del Comité de Derechos del Niño



de Naciones Unidas, se ha señalado en dirección similar:  
20. "Los Estados Partes asegurarán el derecho a ser oído a todos los niños capaces de formarse su propia opinión". Esta frase no debe ser vista como una limitación, sino como una obligación para los Estados Partes para evaluar la capacidad del niño para formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Esto significa que los Estados Partes no pueden comenzar con la suposición de que un niño es incapaz de expresar su o sus propias opiniones. Por el contrario, Los Estados Partes deberían asumir que un niño tiene la capacidad de formar su o sus propias opiniones y reconocer que él o ella tiene derecho a expresarlas...

28 La opinión del niño debe ser "debidamente tenida en cuenta en función de la edad y madurez del niño".

Esta cláusula refiere a la capacidad del niño, que ha de ser evaluada a fin de dar el peso debido a su o sus puntos de vista, o para comunicarse con el niño la manera en que esas opiniones han influido en el resultado del proceso. El art. 12 establece que simplemente escuchar a los niños es insuficiente, la opinión del niño tiene que ser considerada seriamente cuando el niño es capaz de formar su o sus propias opiniones.

Al exigir que se valore la opinión de conformidad con la edad y madurez, el art. 12 deja claro que la edad por sí



sola no puede determinar la importancia de puntos de vista de un niño. Los niveles de comprensión de los niños no son uniformemente relacionados con su edad biológica. La investigación ha demostrado que la información, la experiencia, el medio ambiente, las expectativas sociales y culturales, y los niveles de apoyo, todo contribuye al desarrollo de las capacidades de un niño a formarse una opinión. Por esta razón, las opiniones del niño deben evaluarse caso por caso.

La madurez se refiere a la capacidad de comprender y evaluar las implicaciones de un asunto en particular, y por lo tanto deben ser considerados al determinar la capacidad individual de un niño.

La madurez es difícil de definir. En el contexto del art. 12, es la capacidad de un niño a expresar su o sus opiniones sobre cuestiones de una manera razonable e independiente. El impacto de la cuestión en el niño también debe tenerse en cuenta. Cuanto mayor es el impacto de los resultados en la vida del niño, más relevante sea la adecuada evaluación de la madurez de ese niño" (Sentencia 126/2015)

VIII) A continuación, conviene introducirse en el análisis del concepto jurídico "interés superior del niño" a efectos de poder determinar que para este caso concreto, la forma de proteger dicho interés se ve



reflejado en brindarle a [REDACTED] el tratamiento adecuado a su patología. Debiendo tenerse especialmente en cuenta las recomendaciones de sus médicos tratantes, que siguen el caso desde hace años. En este punto fue clara la Dra. Altieri al declarar en audiencia que el tratamiento que recibe actualmente no ha dado resultados favorables, generándole afección renal y ósea, debido a los corticoides, lo que se pretende disminuir con el uso del medicamento prescripto: Ruximab.

Como lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE, Sentencia de 24 de febrero de 2012

*"108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados*



especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección"

En definitiva, se entiende que la forma de proteger en el caso a estudio el interés superior de [REDACTED] es brindarle en forma inmediata la medicación que su equipo médico recomendó, para evitar los efectos secundarios que acarrea el tratamiento actual y que comprometen seriamente su calidad de vida, su salud y ponen en riesgo el derecho a la vida de la joven.

De esta forma se asegura el respeto a su dignidad y se propicia el desarrollo físico e intelectual, así como el pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

IX) El Distinguido Sr. Defensor de la adolescente, Dr. Legnani, se refirió a las Convenciones Internacionales ratificadas por nuestro país, especialmente la CDN, que recogen el derecho a la Salud de NNyA y señaló, con acierto, que todas esas normas internacionales, que resguardan derechos humanos, revisten asimismo rango constitucional, en tanto ingresan a nuestro ordenamiento jurídico por la vía del art. 72 de la Carta, tal como lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia a partir de su sentencia No. 365/09. Asimismo expresó que "el derecho a la salud de todos los habitantes, así como el deber del

Estado de garantizarle no admite excepción ni restricción alguna". Y en definitiva, luego de analizar la responsabilidad de los organismos codemandados, concluyó: "es incuestionable que la actitud del Estado en este caso determina su incursión en responsabilidad, por infringir el derecho a la salud del que es titular la adolescente de autos." Por lo que concluyó que corresponde contemplar la pretensión planteada por la parte actora (fs 900 y ss).

X) En definitiva, los codemandados no han controvertido la patología invocada, la medicación recomendada por el equipo médico ni la situación económica de la accionante.

El Rituximab ha sido incorporado al FTM para otras patologías, pero en este caso le niega la posibilidad de su administración a la accionante, fundado en la estricta aplicación de la leyes y decretos, vulnerando así los derechos contenidos en la Carta que garantizan el derecho a la salud los habitantes.

Se concluye que las Instituciones demandadas han incurrido en un actuar ilegítimo al haberle negado a [REDACTED] el medicamento recomendado por el equipo de médicos especialistas, que de acuerdo a los que surge de los informes y de lo declarado en audiencia por integrante de dicho equipo, es el único idóneo al día de



hoy para el tratamiento de su enfermedad vulnerando de esa forma sus derechos a la vida, a la salud y a tener una vida digna, derechos éstos que el Estado tiene la obligación de garantizar, habiéndose fundado en la aplicación de normas de carácter legal y reglamentaria, lo que echa por tierra los preceptos de rango constitucional, que regulan los derechos humanos.

El acceso al sistema de Salud de los NNyA y en este caso particular a la medicación solicitada es un derecho que debe atenderse por el Estado en forma prioritaria, sin dilaciones y sin que se le cercene el mismo mediante la imposición de barreras burocráticas insuperables.

Es así que el suministro del medicamento necesario para la salud de un NNyA debe brindarse en forma inmediata y prioritaria, no pudiendo negarse el mismo fundado en razones de índole administrativa, basados en la no inclusión del medicamento en un registro que las propias codemandadas participan en la determinación de su inclusión.

Por las razones expuestas, las normas legales citadas y la ley 16011, arts 197 CGP

**FALLO:**



POR DESESTIMAR LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DEL FNR.

HACIENDO LUGAR A LA DEMANDA DE AMPARO Y, EN SU MÉRITO, CONDENANDO AL ESTADO-PODER EJECUTIVO EN LA PERSONA DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y AL FONDO NACIONAL DE RECURSOS, A SUMINISTRAR A LA REPRESENTANTE LEGAL DE A [REDACTED] O, EL MEDICAMENTO RITUXIMAB, DENTRO DEL PLAZO DE VEINTICUATRO HORAS, EN LAS CANTIDADES PRESCRIPTAS Y POR EL PLAZO REQUERIDO POR SU EQUIPO MEDICO TRATANTE, BAJO APERCIBIMIENTO DE IMPOSICIÓN DE CONMINACIONES ECONÓMICAS.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.

Dra. María Elena Emmenegger

Jueza Letrada de Familia



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
DEFENSA PÚBLICA



## VENEZUELA

**SENTENCIA 142 DE FECHA 20/03/2014. SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. NORMATIVA LEGAL: ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. ASUNTO: SOLICITUD DE REVISION CONSTITUCIONAL. DESCRIPTORES: RECURSO, ORDEN PÚBLICO, DERECHOS HUMANOS.**

### TITULO

Recurso de Revisión Constitucional, de la sentencia dictada, el 16 de abril del año 2002, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró con lugar la solicitud de estabilidad laboral que había sido interpuesta por el solicitante ciudadano Roderick Alejandro Méndez Pizzano, en contra el Instituto de Crédito y Asistencia al Transporte Amazonense (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD) la cual el aludido Juez erró en no tomar en cuenta los cálculos los aumentos decretados por el Ejecutivo Nacional durante el tiempo del reclamo. La Defensa Pública ejerció la representación en el recurso de Revisión Constitucional.

### SÍNTESIS LEGAL

Recurso de Revisión Constitucional asistido por la abogada **Teresa Elizabeth López Cruz**, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el n.º 76.244, en su carácter de Defensora Pública Primera con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional conforme designación efectuada, según Resolución N° DDPG-2010-0234 de fecha 03 de diciembre de 2010, con fundamento en los artículos 49 y 257, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

### RESUMEN DE DATOS

En fecha 16 de abril del año 2002, el extinto Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó una sentencia, declarando **CON LUGAR** la solicitud de calificación de despido interpuesta por el ciudadano **RODERICK ALEJANDRO MENDEZ PIZZANO** contra el INSTITUTO DE



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
DEFENSA PÚBLICA



CRÉDITO Y ASISTENCIA AL TRANSPORTE AMAZONENSE (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD). En consecuencia, se ordeno a la demandada, a reenganchar al trabajador a su puesto de trabajo, en las mismas condiciones en que se encontraba al momento de ser despedido; es decir para el día 06 de noviembre de 2000, para continuar la relación de trabajo que se inició en fecha 15 de septiembre de 1998.

