

BLODEPM

BLOQUE DE DEFENSORES
PÚBLICOS OFICIALES
DEL MERCOSUR

17° BOLETÍN DE
JURISPRUDENCIA



EDICIÓN 17°

Noviembre 2022



ASOCIACIÓN DE DEFENSORES PÚBLICOS
DEL PARAGUAY - ADEPPY



PRÓLOGO

En nuestros primeros años de universidad, los maestros nos enseñan que una de las fuentes formales del derecho, o sea una de las formas de creación y manifestación de las normas jurídicas, es la Jurisprudencia entendida esta al decir de Ossorio como *"la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada"*.

La Asociación de Defensores Públicos del Paraguay (ADEPPY), tiene el honor de presentar el Boletín de Jurisprudencia del Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur (BLODEPM), en su décima séptima edición, con aportes enriquecedores de sentencias de los tribunales de países que integran el Bloque en distintas materias del derecho enfocados en la defensa de los Derechos Humanos.

Para esta edición se ha contado con la colaboración y aporte de las Defensorías Públicas y Asociaciones de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Esta compilación que ha sido el resultado de un trabajo tesonero se presenta en forma amigable al lector, con un resumen de cada fallo.

Invitamos a la lectura de este boletín jurisprudencial que es en una herramienta enriquecedora para el desempeño de la Defensa.










Abg. Luis Fernando Basualdo Guerreño
Presidente

ASOCIACIÓN DE DEFENSORES PÚBLICOS DEL PARAGUAY

ÍNDICE



PRÓLOGO	1
MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA	
	
SENTENCIA DEFINITIVA SAN FERNANDO DEL VALLE DE CATAMARCA, ABRIL 2022. EXPTE. Nº XXXXX, CARATULADOS: "C., A. T. C/ R., A. R. L. S/ FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y DAÑO MORAL"	2
FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA CAUSA 47118/2012 FERNANDEZ C. N. B. C/ EN S/DAÑOS Y PERJUICIOS , CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL-SALA V (VIOLENCIA DE GÉNERO- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-DEBIDA DILIGENCIA)	25
ADEPRA - ASOCIACIÓN CIVIL DE LA DEFENSA PÚBLICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA	
	
EXP 115399/15 "V. M. DEL C. Y C. A. V. C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES S/ DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA (DAÑOS Y PERJUICIOS)" SENTENCIA CONTENCIOSO Nº 46. CORRIENTES, 19 DE NOVIEMBRE DE 2019.	40
EXP 115399/15 VIERA MARIA DEL CARMEN Y CESAR ARIEL VIERA C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES S/ DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA (DAÑOS Y PERJUICIOS)" CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y ELECTORAL PODER JUDICIAL PROVINCIA DE CORRIENTES.	69
DPU DEFENSORÍA PÚBLICA DA UNIAO DPU	
	
RESOLUCIÓN TUTELA DE URGÊNCIA PARA UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO AO IMPLANTE SUBDÉRMICO DE ETONOGESTREL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5097958-91.2021.4.02.5101/RJ 2ª INSTÂNCIA.	103
RESOLUCIÓN TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. PROGRAMA DE__COMPENSAÇÃO FINANCEIRA E APOIO À REALOCAÇÃO. DIREITO DOS MORADORES E DIREITO DA COLETIVIDADE AO MEIO AMBIENTE. 2ª INSTÂNCIA.	115

DEFENSORÍA PÚBLICA PENAL DE CHILE		
AMPAROS		
ROL N° 9533-2022. 01/04/2022. ACOGE. DEJA SIN EFECTO PRISIÓN PREVENTIVA ANTICIPADA.		127
ROL N° 7.423-2022. 15/03/2022 ACOGE. QUE LA AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.		135
ROL N° 8.925-2022. 28/03/2022. ACOGE. DEJA SIN EFECTO TRASLADO.		138
NULIDADES		
ROL N° 39.732-2021. 04/04/2022 ACOGE. SE TRATA DE TRES RECURSOS DE NULIDAD ACOGIDOS.		142
ROL N° 75.670-2021. 16/03/2022. ACOGE RECURSO DE NULIDAD POR CAUSAL DE LA LETRA F) DEL ART. 374 CPP.		
ROL 85832-2021. 20/04/22. ACOGE. NO SE ACREDITÓ AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA EN INVESTIGACIÓN.		196
ROL N° 84.247-2021. ACOGE 27/04/2022. TESTIGOS PROTEGIDOS		216
ADEF - ASOCIACION DE DEFENSORES PÚBLICOS DE CHILE		
CS ROL N°85.886-2021, 06.04.2022. RECURSO DE NULIDAD POR EL CONTROL DE IDENTIDAD AL IMPUTADO.		231
MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA DEL PARAGUAY		
AI 332 CAUSA NRO. 1603/2015. VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURALDE S/ HURTO AGRAVADO. DERECHO A LA PROPIEDAD – DERECHOS LA DEFENSA – INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.		247
ASOCIACIÓN DE DEFENSORES PÚBLICOS DEL PARAGUAY		
A Y S N° 634 DE FECHA 25 DE JUNIO DE 2021. AUTONOMÍA SEXUAL, FAMILIA, DEBIDO PROCESO, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.		253
A Y S N° 185 DE FECHA 25 MARZO DE 2022. DEBER ALIMENTARIO, DERECHO A LA DEFENSA, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.		269

**ASOCIACIÓN DE DEFENSORES DE OFICIO
DE URUGUAY**

SENTENCIA N° 86/2022 DEL 29 DE JUNIO DE 2022. TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE 1ER TURNO.	287
SENTENCIA NRO. 110/2022. JUZGADO LETRADO DE 2º TURNO DE LAS PIEDRAS. AA. JUICIO ORAL, DELITO DE HOMICIDIO.	301

**DEFENSA PÚBLICA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA
DE VENEZUELA**

RECURSO DE CASACIÓN, TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN SALA DE CASACIÓN SOCIAL, JUICIO POR COBRO DE INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO, DAÑO MORAL Y LUCRO CESANTE	313
SOLICITUD DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA SENTENCIA DEL 22 DE OCTUBRE DE 2010, POR EL TRIBUNAL PRIMERO DE PRIMERA INSTANCIA DE MEDIACIÓN Y SUSTANCIACIÓN DEL CIRCUITO JUDICIAL DE PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. ADOPCIÓN PLENA Y CONJUNTA.	328

BLODEPM

Boletín de Jurisprudencia

ARGENTINA





**Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina**

**MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA REPÚBLICA DE
ARGENTINA**

PARÁMETRO	CONTENIDO
País	ARGENTINA
Tribunal	Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal
Materia	Violencia de género- responsabilidad del Estado- Debida diligencia
Derechos involucrados	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO; PROTECCION INTEGRAL DE LA MUJER; VICTIMA; VIOLENCIA DE GÉNERO; PERSPECTIVA DE GÉNERO; DEBIDA DILIGENCIA; DAÑOS Y PERJUICIOS; INCAPACIDAD; PORCENTAJE DE INCAPACIDAD;
Breve relación de los hechos	Una mujer había sido víctima de golpes y amenazas de muerte por parte de su ex pareja y padre de sus hijas. En abril de 2009, la mujer lo denunció por violencia familiar ante la Oficina de Violencia Domestica. El juzgado civil interviniente ordenó la exclusión del agresor del hogar y decretó la prohibición de acercamiento en un radio de 500 metros del lugar donde se encontrase la denunciante y sus hijas. Sin embargo, la medida fue incumplida en reiteradas ocasiones. Por otro lado, se inició una causa penal contra el hombre por el delito de amenazas. En junio de ese año, la mujer hizo una nueva denuncia luego de recibir amenazas con un arma de fuego y reiterados llamados telefónicos. En julio de 2010, el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 22 condenó al hombre a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso por el delito de amenazas agravado por el uso de armas. Además, a pedido del fiscal interviniente, dispuso una consigna policial en el domicilio de la víctima. Sin embargo, dieciséis días después de la condena, el hombre realizó tres disparos con arma de fuego que impactaron en el tórax de la mujer y la hirieron de gravedad. Ante esta situación la mujer, por derecho propio y en representación de sus hijas, inició una demanda por daños y perjuicios contra el Estado Nacional. El juzgado de primera instancia hizo parcialmente lugar a la demanda