Asimismo se le ordeno a la demandada vencida en este proceso, pagarle los salarios caídos al accionante a razón de bolívares (Bs. 4.566,66) diarios, desde el día de su despido, es decir, desde el 09 de noviembre de 2000 hasta su efectivo reenganche, que, en virtud a que la sentencia objeto de revisión constitucional, vulnera principios como la igualdad ante la Ley, tutela judicial efectiva y la protección del Estado al trabajo, referidos a la progresividad de los derechos y al principio in dubio pro operario, y dejó de observar los criterios jurídicos antes expuestos, referidos a que el pago de salarios caídos deben de ser calculados, incluyendo los aumentos decretados por el Ejecutivo Nacional. Dicha omisión no fue corregida a favor del trabajador, sino por el contrario, ha lesionado los derechos a la igualdad ante la ley, de acceso a la justicia, a una tutela judicial efectiva, al trabajo, a la progresividad y al principio in dubio pro operario que reconocen los artículos 21, 26 y 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto "...la sentencia objeto de revisión no tomó en consideración que los salarios caídos se calculaban en base al salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional. De modo que, la presente Solicitud de Revisión Constitucional, pretende que sea analizada la sentencia dictada en fecha 16 de abril del año 2002, proferida por el entonces Juzgado Cuarto de Primera Instancia del trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, expediente N° 22462, específicamente en cuanto al criterio de interpretación de la norma para el cálculo de los salarios caídos.

Ahora bien, como quiera que en el presente caso el Extinto Juzgado Cuarto de Primera Instancia del trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 16 de abril del año 2002, se pronuncio en relaciona a la Demanda realizada por el ciudadano **RODERICK ALEJANDRO MENDEZ PIZZANO**, la cual fue declarada con Lugar solo que dicha sentencia dejo al demandante en estado de desigualdad ante la ley.



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
DEFENSA PÚBLICA



### JUSTIFICACIÓN

En el marco del Recurso de Revisión Constitucional, donde la Defensa Pública pretende que sea declarada con lugar el presente recurso, toda vez que el mismo en fecha 16 de abril del año 2002, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas se pronunció declarando con lugar la solicitud de estabilidad laboral que había sido interpuesta por el ciudadano Roderick Alejandro Méndez Pizzano en contra el Instituto de Crédito y Asistencia al Transporte Amazonense (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD) la cual el aludido Juez erro en no tomar en cuenta los cálculos los aumentos decretados por el Ejecutivo Nacional durante el tiempo del reclamo.

Dicha omisión no fue corregida a favor del trabajador, sino por el contrario, ha lesionado los derechos a la igualdad ante la ley, de acceso a la justicia, a una tutela judicial efectiva, al trabajo, a la progresividad y al principio in dubio pro operario.

Al respecto, es menester precisar que el Recurso de Revisión Constitucional es un medio extraordinario de impugnación, de carácter excepcional, por medio del cual se somete a la consideración del Juez Constitucional una controversia ya resuelta por otro Tribunal de la República mediante sentencia pasada en Autoridad de Cosa Juzgada.

Ahora bien, es un recurso extraordinario por el hecho de que no constituye, para la materias cuyas sentencias son susceptibles de revisión, una nueva instancia, lo que nos abre la puerta para mencionar otra característica: solo procede en caso de sentencias definitivamente firmes, lo que en vista de la discrecionalidad, resguarda el derecho a la tutela judicial efectiva, desde que el postulado de la doble instancia ha sido observado.

Determinado el anterior criterio jurisprudencial, La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en el artículo 336 las atribuciones de la Sala Constitucional en 11 numerales y el único numeral en específico el numero 10 que reenvía de manera expresa la regulación de los términos del ejercicio de la competencia, es precisamente la referida a la potestad de revisar sentencias, cuando señala que



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
DEFENSA PÚBLICA**



deberá hacerlo "...en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva. Sobre esta potestad la Asamblea Nacional ha legislado parcialmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 5º numeral 4º, ampliando los supuestos de revisión de sentencias, no estableciendo esta vez, como si lo hace la Constitución, que se trate sólo de sentencias definitivamente firmes. El mencionado artículo tiene el texto que sigue: La Revisión Constitucional de las Sentencias definitivamente firmes.

Toda vez que el Recurso de Revisión Constitucional es una garantía de derechos humanos que tienen las partes en el proceso como Derechos.

#### **CONCLUSION**

En definitiva, la Defensa Pública logro con el presente Recurso, garantizarle a la ciudadana **RODERICK ALEJANDRO MENDEZ PIZZANO**, al haber obtenido como resultado del mismo el pronunciamiento de la sala de la siguiente manera: 1) HA LUGAR a la solicitud de revisión constitucional interpuesta por el ciudadano Roderick Alejandro Méndez Pizzano, de la decisión dictada, el 16 de abril de 2002, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró con lugar la solicitud de calificación de despido interpuesta por el ahora solicitante Roderick Alejandro Méndez Pizzano, en contra el Instituto de Crédito y Asistencia al Transporte Amazonense (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD. (2) En consecuencia, se anula el acto de juzgamiento objeto de revisión y todos los demás actos que fueron dictados en fase de ejecución de sentencia por el Juzgado Cuadragésimo Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y 3) se repone la causa al estado en que el Juzgado de Primera Instancia de Juicio de la misma Circunscripción Judicial, que resulte competente por distribución, pronuncie nuevo fallo, con sujeción al criterio que se estableció en el presente acto jurisdiccional.

Esto produjo para el usuario de la Defensa Pública un estado de indefensión y por ende una violación del debido proceso como Derechos Humanos garantizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 7 y 8.



**Magistrada Ponente: GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO**

Consta en autos que, el 15 de julio de 2013, el ciudadano RODERICK ALEJANDRO MÉNDEZ PIZZANO, titular de la cédula de identidad n.º 14.666.283, asistido por la abogada Teresa Elizabeth López Cruz, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el n.º 76.244, en su carácter de “Defensora Pública Primera (1º) con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional (...), conforme designación efectuada, según Resolución N° DDPG-2010-0234 de fecha 03 de diciembre de 2010”, solicitó, ante esta Sala Constitucional, la revisión de la sentencia dictada, el 16 de abril de 2002, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró con lugar la solicitud de estabilidad laboral que había sido interpuesta por el ahora solicitante -ciudadano Roderick Alejandro Méndez Pizzano- contra el Instituto de Crédito y Asistencia al Transporte Amazonense (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD).

El 16 de julio de 2013, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

Mediante auto n.º 1338 del 16 de octubre de 2013, esta Sala Constitucional ordenó al Juzgado Cuadragésimo Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que remitiera a esta Sala copias certificadas de todo el expediente n.º AH23-S-2000-000064, correspondiente al procedimiento -en fase de ejecución de sentencia- que fue incoado por el ciudadano Roderick Alejandro Méndez Pizzano- contra el Instituto de Crédito y Asistencia al Transporte Amazonense (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD), por calificación de despido, por cuanto desde que se dictó la sentencia objeto de revisión (16 de abril de 2002, la cual se encuentra definitivamente firme), hasta el actual momento, han transcurrido más de once (11) años, sin que constara en autos todas las actuaciones de las partes, que sirvan de fundamento para dictar una decisión ajustada a derecho.

El 17 de octubre de 2013, en virtud de la licencia otorgada al Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, se reconstituyó la Sala Constitucional de la siguiente manera: Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, en su condición de Presidenta, Magistrado Juan José Mendoza Jover, como Vicepresidente, y los Magistrados: Luisa Estella Morales Lamuño, Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio de Jesús Delgado



Rosales y Luis Fernando Damiani Bustillos, según consta del Acta de Instalación correspondiente.

El 21 de noviembre de 2013, mediante Oficio n.º 18.098/2013 del 12 de noviembre de 2013, la Juez Cuadragésimo Cuarto de Sustanciación, Mediación y Ejecución Transitorio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, remitió copia certificada de las actuaciones requeridas por esta Sala.

El 20 de enero de 2014, la Defensora Pública Provisoria Primera con competencia para actuar ante esta Sala, según Resolución n.º DDPG-2010-0234 del 3 de diciembre de 2010, abogada Teresa Elizabeth López Cruz, en representación judicial del solicitante, ratificó el interés procesal y pidió a esta Sala pronunciamiento respecto de la solicitud de autos.

En reunión del 5 de febrero de 2014, convocada a los fines de la reincorporación a la Sala del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, en virtud de haber finalizado la licencia que le fue concedida por la Sala Plena de este máximo Tribunal para que se separara temporalmente del cargo, por motivo de salud, esta Sala quedó constituida de la siguiente manera: Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, en su condición de Presidenta, Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, como Vicepresidente, y los Magistrados: Luisa Estella Morales Lamuño, Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio de Jesús Delgado Rosales y Juan José Mendoza Jover.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones:

## I DE LA PRETENSIÓN DEL SOLICITANTE

### 1. Alegó que:

1.1 El "16 de abril de 2002, el extinto Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó una sentencia, declarando CON LUGAR la solicitud de calificación de despido interpuesta por el ciudadano RODERICK ALEJANDRO MENDEZ PIZZANO contra el INSTITUTO DE CRÉDITO Y ASISTENCIA AL TRANSPORTE AMAZONENSE (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD), la referida sentencia señaló:

'En consecuencia, se ordena a la demandada, reenganchar al trabajador a su puesto de trabajo, en las mismas condiciones en



que se encontraba al momento de ser despedido; es decir para el día 06 de noviembre de 2000, para continuar la relación de trabajo que se inició en fecha 15 de septiembre de 1998.

Asimismo se le ordena a la demandada vencida en este proceso, pagarle los salarios caídos al accionante a razón de bolívares (Bs. 4.666,66) diarios, desde el día de su despido, es decir, desde el 09 de noviembre de 2000 hasta su efectivo reenganche con exclusión de los períodos que más adelante se discriminarán.

A los efectos del pago de los salarios caídos, siguiendo el criterio establecido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en fecha 28 de noviembre de 1996, en cuanto al lapso computable para la corrección monetaria, aplicando analógicamente en este proceso, se excluye del pago de salarios caídos a favor del accionante, los siguientes períodos: UNICO: Desde el 23 de noviembre de 2000 hasta el día 09 de julio de 2001, por inactividad procesal imputable a la parte actora”.

1.2 El 1° de abril de 2004, “el abogado judicial (sic) del Instituto presentó ante el Tribunal una diligencia mediante la cual señaló:

‘En este sentido el Instituto que represento ofrece en esta oportunidad por mandato de sentencia de fecha 16-4-2002 reenganchar al ciudadano Roderick Alejandro Mendez (sic), identificado en auto en su actividad como trabajador del Instituto a partir de la presente fecha”.

1.3 El 18 de septiembre de 2012, “el Tribunal Cuadragésimo Cuarto de Sustanciación, Mediación y Ejecución Transitorio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, dictó un auto en el cual señaló:

‘Debe señalar esta juzgadora en primer lugar que de la revisión del iter procesal del presente expediente, a criterio de quien suscribe, se ha violentado el debido proceso en su fase ejecutiva, ya que, habiéndose notificado a la empresa demandada de la sentencia dictada en fecha 16/04/2002, tal como se evidencia al folio 64 del expediente, antes de entrar en la fase de ejecución con el cumplimiento voluntario, debió cuantificarse la sentencia al nombrarse un experto contable que realizara la experticia complementaria del fallo en virtud de lo establecido por la sentencia a ejecutar, a saber:

...Asimismo se le ordena a la demandada vencida en este proceso, pagarle los salarios caídos al accionante a razón de bolívares (Bs. 4.666,66) diarios, desde el día de su despido, es decir, desde el 09



de noviembre de 2000 hasta su efectivo reenganche con exclusión de los períodos que más adelante se discriminarán.

A los efectos del pago de los salarios caídos, siguiendo el criterio establecido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en fecha 28 de noviembre de 1996, en cuanto al lapso computable para la corrección monetaria, aplicando analógicamente en este proceso, se excluye del pago de salarios caídos a favor del accionante, los siguientes períodos: ÚNICO: Desde el 23 de noviembre de 2000 hasta el día 09 de julio de 2001, por inactividad procesal imputable a la parte actora.

En virtud de lo antes expuesto, este Juzgado ordena remitir el presente asunto a la Coordinación de Secretarios a los fines que sea designado un (1) experto que cuantifique el presente fallo. Así se establece (Negrillas y subrayado del escrito)”.  
”

1.4 El 29 de octubre de 2012, “compareció ante el Juzgado Cuadragésimo Cuarto de Sustanciación, Mediación y Ejecución Transitorio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, el ciudadano Francisco Antonio Villegas, en su carácter de experto contable, asignado en el presente juicio, quien consignó 8 folios útiles y 4 anexos, contentivos del Informe de la Experticia. En dicho informe, intima al INSTITUTO DE CRÉDITO Y ASISTENCIA AL TRANSPORTE AMAZONENSE (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD) a cancelar la cantidad de Bs. 95.048,71 a favor del ciudadano Roderick Méndez Pizzano”.

1.5 El 5 de noviembre de 2012, “...el Tribunal Cuadragésimo Cuarto de Sustanciación, Mediación y Ejecución Transitorio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, señaló:

‘De la revisión de las actas procesales tenemos que en fecha 29/10/2012, el Lic. Francisco Villegas, experto designado por sorteo para realizar la experticia complementaria del fallo, consignó su informe pericial, el cual reflejó la cantidad de Bs. 95.048,71. Ahora bien, tal como ha sido señalado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en diversas decisiones, <el Juez antes de ordenar la ejecución del fallo, con el complemento de la experticia, aun cuando no exista impugnación de su contenido, como director del proceso y en defensa del orden público, conforme a lo dispuesto en los Arts. 11 y 14 del Código de Procedimiento Civil (aplicable por remisión del artículo 11 de la LOPTRA), debe examinar la legalidad de lo actuado por el experto, para determinar si se encuentra dentro del supuesto del artículo 249 (del CPC) [sic] pues dicha actuación está sometida al control de legalidad del Juez de ejecución>.



(...)

Ahora bien, de la revisión de la experticia complementaria del fallo consignada, observa esta Juzgadora que el experto contable cuantificó los salarios caídos ajustándolos al salario mínimo cuestión ésta que no fue establecida por la sentencia a ejecutar, por lo que, es forzoso concluir que el informe pericial está (sic) no se ajusta a los parámetros del fallo (...)

(...)

Visto lo anteriormente señalado y la cuantificación presentada se le adeuda al trabajador accionante por concepto de salarios caídos, hasta el 31/10/2012, la cantidad de TRECE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y DOS BOLÍVARES CON 67 CÉNTIMOS (Bs. 13.962,67). Así se establece. (Negritas y subrayado del escrito)”.

1.6 El 9 de noviembre de 2012, “el abogado asistente del ciudadano Roderick Méndez, ‘APELÓ los cálculos realizados por es[e] tribunal [mediante auto emitido el 5 de noviembre de 2012], el cual determinó el monto de la deuda hasta la presente fecha 31/10/2012 por conceptos de Salarios Caídos la cantidad de 13.962,67 Bs. (...)”.

1.7 El 30 de noviembre de 2012, “el Tribunal de la causa, en virtud a (sic) la referida apelación ordenó [que] ‘se remit[ier]a el presente asunto para la Coordinación de Secretarios a los fines que sean sorteados dos (02) expertos contables -a cargo de la parte demandada- para que asesoren a esta Juzgadora con relación a la cuantificación de la sentencia. Cúmplase”.

1.8 El 5 de febrero de 2013, “se suscribió ‘ACTA REUNIÓN EXPERTO’, compuesta por los ciudadanos Eugenio Gamboa y Teresita Viettri, quienes fueron debidamente juramentados por el Tribunal de la causa, como expertos contables. En tal sentido señalaron, que la decisión será publicada dentro de [los] 5 días hábiles siguientes”.

1.9 El 14 de febrero de 2013, “el Juzgado Cuadragésimo Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, dictó sentencia en la cual declaró: ‘SIN LUGAR el recurso de reclamo contra la decisión de fecha 05/11/2012, la cual cuantificó la sentencia a ejecutar y, en consecuencia, se establece que los salarios caídos que adeuda la parte accionada a la parte actora asciende a la cantidad de DIEZ Y NUEVE MIL CIENTO SETENTA BOLÍVARES CON 67 CENTIMOS (BS. 19.170,67). No hay condenatoria en costas”.



1.10 El 28 de febrero de 2013, “el ciudadano Roderick Alejandro Méndez Pizzano, acudió a la Defensa Pública, a los fines de solicitar la designación de un Defensor Público, para interponer su solicitud de Revisión Constitucional”.

1.11 Que, “en el presente caso, se requiere la intervención de la Sala Constitucional para la revisión de una sentencia definitivamente firme que emanó, en fecha 16 de abril de 2002, proferida por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el cual declaró CON LUGAR la solicitud de calificación de despido interpuesta por el ciudadano RODERICK ALEJANDRO MENDEZ PIZZANO contra el INSTITUTO DE CRÉDITO Y ASISTENCIA AL TRANSPORTE AMAZONENSE (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD). En consecuencia, ordenó a la demandada, reenganchar al trabajador a su puesto de trabajo, en las mismas condiciones en que se encontraba al momento de ser despedido; es decir para el día 06 de noviembre de 2000, para continuar la relación de trabajo que se inició en fecha 15 de septiembre de 1998. Del mismo modo ordenó a la demandada vencida en el proceso, pagar los salarios caídos al accionante a razón de bolívares (Bs. 4.666,66) diarios, desde el día de su despido, es decir, desde el 09 de noviembre de 2000 hasta su efectivo reenganche”. Que “[l]a referida sentencia se apartó de los criterios jurídicos de interpretación de las normas y principios constitucionales, por cuanto la sentencia objeto de revisión no tomó en consideración que los salarios caídos se calculan en base al salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional”.

1.12 Así, “la sentencia en referencia, destaca un punto muy importante el cual se refiere a que ‘el accionante no ejerció recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 16/04/2002, la cual está definitivamente firme’, lo cual es totalmente cierto, por cuanto el ciudadano Roderick Méndez, en conversaciones realizadas en la sede de la Defensa Pública, afirmó que la Procuradora Especial del Trabajo que atendía su caso, se dio por notificada un mes después de haberse dictado sentencia, es por ello que no ejerció en el tiempo procesal su recurso de apelación”. Que, “en virtud a que (sic) la sentencia objeto de revisión constitucional, vulnera principios (...) como la igualdad ante la Ley, tutela judicial efectiva y la protección del Estado al trabajo, referidos a la progresividad de los derechos y al principio in dubio pro operario”, y “dejó de observar los criterios jurídicos antes expuestos [vide. ss.S.C. n.ros 33/2009 y 376/2012], referidos a que el pago de salarios caídos deben de ser calculados, incluyendo los aumentos decretados por el Ejecutivo Nacional. Dicha omisión no fue corregida a favor del trabajador, sino por el contrario, la Juez del Tribunal Cuadragésimo Cuarto de Sustanciación, Mediación y



Ejecución Transitorio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 05 de noviembre de 2012, no protegió en ningún momento los derechos laborales, sino (...) [que] procedió a señalar:

‘(...) de la revisión de la experticia complementaria del fallo consignada, observa esta Juzgadora que el experto contable cuantificó los salarios caídos ajustándolos al salario mínimo cuestión que no fue establecida por la sentencia a ejecutar, por lo que, es forzoso concluir que el informe pericial no se ajusta a los parámetros del fallo (...)’”