	<p>y condenó a la Policía Federal Argentina y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación –en representación del Poder Judicial de la Nación– a indemnizar los daños ocasionados. Contra esa decisión, todas las partes interpusieron un recurso de apelación.</p>
Fundamentos de derecho	<p>La Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal confirmó la decisión (voto del Alemany, al que adhirieron los jueces Treacy y Gallegos Fedreani). 1. Error judicial. Falta de servicio. Responsabilidad del Estado. Jurisprudencia. “[C]abe señalar que en el caso no resulta aplicable la jurisprudencia de Fallos 317:1233 y sus citas, relativa a la responsabilidad por error judicial, porque la parte demandante no cuestiona el contenido de uno o más actos jurisdiccionales cuyas consecuencias deban ser dejadas sin efecto legal; sino en el concepto de la falta de servicio en que incurrieron a los órganos administrativos y judiciales que intervinieron en el caso, de conformidad con la doctrina de Fallos 306:2030, en razón de haber omitido adoptar de manera coordinada y articulada las medidas de seguridad razonablemente necesarias para prevenir el violento desenlace de la situación. En tal sentido, cabe recordar que `quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular en los términos del artículo 1112 del Código Civil [...]. En un sentido análogo, los artículos 1º y 3º de la ley 26.944 establecen que para que la responsabilidad sea atribuible al Estado el daño debe haber sido causado por una falta de servicio, consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado, que deriva de la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”. 2. Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer (Convención De Belém Do Pará). Protección integral de la mujer. Medidas precautorias. “[C]abe señalar que la obligación de prevenir y garantizar a las mujeres el derecho a una vida sin violencia no se desprende solamente de normas convencionales de derecho internacional, sino que se deriva de la propia legislación interna de la República Argentina. En efecto, la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, en vigencia al momento de los hechos, establece que las mujeres tienen derecho a recibir protección judicial urgente y preventiva se encuentren amenazados o vulnerados su derecho a</p>



una vida sin violencia y sin discriminaciones, a la salud y a la integridad física (cfr. artículo 16, inciso e), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3º). Asimismo, y frente a casos de denuncias, el artículo 26 establece que en cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar diverso tipo de medidas y, en general, toda `medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer´ (cfr. inciso a), pto. 7; la cursiva no es del original). El artículo 34, además, pone a cargo del/la juez/a el control de la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, y, de conformidad con el artículo 32, `cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez deberá poner el hecho en conocimiento del/la juez/a con competencia en materia penal´´. 3. Vulnerabilidad. Víctimas. Violencia de género. Reglas de Brasilia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “No es posible soslayar el nivel de vulnerabilidad en el que se encuentran las mujeres, y, en particular, quienes son víctimas de violencia. Por ello, en las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que corresponde aplicar de conformidad con la Acordada CSJN nro. 5/09, se establece que se debe prestar `una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna´. En un sentido concordante, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer aprobada por ley 24.632, también denominada `Convención de Belem do Pará´, establece en su artículo 7 que los Estados Partes deben `adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer´. La obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir situaciones de violencia no se limita a casos en los que esté involucrado directamente el Estado a través de sus agentes, sino que ésta obligación también se extiende a aquellos casos que resultan ser obra de un particular [...]. Frente a casos concretos de violencia contra las mujeres, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que `los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida



diligencia'. Precisó que se debe contar con un adecuado marco jurídico de protección, 'con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias'; y para ello, se deben tener en cuenta los factores de riesgo para que se pueda proporcionar una respuesta efectiva. En particular, adoptando medidas preventivas en 'casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia'. Concretamente, señaló que 'ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección'. Ello es así, porque los 'Estados tienen, además de las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, obligaciones específicas a partir del tratado interamericano específico, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) [...]. Además, porque la 'violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es 'una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres', que 'trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases' [...]. Por ello, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha sostenido que la 'definición de la discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada', porque 'impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre'...". 4. Perspectiva de género. Debida diligencia. Falta de servicio. "[D]esde un concepto del derecho con perspectiva de género, la responsabilidad del Estado fundada en la idea objetiva de falta de servicio (Fallos 306:2030) debe ser considerada de una manera específicamente adaptada a la singularidad de cada situación considerada en el caso; así lo exige el estándar de la 'debida diligencia reforzada' [...]; en el que se expresó que si bien el deber de investigar y prevenir constituye una obligación de medios y no de resultado, debe ser asumida por el Estado como un deber



jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa [...]. Del examen de las actuaciones, y de los agravios expuestos por las partes resulta que la actuación descoordinada de los funcionarios administrativos y judiciales, de los fiscales, defensores, y jueces, frente a una situación de violencia creciente que, a primera vista se evidenciaba como extremadamente peligrosa para la víctima y sus hijas, no puede ser sino considerada como un supuesto específico de prestación irregular del servicio de seguridad y del servicio de administración de justicia; cuya actuación revela un obrar contrario a las normas nacionales e internacionales que rigen esa materia. En éste ámbito, no es suficiente argumentar que cada uno de los órganos estatales intervinientes, aisladamente considerado, ajustó su actuación a las normas que regulan su competencia formal y material, ya que proceder de ese modo justamente constituye una manera de atender a la formalidad, más que cumplir con el deber jurídico prioritario de procurar la protección de la mujer en situación de riesgo por todos los medios que estén razonablemente a su alcance [...]. Tal deber `pertenece a toda la estructura estatal', y las ordenes o medidas de protección como las referidas `son vitales para garantizar la obligación de la debida diligencia en los casos de violencia doméstica', porque `a menudo son el único recurso del cual disponen las mujeres víctimas y sus hijos e hijas para protegerse de un daño inminente. Sin embargo, sólo son efectivas si son implementadas con diligencia' [...].

5. Daños y perjuicios. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia. Incapacidad. Porcentaje de incapacidad. “[C]abe recordar que en Fallos 342:2198 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando la víctima resulte disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de su vida [...]. Asimismo, sostuvo que `no es necesario ajustarse a criterios matemáticos ni tampoco a los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta de referencia. Debe tenerse en cuenta, además, las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas y los efectos que estas puedan tener en su vida laboral y de relación [...]’.



	Además, y con relación a las cicatrices, no es posible soslayar que la suma fijada comprende lo reclamado en concepto daño estético, porque `más allá de la discriminación conceptual y las denominaciones empleadas, persiguen la reparación económica de las secuelas que la incapacidad originó en la víctima atendiendo a su incidencia en los múltiples ámbitos en que la persona proyecta su personalidad, dimensión a la que atiende el concepto resarcitorio en examen´ ...”.
Resolución (Liga de enlace)	Fernandez (causa N° 47118).pdf (mpd.gov.ar)
Contexto social y económico del caso	Mujer víctima de violencia de género por parte de su pareja, que está a cargo de sus 2 hijas menores de edad que en reiteradas ocasiones solicitó medidas protectoras que le fueron otorgadas, sintiéndose a su vez, desprotegida por el Estado, debido a las reiteradas violaciones de éstas por parte de quien ya había sido condenado. Reclama al Estado por no haber podido prevenir la materialización del riesgo que existía y que ella advirtió.
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Fallo de segunda instancia - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal
Instrumento y/o criterio internacional invocado	CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (CONVENCION DE BELÉM DO PARÁ; REGLAS DE BRASILIA; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS;
Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)	
Votación por la que fue adoptada (si corresponde)	
Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)	
Otra observación	



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

47118/2012 FERNANDEZ C. N. B. c/ EN s/DAÑOS Y PERJUICIOS

Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los días del mes de noviembre de dos mil veintiuno, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para resolver los recursos interpuestos en el expediente “FERNANDEZ C. N. B. c/ EN s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El Juez de Cámara, Jorge F. Alemany, dijo:

I. Que, por medio de la sentencia del 21 de septiembre de 2020, el Juez de primera instancia hizo parcialmente lugar a la demanda interpuesta por C. N. B. Fernández, por derecho propio, y en representación de sus hijas menores de edad, A. S. W. y N. W., y condenó - en partes iguales - a la Policía Federal Argentina y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación - en representación del Poder Judicial de la Nación - a indemnizar los daños ocasionados a raíz de la tentativa de homicidio ocurrida el 2 de agosto de 2010 a manos de quien fuera su pareja el señor J. C. W., 16 días después de haber sido condenado en el juicio por amenazas tramitado ante la Justicia en lo Penal Contravencional y de Faltas de la ciudad de Buenos Aires. Ello así porque, pese a conocer que las demandantes estaban en una clara situación de riesgo -después materializada -, las demandadas incumplieron con el deber de cuidado que se encontraba a su cargo. Impuso las costas a la co-demandadas vencidas.



Como fundamento y en primer término, señaló que con anterioridad al hecho referido la actora había presentado una denuncia por violencia familiar contra el señor J. C. W., en virtud de que aquél le había propinado diversos golpes y la había amenazado de muerte. Esa denuncia dio lugar a la causa que tramitó ante el Juzgado

Sostuvo que si bien no se evidenciaba la prestación irregular del servicio por parte de la Justicia Nacional en lo Civil, cuyas decisiones no habían sido cuestionadas por la interesada en esa causa, también debieron haberse tenido en cuenta las disposiciones establecidas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer; es decir, la denominada Convención Belem do Para, ratificada por ley 24.632. Preciso que en ella los Estados parte se comprometieron a adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y, en particular, el deber actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; así como las medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; además de establecer procedimientos legales, justos y eficaces, así como medidas de protección, un juicio oportuno, y acceso efectivo a tales procedimientos.