## **2. Denunció:**

La lesión a derechos a la igualdad, de acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva, al trabajo, a la progresividad y al principio in dubio pro operario que reconocen los artículos 21, 26 y 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto “...la sentencia objeto de revisión no tomó en consideración que los salarios caídos se calcula[ban] en base al salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional”. De modo que, “[l]a presente Solicitud de Revisión, pretende que sea analizada la sentencia dictada en fecha 16 de abril de 2002, proferida por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, expediente N° 22462, específicamente en cuanto al criterio de interpretación de la norma para el cálculo de los salarios caídos”.

## **3. Pidió:**

“Que, la Honorable Sala Constitucional en ejercicio de las potestades constitucionales y legales admita y conozca la presente solicitud de Revisión Constitucional interpuesta por el ciudadano RODERICK ALEJANDRO MÉNDEZ PIZZANO.

Que, revise el fallo emitido por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en su sentencia de fecha 16 de abril de 2002, el cual ocasiona una lesión irreparable en detrimento de los derechos laborales del ciudadano RODERICK ALEJANDRO MÉNDEZ PIZZANO, por cuanto dicha sentencia no incluyó en el pago de salarios caídos los aumentos decretados por el Ejecutivo Nacional”.

## **II DE LA COMPETENCIA DE LA SALA**

El artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le atribuye a la Sala Constitucional la potestad de:



“...[r]evisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva...”.

Tal potestad de revisión de decisiones definitivamente firmes abarca fallos que hayan sido expedidos tanto por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 25.11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) como por los demás tribunales de la República (artículo 25.10 eiusdem), pues la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo que establece el artículo 335 del Texto Fundamental.

En el presente caso se requirió la revisión de la sentencia definitivamente firme dictada, el 16 de abril de 2002, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró con lugar el procedimiento de estabilidad laboral que interpuso el ciudadano Roderick Alejandro Hendez Pizzano -ahora solicitante- contra el Instituto de Crédito y Asistencia al Transporte Amazonense (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD); razón por la cual esta Sala se declara competente, y así se decide.

### III DE LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas hizo el pronunciamiento cuya revisión se petitionó, en los términos siguientes:

“Argumentó el accionante que en fecha 15 de septiembre de 1998, ingresó a prestar servicios para la accionada en calidad de oficinista, con una remuneración de Bs. 140.000,00 mensual, hasta el día 06 de noviembre 2000 (sic) cuando fue despedido injustificadamente.

Dentro del lapso establecido en el artículo 117 de la Ley Orgánica del Trabajo para que tuviera lugar la contestación de la Solicitud de Calificación de Despido y su ampliación, la demanda (sic) quien válidamente se dio por citada a través de su apoderado judicial, no compareció en forma alguna.

Al respecto, la sentenciadora estima oportuno transcribir las disposiciones que respecto de la contestación de la demanda y sus consecuencias, contemplan los artículos 117, anteriormente citado



(sic), 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo y 62 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 117 de la Ley Orgánica del Trabajo:

‘Una vez recibida la demanda del trabajador, el Juez citará al patrono para que de su contestación a la demanda, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes; y al día siguiente del lapso del emplazamiento para la contestación, sin haberse logrado la conciliación ni el convenimiento del demandado, el procedimiento quedará abierto a pruebas, sin necesidad de providencia del Juez, a menos que el asunto deba decidirse sin pruebas, caso en el cual el Juez lo declarará así en el día siguiente a dicho lapso...’.

Artículo 68 Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo:

‘[E]l demandado o quien ejerza su representación, deberá al contestar la demanda, determinar con claridad cuáles de los hechos invocados en el libelo admite como ciertos y cuales niega o rechaza y expresar asimismo los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar... Se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en el libelo respectivo de los cuales, al contestarse la demanda, no se hubiere hecho la requerida determinación ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso’. (Subrayado del Tribunal)

Artículo 362 del Código de Procedimiento Civil:

(Omissis)

Analizando los textos transcritos para aplicarlos al caso de especie, se observa que en el presente caso, ‘todos los hechos indicados por el reclamante en la solicitud de calificación de despido y su ampliación, quedaron admitidos por la demandada y se tienen como ciertos, a consecuencia de su incomparecencia a dar contestación a la demanda dentro del lapso de Ley.

Ahora bien, para que opere la confesión ficta, es necesario que estén llenos los extremos contenidos en el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil (...).

(Omissis)

En el caso de autos como se señaló anteriormente, la demandada no compareció a dar contestación a la demanda, para lo cual, de manera expresa se dio legal y válidamente por citada, llenando así el primer extremo establecido en el citado artículo 362 del Código



de Procedimiento Civil, para que opere en su contra la confesión ficta y así se deja establecido.

Examinando el petitum del accionante, se observa que los pedidos formulados no son contrarios a derecho, ya que provienen de una relación laboral tácitamente admitida por la demandada y están consagrados en la legislación laboral vigente, quedando de esta forma lleno el segundo extremo contenido en el artículo en análisis. Así se deja establecido.

Finalmente con vista de los autos, se observa que la parte demandada no trajo al proceso medio probatorio alguno que desvirtuara la reclamación de la parte actora, quedando de esta forma lleno el tercer y último extremo establecido en el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil para que opere la confesión ficta de la demandada. Así expresamente se declara.

(Omissis)

En consecuencia, se ordena a la demandada, reenganchar al trabajador a su puesto de trabajo, en las mismas condiciones en que se encontraba al momento de ser despedido; es decir para el día 06 de noviembre de 2000, para continuar la relación de trabajo que se inició en fecha 15 de septiembre de 1998.

Asimismo se le ordena a la demandada vencida en este proceso, pagarle los salarios caídos al accionante a razón de bolívares (Bs. 4.666,66) diarios, desde el día de su despido, es decir, desde el 09 de noviembre de 2000 hasta su efectivo reenganche con exclusión de los períodos que más adelante se discriminarán.

A los efectos del pago de los salarios caídos, siguiendo el criterio establecido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en fecha 28 de noviembre de 1996, en cuanto al lapso computable para la corrección monetaria, aplicando analógicamente en este proceso, se excluye del pago de salarios caídos a favor del accionante, los siguientes períodos: UNICO: Desde el 23 de noviembre de 2000 hasta el día 09 de julio de 2001, por inactividad procesal imputable a la parte actora”.

#### **IV MOTIVACIÓN PARA LA DECISIÓN**

En el caso sub examine, el solicitante requirió la revisión de la decisión definitivamente firme dictada, el 16 de abril de 2002, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró con lugar la solicitud de calificación de despido, que fue



iniciada por el ahora peticionario -ciudadano Roderick Alejandro Méndez Pizzano- contra el Instituto de Crédito y Asistencia al Transporte Amazonense (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD); en consecuencia, el Tribunal en cuestión ordenó al Instituto a reenganchar al trabajador en las mismas condiciones en las que se encontraba al momento de su despido (6 de noviembre de 2000) y a pagarle los salarios que dejó de percibir, hasta su efectivo reenganche.

Ahora bien, el artículo 25 cardinales 10 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que recogió la jurisprudencia de esta Sala, disponen que:

“Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: / (...)

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los tribunales de la República cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales.

11. Revisar las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales.”

En lo que respecta a las sentencias definitivamente firmes que pueden ser objeto de revisión, esta Sala ha sostenido lo siguiente:

“...Sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, esta Sala posee la potestad de revisar lo siguiente:

1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.

2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente



alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional..." (s. S.C. n.º 93 del 06.02.2001).

Por otra parte, es pertinente aclarar que esta Sala, al momento de la ejecución de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a la guarda de máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de peticiones que pretendan la revisión de actos de juzgamiento que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial; de allí que esta Sala tenga facultad para la desestimación de cualquier requerimiento como el de autos, sin ningún tipo de motivación, cuando, en su criterio, se verifique que lo que se pretende en nada contribuye con la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, en virtud, pues, del carácter excepcional y limitado que ostenta la revisión.

En el caso sub iudice, el peticionario solicitó la revisión de la sentencia en cuestión debido a que el Juez Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas "se apartó de los criterios jurídicos de interpretación de las normas y principios constitucionales, por cuanto (...) [los] salarios caídos deb[i]an ser calculados incluyendo los aumentos decretados por el Ejecutivo Nacional...".

Por otra parte, esta Sala observa -de las actas que conforman el expediente de la causa en fase de ejecución de sentencia- que, en el caso bajo examen, la empresa demandada ha manifestado su voluntad de cumplir con lo ordenado por el juez laboral, esto es, la consignación -a nombre del demandante- del monto al que fue condenado por concepto de salarios dejados de percibir, mediante oferta real de pago "en los Juzgados de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Estado Amazonas" y, a tal efecto, solicitó que "...se reali[zaran] las actuaciones judiciales conducentes a la notificación del ciudadano RODERICK ALEJANDRO MÉNDEZ PIZZANO (...) de los pagos adelantados y de la necesidad de que se incorpore de forma



inmediata a su sitio de trabajo” en la sede de “Amazonas (...)”, en virtud de ya no estar operativa en Caracas”, tal como se evidencia del auto que fue emitido por el Juzgado Cuadragésimo Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el 5 de junio de 2013, ratificado el 18 de octubre del mismo año.

Para su juzgamiento, esta Sala observa:

El juez laboral tiene la facultad y, también, el deber, como director del proceso, de la búsqueda de la verdad, en cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. Ese derecho fundamental no se protege sólo con la admisión de la demanda y el pronunciamiento de una sentencia que declare con lugar o sin lugar dicha pretensión, aun cuando esté -formalmente conforme con el ordenamiento jurídico; la misma sólo será eficaz si, previa a la expedición del acto de juzgamiento, existe un proceso que se encuentre investido de las garantías que hagan posible las defensas de las partes, que exprese una motivación acorde con las alegaciones y defensas y cuya resolución se encuentre apegada a los principios legales y constitucionales.

El derecho a la tutela judicial efectiva implica no sólo el acceso a los tribunales sino, también, que los jueces resuelvan sobre las pretensiones que ante ellos se formulen, aun cuando la resolución no sea favorable a los requerimientos del solicitante, mediante una decisión razonable, congruente y fundamentada en derecho respecto de todos y cada uno de los asuntos que fueron demandados.

Así, en consonancia con lo antes expresado, esta Sala en sentencia n.º 708, de 10 de mayo de 2001 (caso: Juan Adolfo Guevara, Eneyda Josefina Yáñez de Mariño y otros), estableció que:

“El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y



sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura”.

En el caso bajo examen, se observa que el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el fallo cuya revisión se petitionó, expresó que el demandado Instituto de Crédito y Asistencia al Transporte Amazonense (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD) no contestó la demanda, por lo que operó en su contra la confesión ficta, en conformidad con el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, el mencionado Juzgado declaró con lugar la demanda de estabilidad laboral que fue incoada por el ahora solicitante -Roderick Alejandro Méndez Pizzano- y ordenó al referido Instituto el reenganche del trabajador a su puesto de trabajo “en las mismas condiciones en [la] que se encontraba al momento de ser despedido; es decir para el día 06 de noviembre de 2000, para continuar la relación de trabajo que se inició en fecha 15 de septiembre de 1998”.

Así, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas ordenó a la demandada “pagarle los salarios caídos al accionante a razón de bolívares (Bs. 4.666,66) diarios, desde el día de su despido, es decir, desde el 09 de noviembre de 2000 hasta su efectivo reenganche con exclusión de los períodos que más adelante se discriminarán (...)”.

Ahora bien, esta Sala estima que los salarios dejados de percibir en modo alguno pueden considerarse como salarios, por cuanto tienen el carácter de una verdadera indemnización a favor del trabajador que ha sido despedido sin justa causa y, como tales, se causan por la prestación del servicio. Dicen Camerlick y LyonCaen (Derecho del Trabajo, Madrid, 1974. Pág. 146), refiriéndose al salario que se paga en los casos de la ruptura injusta de la relación laboral, que existe una “reparación por equivalencia”, que “[s]e trata de una verdadera indemnización y no de una forma de salario, de cuyo régimen jurídico queda, pues, excluida”.

Los salarios dejados de percibir constituyen una indemnización que, como compensación por el despido sin causa legal que lo justifique, debe pagarle el patrono a su trabajador para cubrir cualquier daño causado al haberlo privado arbitrariamente de su sustento diario y, por tal razón, tiene el derecho a que dicha indemnización sea calculada con base en el salario que hubiera devengado durante los



días en que éste estuvo separado de su empleo. De modo que, tal como lo alegó el solicitante de la revisión, la indemnización a la cual tiene derecho, por concepto de salarios dejados de percibir, “deb[í]an ser calculados incluyendo los aumentos decretados por el Ejecutivo Nacional...”, y así se establece.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala, en aras de salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva del peticionario de revisión, que reconoce el artículo 26 del Texto Constitucional, anula la sentencia cuya revisión se solicitó, dictada por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 16 de abril de 2002, y todos los demás actos que fueron dictados -en fase de ejecución de sentencia- por el Juzgado Cuadragésimo Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial; en consecuencia, se repone la causa al estado de que el Juzgado de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial en referencia, que resulte competente por distribución, emita nuevo pronunciamiento, con sujeción a la doctrina precedentemente expuesta. Así se declara.

## V DECISIÓN

Por las razones que fueron expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, decide que HA LUGAR a la solicitud de revisión constitucional interpuesta por el ciudadano Roderick Alejandro Méndez Pizzano, de la decisión dictada, el 16 de abril de 2002, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró con lugar la solicitud de calificación de despido interpuesta por el ahora solicitante -ciudadano Roderick Alejandro Méndez Pizzano- contra el Instituto de Crédito y Asistencia al Transporte Amazonense (INSCATA-EXPRESOS LA PROSPERIDAD). En consecuencia, ANULA el acto de juzgamiento objeto de revisión y todos los demás actos que fueron dictados -en fase de ejecución de sentencia- por el Juzgado Cuadragésimo Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y REPONE la causa al estado en que el Juzgado de Primera Instancia de Juicio de la misma Circunscripción Judicial, que resulte competente por distribución, pronuncie nuevo fallo, con sujeción al criterio que se estableció en el presente acto jurisdiccional.

Publíquese, regístrese y archívese el expediente. Remítase copia certificada de esta decisión al Juzgado Cuadragésimo Cuarto de



Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que conoce de la causa en fase de ejecución de sentencia (expediente n.º AH23-S-2000-000064) el cual remitirá las actas correspondientes al Coordinador de la Unidad de Recepción y Distribución (URDD) del Circuito Judicial Laboral del Área Metropolitana de Caracas, para su distribución, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 20 días del mes de marzo de dos mil catorce. Años: 203º de la Independencia y 155º de la Federación.

La Presidenta,  
GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO  
Ponente

El Vicepresidente,  
FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,  
LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO  
MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN  
CARMEN ZULETA DE MERCHÁN  
ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES  
JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

El Secretario,  
JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

GMGA.  
Expediente nº 13-0624



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
DEFENSA PÚBLICA



VENEZUELA

SENTENCIA 1625 20/11/2014. SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

RECURSO DE REVISION

NORMATIVA LEGAL: ARTÍCULO 336 NUMERAL 10 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

ASUNTO: REVISION CONSTITUCIONAL.

DESCRIPTORES: RECURSO, REVISION DE SENTENCIA, ORDEN PÚBLICO, DERECHOS HUMANOS.

#### TITULO

Recurso de revisión constitucional, sobre la decisión de fecha 21 de noviembre de 2013, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la cual se declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la ciudadana **HÉCTOR WILLIAM CASTRILLÓN GIRÓN**. La Defensa Pública ejerció la representación en el recurso de revisión.

#### SÍNTESIS LEGAL

Recurso de Revisión de Sentencia asistido por el Abogado Emil José Rico Gómez, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el n.º 156.934, Defensor Público Auxiliar con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Sala de Casación Civil, Social y Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en los artículos 49 y 257, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación al artículo 336 Numeral 10 ejudem.

#### RESUMEN DE DATOS

En fecha 21 de noviembre de 2013, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se ejerce sentencia que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Superior Estatal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, por haber declarado desistido el recurso de apelación ejercido por el ciudadano



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
DEFENSA PÚBLICA



Héctor Williams Castrillón Girón, por cuanto el referido ciudadano no tenía legitimidad para actuar, ya que el bien objeto de la nulidad de venta era previo a la constitución de la comunidad conyugal y no tenía mandato para ejercer la representación de su cónyuge,

Que al efecto, alegan la violación al derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no evidenció que en el expediente llevado por tal instancia jurisdiccional, en el mismo se encontraba poder que fue otorgado por la ciudadana Norma Elena Chacón de Castrillón a su conyugue ciudadano Héctor William Castrillón Girón el cual tuvo fe pública ante la Notaría Primera, Municipio Maturín.

Que igualmente alegan la violación del artículo 49.8 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo tenían el resguardo y custodia del expediente N° AP42-R-2013-000528, en el cual reposaba inmerso el documento que otorgaba la legitimidad al ciudadano Héctor Castrillón Girón, para ejercer todos los derechos dentro del juicio contencioso.

El Juzgado de Alzada declaró la competencia para conocer del recurso de apelación ejercido por la ciudadana Norma Elena Chacón, en su condición de tercera en la presente causa, contra la decisión dictada, el 25 de enero de 2013, por el Juzgado Superior Estatal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas con competencia en el estado Delta Amacuro, que declaró con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con medida cautelar de suspensión de efectos por la ciudadana Mercedes Váldez De Moretti, contra el Concejo Municipal del Municipio Maturín del Estado Monagas, desistido el recurso de apelación interpuesto y se confirmó la sentencia apelada.