Destacó que la Sala II de este fuero había resuelto una situación análoga a la de la presente en la causa nro. 50.029/11 “A. R. H. y otro c/ EN-Mº Seguridad - PFA y otros s/Daños y Perjuicios”, sentencia del 11 de julio de 2017. Allí, se precisó que para hacer responsable al Estado por haber omitido prevenir hechos de violencia de género o brindar seguridad a la víctima, se requiere: “1.- que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; esto es, se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y, además, que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato; 2.- que la situación de riesgo amenace a una mujer, es decir, que exista un riesgo particularizado; 3.- que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo; y 4.- que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo (v. Considerando VII, y sus citas)”.

Señaló, en tal sentido, que en el caso se encuentran acreditados tales elementos, toda vez que la denuncia y los diversos informes realizados en la causa instada por la actora por violencia familiar, daban cuenta de que la situación de riesgo era conocida por el Estado, y que pudo ser razonablemente prevenida si la jueza interviniente hubiera ordenado medidas de seguridad en el domicilio de la actora, o se hubieran dispuesto y llevado a la práctica cualquier otra medida idónea para hacerla cesar y evitar la repetición.

Por tales motivos, refirió que en el caso se “verifica la omisión de un mandato expreso y determinado, en tanto y en cuanto existe un marco normativo de protección a la mujer que implica el reconocimiento de una situación determinada – de desventaja, discriminación, o vulnerabilidad - y traduce la necesidad de tomar medidas al respecto”. En particular, destacó las prescripciones de las leyes 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar, 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (reglamentaria de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer-



CEDAW-), y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Por otra parte, también se refirió a lo actuado por los mismos hechos en la causa nro. 15.495/09, “W., J. C. S/Inf. Art. 149 Bis CP”, que tramitó por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 22, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir de la denuncia policial. Señaló que el 7 de abril de 2009, la actora se presentó en la Comisaria nro. 40 de la Policía Federal Argentina a formular una denuncia contra el señor J. C. W., quien la había amenazado de muerte y le había propinado diversos golpes. Agregó que en la denuncia también consta que la policía había intervenido luego de que una amiga de la actora alertara a la policía del hecho en curso. Destaca que el 11 de junio de 2009, la actora hizo una nueva denuncia contra el señor W. por amenazas telefónicas realizadas durante los dos meses anteriores, que fueron consideradas como hostigamiento, y que en agosto de 2009, amplió la denuncia contra el señor W.. El 16 de julio de 2010, el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas nro. 22, condenó a J. C. W. a la pena de un año y seis meses de prisión, de cumplimiento en suspenso, por haber amenazado a la actora los días 6 de abril, 25 de agosto y 20 de octubre de 2009, agravado el primero de ellos por el uso de armas; y, a pedido del Fiscal interviniente, dispuso una consigna policial en el domicilio de la actora.

Destacó que si bien la Policía Federal Argentina había cumplido con las medidas judiciales ordenadas por la justicia local, todavía se encontraba vigente la prohibición de acercamiento del señor W. respecto de la actora, que fue sucesivamente prorrogada, sin que después del dictado de la sentencia del 16 de julio de 2010, en el juicio por amenazas se hubiese verificado la efectivización de esa medida, ni de otras acordes con el riesgo ya evidenciado. Sostuvo que ello ponía de manifiesto el incumplimiento de la manda ordenada por la Justicia Nacional en lo Civil. En consecuencia, y de conformidad con lo resuelto por la Sala II en el precedente citado, concluyó que la fuerza de seguridad también era responsable por los hechos examinados en estas actuaciones, porque cuando “cuando un Estado hace poco o ningún esfuerzo para detener ciertos tipos de violencia privada, está aprobando tácitamente esa forma de violencia, por lo que tal complicidad transforma lo que de otra manera sería una conducta plenamente privada en un acto constructivo del Estado”. Máxime, cuando “las víctimas de violencia doméstica no cuentan con mayor protección que la de las fuerzas del orden para salvaguardar su integridad psicofísica, por lo que un estándar hermenéutico que eximiera a aquéllas de comprender el contexto puntual de la situación que son llamadas a atender, en el marco general de la problemática suscitada, equivaldría a una inaceptable renuncia a cumplir los compromisos asumidos por el Estado Nacional de modo cabal, adecuado y con sentido en función de la jerarquía de los derechos en juego, que en caso contrario se traduciría en la práctica una masiva vulneración de derechos de un colectivo, pese a merecer éste la más alta protección”.