#### JUSTIFICACIÓN

En el marco de la solicitud de Revisión de Sentencia ejercida, donde se pretendió la nulidad del fallo proferido en fecha El fecha 21 de noviembre de 2013, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante la cual declaró sin lugar el recurso de apelación de sentencia ejercido por la ciudadana **HÉCTOR WILLIAM CASTRILLÓN GIRÓN** en contra de la decisión del 25 de enero de 2013, por el Juzgado Superior



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
DEFENSA PÚBLICA



Estadal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas con competencia en el estado Delta Amacuro.

Al respecto, es menester precisar que el Recurso de Revisión Constitucional es un medio extraordinario de impugnación, de carácter excepcional, por medio del cual se somete a la consideración del Juez Constitucional una controversia ya resuelta por otro Tribunal de la República mediante sentencia pasada en Autoridad de Cosa Juzgada.

Ahora bien, es un recurso extraordinario por el hecho de que no constituye, para la materias cuyas sentencias son susceptibles de revisión, una nueva instancia, lo que nos abre la puerta para mencionar otra característica: solo procede en caso de sentencias definitivamente firmes, lo que en vista de la discrecionalidad, resguarda el derecho a la tutela judicial efectiva, desde que el postulado de la doble instancia ha sido observado.

Determinado el anterior criterio jurisprudencial, La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en el artículo 336 las atribuciones de la Sala Constitucional en 11 numerales y el único numeral en específico el numero 10 que reenvía de manera expresa la regulación de los términos del ejercicio de la competencia, es precisamente la referida a la potestad de revisar sentencias, cuando señala que deberá hacerlo "...en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva. Sobre esta potestad la Asamblea Nacional ha legislado parcialmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 5º numeral 4º, ampliando los supuestos de revisión de sentencias, no estableciendo esta vez, como si lo hace la Constitución, que se trate sólo de sentencias definitivamente firmes. El mencionado artículo tiene el texto que sigue: La Revisión Constitucional de las Sentencias definitivamente firmes.

Toda vez que el Recurso de Revisión Constitucional es una garantía de derechos humanos que tienen las partes en el proceso como Derechos.

### CONCLUSIÓN

En definitiva, la Defensa Pública logro con el presente Recurso, garantizarle a la ciudadana **HÉCTOR WILLIAM CASTRILLÓN GIRÓN**, al haber obtenido como resultado



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
DEFENSA PÚBLICA



del mismo el pronunciamiento de la sala de la siguiente manera: **HA LUGAR** la revisión constitucional ejercida por el ciudadano Héctor William Castrillón Girón, de la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2013, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, se **ANULA** la sentencia impugnada y se **ORDENA** a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo emitir un nuevo pronunciamiento, respecto al recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada el 25 de enero de 2013, por el Juzgado Superior Estadual Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, lo que produjo para el usuario un estado de indefensión y por ende una violación del debido proceso como Derechos Humano garantizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 8.



**SALA CONSTITUCIONAL**  
**Magistrada Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO**

**Expediente N° 14-0733**

El 15 de julio de 2014, el ciudadano HÉCTOR WILLIAM CASTRILLÓN GIRÓN, titular de la cédula de identidad n.º 8.265.390, asistido por el abogado Emil José Rico Gómez, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el n.º 156.934, Defensor Público Auxiliar con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Sala de Casación Civil, Social y Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, solicitó la revisión constitucional de la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2013, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

El 16 de julio de 2014, se dio cuenta en Sala del expediente y se designó ponente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

Mediante decisión n.º 1136 del 12 de agosto de 2014, esta Sala ordenó oficiar a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, remitiera copias certificadas de la totalidad del expediente identificado con el alfanumérico AP42-R-2013-000528, correspondiente a la numeración de la mencionada Corte y, en caso de haber remitido el referido expediente a otro Tribunal, realizara las gestiones pertinentes a los fines de recabarlo.

El 24 de octubre de 2014, se dio por recibido el Oficio n.º 2014-7169, emanado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante el cual remitió "... copia certificada de la totalidad del referido expediente conformado por tres piezas judiciales y un cuaderno de medida".

Realizado el estudio del caso, pasa esta Sala a dictar sentencia, previo análisis de las consideraciones siguientes.

**I**  
**DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL**

La parte solicitante fundamentó la presente revisión constitucional, en lo siguiente:

Que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa conoció en apelación de la decisión dictada por el Juzgado Superior Estadal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, que declaró con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad con medida cautelar de suspensión de



efectos ejercida por la ciudadana Mercedes Valdez de Moretti contra el acto administrativo contentivo de la venta de terreno que realizó el Concejo Municipal del Municipio Maturín del Estado Monagas a la ciudadana Norma Elena Chacón.

Que la presente revisión constitucional se ejerce contra la sentencia que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Superior Estadal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, por haber declarado desistido el recurso de apelación ejercido por el ciudadano Héctor Williams Castrillón Girón, por cuanto el referido ciudadano no tenía legitimidad para actuar, ya que el bien objeto de la nulidad de venta era previo a la constitución de la comunidad conyugal y no tenía mandato para ejercer la representación de su cónyuge.

Que al efecto, alegan la violación al derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto "... la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no evidenció que en el expediente llevado por tal instancia jurisdiccional bajo el n° AP42-R-2013-000528, en el mismo se encontraba poder que fue otorgado por la ciudadana Norma Elena Chacón de Castrillón a su conyugue (sic) ciudadano Héctor William Castrillón Girón el cual tuvo fe pública ante la Notaría Primera, Municipio Maturín...".

Que igualmente alegan "... la violación del artículo 49.8 de la constitución nacional (sic), por cuanto los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo tenían el resguardo y custodia del expediente N° AP42-R-2013-000528, en el cual reposaba inmerso el documento que otorgaba la legitimidad al ciudadano Héctor Castrillón Girón, para ejercer todos los derechos dentro del juicio contencioso...".

Al efecto, solicitan medida cautelar innominada, mediante la cual se acuerde la suspensión de los efectos de la decisión impugnada, ya que "... la necesidad y la urgencia surge por la inminente pérdida del bien que se encuentra en litigio".

Finalmente, solicita que se declare ha lugar la solicitud de revisión constitucional y se declare la nulidad de la sentencia impugnada.

## II DE LA SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El 21 de noviembre de 2013, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, declaró: i) la competencia para conocer del recurso de apelación ejercido por la ciudadana Norma Elena Chacón, en su condición de tercera en la presente causa, contra la decisión dictada, el 25 de enero de 2013, por el Juzgado Superior Estadal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado



Monagas con competencia en el estado Delta Amacuro, que declaró con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con medida cautelar de suspensión de efectos por la ciudadana Mercedes Váldez De Moretti, contra el Concejo Municipal del Municipio Maturín del Estado Monagas, ii) desistido el recurso de apelación interpuesto y iii) se confirmó la sentencia apelada, previo a lo cual expuso:

“Declarada la competencia de esta Corte, corresponde conocer acerca del recurso de apelación ejercido por la ciudadana Norma Elena Chacón, tercera en la presente causa, contra la decisión dictada en fecha 25 de enero de 2013, por el Juzgado Superior Estadal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del estado Monagas con competencia en el estado Delta Amacuro, que declaró Con Lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con medida cautelar de suspensión de efectos por la ciudadana Mercedes Váldez de Moretti y al respecto, observa lo siguiente:

En fecha 9 de mayo de 2013, el ciudadano Héctor Castrillon, cónyuge de la tercera interesada apelante, consignó por ante la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (U.R.D.D.) de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, el escrito de fundamentación del recurso de apelación interpuesto, aduciendo que actuaba en representación de la misma y asistido por el profesional del derecho ciudadano Francisco José Sosa.

En este sentido, debe indicarse que de la revisión del expediente judicial se observa que riela de los folios ocho (8) al once (11) copia simple de documento de compra venta, debidamente protocolizada por ante la Oficina Subalterna de Registro Público del Distrito Maturín del estado Monagas, de fecha 29 de enero de 1996, en el que se observa que la ciudadana Norma Elena Chacón, tercera interesada en la presente causa, junto a otra ciudadana identificada como Mercedes María Espinoza, adquirieron el terreno ejido objeto de la presente controversia de la ciudadana Mirian Josefina Vegas Caldera, siendo la referida venta asentada en los libros de la aludida Oficina Subalterna bajo el Nro. 16, Protocolo Primero, Tomo 10.

Es importante destacar, que en el juicio seguido por ante el Juzgado de Instancia, la referida tercera interesada consignó escrito (Vid. Folios 16 al 19 de la segunda pieza del expediente judicial) mediante el cual dio fe ‘...de ser propietaria del bien Inmueble en litigio a trabes (sic) de un documento de venta que me otorgó la ciudadana MIRIAM JOSEFINA VEGAS CALDERA, (...) y que fuera registrada en el Primer Circuito Público Mercantil del Distrito Maturín del Estado (sic) Monagas el Veintinueve (29) de Enero (sic) de Mil Novecientos (sic) Noventa y seis 1996, quedando anotado bajo el N° 16, Protocolo 1°, tomo 10...’.



Ello así, es necesario destacar que al momento de consignar el escrito de fundamentación de la apelación, el ciudadano cónyuge de la tercera interesada apelante consignó copia simple del acta de matrimonio de ambos, la cual riela del folio treinta y tres (33) de la tercera pieza del expediente judicial, de la cual se desprende que la fecha de matrimonio de ambos ciudadanos es el ‘...día cuatro de agosto de mil novecientos (sic) noventa y siete...’, lo que permite a esta Corte evidenciar que el terreno objeto de la presente controversia fue presuntamente adquirido por la apelante antes de la celebración del referido matrimonio.

Descrito lo anterior, es menester citar lo estipulado en el artículo 151 del Código Civil, el cual es del tenor siguiente:

‘Artículo 151: Son bienes propios de los cónyuges los que pertenecen al marido y a la mujer al tiempo de contraer matrimonio, y los que durante éste adquieran por donación, herencia, legado o por cualquier otro título lucrativo. Son también bienes propios los bienes derivados de las accesiones naturales y la plusvalía de dichos bienes, los tesoros y bienes muebles abandonados que hallare alguno de los cónyuges, así como los vestidos, joyas y otros enseres u objetos de uso personal o exclusivo de la mujer o el marido’.

Del artículo transcrito, queda claro que todos aquellos bienes que pertenecían al marido o la mujer antes de contraer matrimonio no forman parte de la comunidad conyugal, y son por lo tanto bienes propios del sujeto que se trate.

En sintonía con lo anterior, el artículo 154 del Código Civil establece que ‘...cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus propios bienes...’.

Vale destacar, que incluso, en el caso de los bienes que si integran la comunidad conyugal pero que han sido adquiridos por alguno de los cónyuges por sí mismos, se observa que si bien pertenecen a la comunidad conyugal, no obstante el legislador permite que éstos sean administrados por el cónyuge que los aporta, correspondiéndole asimismo la legitimación para actuar en juicio, (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 1º de diciembre de 2006, caso: Amely Dolibeth Vivas Escalante). Así se encuentra previsto en el encabezado del artículo 168 del Código Civil, el cual es del tenor siguiente:

‘Artículo 168: Cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo; la legitimación en juicio, para los actos relativos a la misma corresponderá al que los haya realizado. Se requerirá del consentimiento de ambos para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales,



cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañía, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades. En estos casos, de legitimación en juicio para las respectivas acciones corresponderá a los dos en forma conjunta'. (negritas y subrayado de esta Corte).

En consecuencia, en el caso de marras siendo que el terreno objeto de la controversia fue adquirido antes del matrimonio de la tercera interesada con el ciudadano Héctor Castrillón, la legitimación para actuar en juicio corresponde únicamente a la ciudadana Norma Elena Chacón, quien de la revisión del expediente judicial no se observa que haya otorgado poder a los fines que su cónyuge ejerza su representación, motivo por el cual esta Corte no valorara el escrito de fundamentación de la apelación presentado por el aludido ciudadano. Así se decide.

En este sentido, se hace necesario igualmente citar lo establecido en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el cual prevé que:

'Artículo 92: Dentro de los diez días de despacho siguientes a la recepción del expediente, la parte apelante deberá presentar un escrito que contenga los fundamentos de hecho y de derecho de la apelación, vencido este lapso, se abrirá un lapso de cinco días de despacho para que la otra parte de contestación a la apelación. La apelación se considerará desistida por falta de fundamentación' (Negrillas de esta Corte).

En aplicación del artículo transcrito se evidencia, que la parte apelante tiene la obligación de presentar dentro del lapso de diez (10) días de despacho siguientes, a aquél en que se dé inicio a la relación de la causa, el escrito en el cual indique las razones de hecho y de derecho en que fundamenta su apelación y en caso de no cumplir con esta obligación legal, el Juez procederá a declarar el desistimiento de la misma.

En el caso sub iudice, no se desprende de los autos que conforman el presente expediente, que desde el día 22 de abril de 2013, fecha en que se otorgó el lapso de seis (6) días continuos correspondientes al término de la distancia, así como se fijó el lapso para la fundamentación de la apelación (Vid. Folio 2 de la tercera pieza del expediente judicial), hasta el día 22 de mayo de 2013, fecha en que vencieron los mismos (Vid. Folio 61, de la tercera pieza del expediente judicial), o con anterioridad a estos, la parte apelante ciudadana Norma Elena Chacón hubiera consignado escrito alguno en el cual indicara las razones de hecho y de derecho en las cuales fundamentara su apelación, resultando aplicable la consecuencia jurídica prevista en el citado artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.



Ahora bien, observa esta Corte que mediante sentencia N° 1542 de fecha 11 de junio de 2003, (caso: Municipio Pedraza del Estado Barinas), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció que es obligación de todos los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre ellos este Órgano Jurisdiccional, en los casos donde opere la consecuencia jurídica prevista en el artículo 162 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (desistimiento tácito de la apelación), examinar de oficio y de forma motivada el contenido del fallo apelado con el objeto de constatar si el mismo: a) no viola normas de orden público y, b) no vulnera o contradice interpretaciones vinculantes de la Sala Constitucional de ese Máximo Tribunal, sobre el sentido y aplicación que debe dársele a determinadas normas del ordenamiento jurídico para garantizar su armonía con las disposiciones del Texto Fundamental.

Asimismo, cabe resaltar la sentencia N° 150 de fecha 26 de febrero de 2008, dictada por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República (caso: Monique Fernández Izarra), mediante la cual se reiteró el criterio *ut supra* con fundamento en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, estableciéndose lo que a continuación se expone:

‘Conforme a lo dispuesto en el párrafo 18 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (sic), como ley procesal aplicable al caso, la sanción al incumplimiento de la carga de fundamentar el recurso de apelación consiste en que ésta se tenga como desistida, lo que conlleva la extinción del procedimiento en segunda instancia y la consecuente declaratoria de firmeza del fallo apelado, salvo dos importantes excepciones establecidas por la aludida disposición, como se observa de su texto:

...(omissis)...

De la norma surgen dos importantes excepciones que impiden al juez de la Alzada declarar firme el fallo aun cuando hayan operado las condiciones para declarar el desistimiento de la apelación o la perención de la instancia, de ser el caso; a saber: (i) que el fallo o acto recurrido violente normas de orden público y (ii) que por expresa norma legal corresponda al Tribunal Supremo de Justicia el control jurídico de la decisión o acto de que se trate.

Interesa en el presente caso destacar que la Sala ha ampliado las anteriores excepciones, fijando también como obligación del juez de Alzada la de examinar que el pronunciamiento jurisdiccional no contraríe interpretaciones dadas por esta Sala Constitucional en el ejercicio de la labor de interpretación encomendada por el Constituyente de 1999 en el artículo 335 del Texto Constitucional vigente. En tal sentido, dejó sentado en sentencia N° 1.542 del 11



de junio de 2003, caso: `Municipio Pedraza del Estado Barinas`, que:

...(omissis)...

Tal imperativo precisa entonces que la labor de juzgamiento en las instancias correspondientes no se limita a la mera confrontación de la inactividad de la parte en el cumplimiento de la carga prevista en la ley procesal, sino que exige un examen por parte del juez de Alzada de los elementos cursantes a los autos para verificar, de forma razonada, que no existe vulneración de alguna norma de orden público o que no se ha obviado la aplicación de algún criterio vinculante dimanado de esta Sala que obligue a su corrección oficiosa, antes de declarar la firmeza del fallo apelado...' (Negrillas de esta Corte).

De la sentencia parcialmente transcrita se desprende que es obligación de todos los jueces, en aquellos procesos en que opere el desistimiento tácito del recurso de apelación, ante la ausencia de su fundamentación examinar, el fallo apelado para determinar si el Tribunal A quo con su decisión: i) no violó normas de orden público y; ii) no vulneró o contradujo interpretaciones vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sobre el sentido y la aplicación que debe darse a determinadas normas del ordenamiento jurídico para garantizar su armonía con las disposiciones del Texto Constitucional.

Así, examinada como ha sido por este Órgano Jurisdiccional la decisión apelada, se observó que la misma no incumple las determinaciones señaladas, siendo ello así, habiendo operado para el caso sub-examine la consecuencia jurídica prevista en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, esta Corte declara DESISTIDO el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia FIRME la sentencia dictada en fecha 25 de enero de 2013, por el Juzgado Superior Estadal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del estado Monagas con competencia en el estado Delta Amacuro. Así se decide”.

### III CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Visto que esta Sala se pronunció sobre la competencia en fallo n.º 1136/2014, corresponde en esta oportunidad emitir el pronunciamiento de fondo sobre la revisión constitucional, en virtud de la información remitida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 24 de octubre de 2014, en atención a lo cual se observa:

Esta Sala Constitucional en pacífica y reiterada jurisprudencia ha establecido que la potestad de revisión es ejercida de manera



extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, y sólo si con ello se va a contribuir con la uniformidad en la interpretación de principios y normas constitucionales, puesto que tal solicitud no implica una instancia adicional de conocimiento de la causa (vid. Sentencia de esta Sala n.º 44 del 2 de marzo de 2000, caso: “Francia Josefina Rondón Astor”).