Sentado ello, y con respecto a los rubros indemnizatorios, destacó que la incapacidad física y psicológica debe ser reparada cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes de manera permanente, al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, porque la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de su vida. En tal sentido, destacó que la actora recibió tres disparos en el tórax que la hirieron de



gravedad, y debió ser intervenida quirúrgicamente para expandir su pulmón izquierdo que había colapsado, y reparar la lesión del tejido pulmonar.

Precisó que, a raíz de ello, la actora 20%, respectivamente”. Asimismo, fijó la suma de \$115.200 para las menores (en conjunto) y \$86.400 en favor de la demandante, en concepto de tratamiento psicológico, de conformidad con lo recomendado por la experta interviniente.

Asimismo, y con respecto al daño moral, recordó que para determinar su quantum debe tenerse en cuenta su carácter resarcitorio, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado y que no debe guardar necesariamente relación con el daño material. Así, fijó dicho rubro en la suma de \$400.000 pesos en favor de la demandante, y \$400.000 en favor de las niñas N. y A. S. W. (en conjunto).

Por otra parte, rechazó el resarcimiento reclamado en concepto de lucro cesante, y por la pérdida de valor del inmueble que habitaba, en razón de los destrozos realizados por su ex pareja, por considerar que no había acreditado nexo de causalidad suficiente que permitiera vincular los hechos dañosos con la conducta del Estado Nacional.

II.- Que la parte actora apeló y expresó agravios el 17 de marzo de 2021, los que fueron únicamente replicados el 19 de abril de 2021 por el Estado Nacional – Policía Federal Argentina.

La parte actora se agravia del monto del resarcimiento reconocido en la sentencia apelada, por considerarlo exiguo. Destaca que el monto determinado por cada punto porcentual de incapacidad es significativamente menor al fijado por este fuero y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en situaciones análogas, y sostiene que deberían reconocerse 40.000 pesos por punto porcentual de incapacidad. También, se agravia de que se le haya reconocido a las hijas un monto menor en concepto de daño psicológico al que le había sido reconocido a la señora C. Fernández, y, a su vez, entiende que al justipreciar el daño moral debería ponderarse la experiencia vivida por la demandante y sus hijas. Concretamente, señala que: el “intento de asesinato en las condiciones narradas en la demanda, al borde de la muerte durante más de 15 días en terapia intensiva y sin saber que estaba pasando con sus hijas durante ese lapso, en virtud de la impunidad que el agresor había gozado hasta entonces y el estado de indefensión de las tres actoras vivido durante años, torna la suma sentenciada por el magistrado por este rubro en insuficiente”.

Por otra parte, y con respecto a los rubros rechazados (pérdida del valor de la vivienda y lucro cesante), sostiene que su reconocimiento “cuenta con los mismos fundamentos y probanzas que los anteriores rubros que a criterio del magistrado si han sido procedentes”. Ello es así, aclara, porque si el “sistema de justicia y fuerzas de seguridad hubiesen conminado a W. al cumplimiento de la ley, a una conducta socialmente aceptable y lo hubiesen mantenido alejado de las damnificadas, ninguna de ellas hubiese tenido que dejar su vida, sus costumbres, sus amistades, su esparcimiento, etc. para convertirla en una fuga permanente las 24 hs del día”.

Además, sostiene que debe considerarse la depreciación monetaria, pues afecta el valor adquisitivo del importe fijado por el Juez de primera instancia. En particular, se agravia de la tasa de interés reconocida en la sentencia apelada, porque considera que la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina no es



suficiente para compensar la pérdida del poder adquisitivo ocurrida como producto del fenómeno inflacionario. Por tales motivos, solicita la aplicación de la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.

III.- Que el Estado Nacional - Ministerio de Seguridad - Policía Federal Argentina apeló y expresó agravios mediante la presentación del 25 de marzo de 2021, los que no fueron replicados por sus contrarias.