Asimismo, debe destacarse que la solicitud de revisión no se configura como una nueva instancia de la cual disponen los ciudadanos para plantear posibles errores de juzgamiento en que incurran los jueces, sino que la misma se constituye como un medio extraordinario y excepcional de control de la Sala sobre la interpretación de principios y normas constitucionales, que atenten de tal modo contra los derechos de los justiciables que hagan factible la revisión y posterior nulidad de la sentencia impugnada por parte de la Sala.

Ahora bien, la parte actora fundó su pretensión de revisión constitucional en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto “... la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no evidenció que en el expediente llevado por tal instancia jurisdiccional bajo el n.º AP42-R-2013-000528, en el mismo se encontraba poder que fue otorgado por la ciudadana Norma Elena Chacón de Castrillón a su conyugue (sic) ciudadano Héctor William Castrillón Girón el cual tuvo fe pública ante la Notaría Primera, Municipio Maturín...”.

Por su parte, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la sentencia objeto de revisión declaró desistido el recurso de apelación, con fundamento en que:

“Vale destacar, que incluso, en el caso de los bienes que si integran la comunidad conyugal pero que han sido adquiridos por alguno de los cónyuges por sí mismos, se observa que si bien pertenecen a la comunidad conyugal, no obstante el legislador permite que éstos sean administrados por el cónyuge que los aporta, correspondiéndole asimismo la legitimación para actuar en juicio, (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 1º de diciembre de 2006, caso: Amely Dolibeth Vivas Escalante). Así se encuentra previsto en el encabezado del artículo 168 del Código Civil, el cual es del tenor siguiente:

‘Artículo 168: Cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo; la legitimación en juicio, para los actos relativos a la misma corresponderá al que los haya realizado. Se requerirá del consentimiento de ambos para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de



compañía, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades. En estos casos, de legitimación en juicio para las respectivas acciones corresponderá a los dos en forma conjunta'. (negritas y subrayado de esta Corte).

En consecuencia, en el caso de marras siendo que el terreno objeto de la controversia fue adquirido antes del matrimonio de la tercera interesada con el ciudadano Héctor Castrillón, la legitimación para actuar en juicio corresponde únicamente a la ciudadana Norma Elena Chacón, quien de la revisión del expediente judicial no se observa que haya otorgado poder a los fines que su cónyuge ejerza su representación, motivo por el cual esta Corte no valorara el escrito de fundamentación de la apelación presentado por el aludido ciudadano. Así se decide”.

En este orden de ideas, se advirtió que luego de verificada la información recibida por esta Sala mediante Oficio n.º 2014-7169, en el cual la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dio cumplimiento al auto dictado por esta Sala, se constató que en el expediente judicial se encontraba consignado, mediante diligencia del 5 de marzo de 2013, el mandato expedido por la ciudadana Norma Elena Chacón, titular de la cédula de identidad n.º 8.369.943, al ciudadano Héctor Williams Castrillón Girón, titular de la cédula de identidad n.º 8.265.390, otorgado por ante la Notaría Pública Primera de Maturín, Estado Monagas el 18 de febrero de 2013 (folios 250 al 253 del anexo 2 del expediente judicial). Al efecto, el referido mandato expone:

“Yo, NORMA ELENA CHACON, venezolana, mayor de edad, titular de la cédula de identidad N° 8.369.943, de profesión u oficio del hogar y de este domicilio, confiero poder general pero amplio y suficiente en cuanto a derecho se requiere de administración y disposición a el ciudadano. HECTOR WILLIAMS CASTRILLÓN GIRÓN, venezolano, mayor de edad, que administre y disponga como ha bien tenga de todo mis bienes habido (sic) y por haber, en ejercicio de este mandato además de las facultades inherentes a todo administrador pueda mi mencionado apoderado vender comprar o poseer en mi nombre bien mueble o inmueble fijando precio, exigiendo garantías que crea conveniente estableciendo así mismo las modalidades de pago, queda facultado para constituir y librar hipoteca o cualquier otro grávame (sic) que sea necesario antes autoridades Civiles, Policiales, Judiciales o cualquier organismo competente para tal fin, también quedan facultado mandante para librar, aceptar, avalar cheques, letra de cambio, pagare o cualquier otro efecto de comercio, también documentos públicos o privado ante cualquier organismo o institución autónomo regionales o estatales, en lo judicial queda facultado mi apoderado para intentar demandas, seguir el proceso en todas sus instancias hasta darlo por terminado, oponer o contestar excepciones, reconveniciones, hacer oposiciones y sustanciarlas, convenir, reconvenir, desistir, transigir,



apelar, comprometer en arbitro, arbitradores o derecho, ceder crédito prestar cauciones, hacer postura en acto de remates, dar o recibir cantidades de dinero, otorgar recibo a finiquitos correspondientes, igualmente queda facultado mi apoderado para solicitar rendición de cuentas, medida preventivas y ejecutivas, solicitar levantamiento de protesto, reconocimiento de firma de documentos y otros procedimientos de jurisdicción graciosa, quedan facultadas para disponer del derecho de litigio y para nombrar y sustituir abogado (s) de su confianza y en fin quedan facultado mi apoderado para hacer todo lo que yo quiera hacer, lo que yo pudiera hacer en la defensa de mis derechos e intereses.

Es todo. Es justicia en Maturín a la fecha de su presentación”

En este sentido, se observa que, a diferencia de lo decidido por la mencionada Corte, sí constaba en el expediente judicial la representación requerida, tal como lo alegó la parte solicitante en el escrito de revisión, por lo que, independientemente de que posteriormente el mencionado órgano jurisdiccional haya efectuado un control in abstracto del fallo en consulta, tal control no apreció los argumentos de la parte en el escrito de fundamentación de la apelación, lo cual denota una violación absoluta del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, en virtud de que independientemente de la procedencia definitiva o no del escrito de fundamentación, debe efectuarse un pronunciamiento sobre los motivos recursivos, en virtud de que no se trata de una omisión valorativa propia de una incongruencia omisiva sino una ausencia total de pronunciamiento, por haber considerado erróneamente que no se encontraba facultado para su representación y legitimado para actuar en representación de su cónyuge (vid. sentencia de esta Sala n.º 2465/2002).

Así, esta Sala ha expuesto en cuanto al contenido del derecho al debido proceso, en sentencia n.º 5/2001, caso: “Supermercado Fátima, S.R.L.”, que: “El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas...”.

Del mismo modo, la Sala en sentencia n.º 444/2001, caso: “Papelería Tecniarte C.A.”, señaló que:

“El derecho al debido proceso (...) comprende el derecho a defenderse ante los órganos competentes, que serán los tribunales o los órganos administrativos, según el caso. Este derecho implica notificación adecuada de los hechos imputados, disponibilidad de medios que permitan ejercer la defensa adecuadamente, acceso a los órganos de administración de justicia, acceso a pruebas, previsión legal de lapsos adecuados para ejercer la defensa, preestablecimiento de medios que permitan recurrir contra los fallos



condenatorios (de conformidad con las previsiones legales), derecho a ser presumido inocente mientras no se demuestre lo contrario, derecho de ser oído, derecho de ser juzgado por el juez natural, derecho a no ser condenado por un hecho no previsto en la ley como delito o falta, derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, derecho a no ser obligado a declararse culpable ni a declarar contra sí mismo, su cónyuge, ni sus parientes dentro del segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad, entre otros...”.

Con fundamento en ello, se aprecia que siendo la omisión advertida fundamental para constatar la resolución de la causa en segunda instancia, debió el referido órgano jurisdiccional examinar cuidadosamente la totalidad de las actas procesales que integran el expediente previo a efectuar el dictamen impugnado, a fin de verificar la ausencia de representación o en caso de estimar la insuficiencia del mismo, debió desestimarlos expresamente, cuestión que no se constató en ninguno de los dos supuestos, por lo que, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, al declarar desistido el recurso de apelación en virtud de que no “... se observa que haya otorgado poder a los fines que su cónyuge ejerza su representación”, vulneró el derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, contenidos en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al implicar una abstención absoluta de pronunciamiento respecto a la fundamentación de la apelación (vid. sentencia n.º 588/2013), razón por la cual, se anula la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2013, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y, se ordena a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo emitir un nuevo pronunciamiento, respecto al recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada el 25 de enero de 2013, por el Juzgado Superior Estadal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del estado Monagas. Así se decide.

En virtud de la anterior declaración, se hace inoficioso el pronunciamiento por parte de esta Sala Constitucional sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada.

#### **IV DECISIÓN**

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que HA LUGAR la revisión constitucional ejercida por el ciudadano Héctor William Castrillón Girón, titular de la cédula de identidad n.º 8.265.390, asistido por el abogado Emil José Rico Gómez, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el n.º 156.934, Defensor Público Auxiliar con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Política Administrativa, Electoral, Sala de



Casación Civil, Social y Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, de la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2013, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, se ANULA la sentencia impugnada y se ORDENA a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo emitir un nuevo pronunciamiento, respecto al recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada el 25 de enero de 2013, por el Juzgado Superior Estatal Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del estado Monagas.

Publíquese, regístrese y archívese el expediente. Remítase copia de la presente decisión a las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 20 días del mes de noviembre de dos mil catorce (2014). Años: 204° de la Independencia y 155° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,  
GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

El Vicepresidente,  
FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,  
LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO  
Ponente  
MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN  
CARMEN ZULETA DE MERCHÁN  
ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES  
JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

El Secretario,  
JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp. N° 14-0733  
LEML/