Se agravia, por considerar que su parte cumplió con todas las obligaciones a su cargo. En particular, refiere que la única orden judicial dictada a su parte en las causas instadas a partir de las denuncias ya referidas, consistía en proveerla de una consigna policial en el domicilio de la señora Fernández. Sostiene que no está controvertido que esa orden se cumplió mediante la presencia del personal policial en el domicilio indicado. Destaca que el ataque se perpetró en las inmediaciones de la escuela de las hijas de la demandante, luego de que ella las dejara en la institución; pues fue allí donde el señor W. le disparó tres veces a quemarropa con un arma de fuego. Señala que ello, en consecuencia, demuestra que la “consigna estaba en el lugar indicado (domicilio de la parte actora)” y que los hechos se perpetraron en un lugar diferente al domicilio de la parte actora.

También, sostiene que el “nexo causal está ausente, que resulta ser un elemento esencial para originar la responsabilidad estatal”, puesto que no puede responsabilizarse a su parte por los hechos de un tercero por los cuales no debe responder. Refiere que el Juez de primera instancia omitió el tratamiento de esta defensa, pese a que “era susceptible de gravitar en el resultado de la incidencia”.

En otro orden, se agravia de los rubros y montos indemnizatorios reconocidos en la sentencia apelada. En particular, con respecto al daño físico, señala que su procedencia solamente se motivó en los porcentajes de incapacidad indicados por el experto, y, precisa que su parte impugnó el informe pericial porque no indicaba cómo se reflejaba ese porcentaje en la actividad laboral y social de la actora, “más allá del dolor que indica”. Agrega que “no se ha determinado su intensidad, su localización, su discomfort, su repercusión en la autonomía funcional en las tareas personales, de relación y laborales...”. Refiere que para que las cicatrices ameriten indemnización “debe traducirse en un daño patrimonial, cuando inciden en las posibilidades económicas del lesionado, o en un agravio moral, por los sufrimientos y mortificaciones provocados a la víctima, lo que no ocurre en el presente”.

Sostiene, además, que el daño psicológico no constituye un rubro indemnizatorio autónomo, puesto que la lesión psíquica no tiene identidad suficiente para caracterizar la procedencia de una indemnización separada de la que pudiera fundar una condena por incapacidad o daño moral. Asimismo, señala que no se tuvo en cuenta el “ambiente que rodeaba a las actoras y que ellas mismas relatan, de manera tal que debería haber separado la perito lo relativo a la vida anterior de las co actoras del hecho motivo de autos”. Agrega que el “dictamen carece de rigor científico restándole validez probatoria que requiere en este aspecto”. Sostiene que el resarcimiento por tratamiento psicológico se superpone con la indemnización por incapacidad psicológica, ya que al “indicarse una terapia de recuperación se descarta el daño psicológico como una lesión irreversible, y, en consecuencia indemnizable”. También, cuestiona la procedencia del daño moral, porque entiende que no se han indicado los parámetros considerados para determinar y cuantificar



su procedencia, y porque “según las constancias de autos nada se modificó sustancialmente en relación a la vida de las actoras”.

IV.- Que el Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos también apeló y expresó agravios el 28 de marzo de 2021, los que fueron únicamente replicados mediante la presentación del 19 de abril 2021 por el Estado Nacional – Policía Federal Argentina.

En primer término, señala que no existió un supuesto de falta de servicio imputable a su parte, puesto que el “Estado solo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error”. En particular, porque no existe fundamento para reconocer un resarcimiento. Sostiene que los fundamentos expuestos resultan contradictorios puesto que, por un lado, en la sentencia apelada se afirmó que no se habían individualizado los cuestionamientos formulados al Poder Judicial de la Nación, y, por el otro, se destaca que en la causa referida se había ordenado la exclusión del señor W. del hogar y una restricción perimetral de 500 metros. Asimismo, entiende que el a quo no explica de qué modo la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer deriva en la atribución de responsabilidad a su parte. Señala que tanto en el expediente civil como en el penal contravencional se tomaron las medidas que se consideran adecuadas para la protección de la actora y sus hijas. Sostiene que la “actuación del Poder Judicial de la Nación se desarrolló dentro de los parámetros de la normativa aplicable en los casos de violencia familiar, ordenando las medidas solicitadas por la actora y dentro de los límites del proceso civil”, porque “la Jueza en lo Civil no tenía procesalmente la posibilidad de dictar más medidas que las que efectivamente ordenó”.

Destaca que, el Juez de primera instancia recordó que pese a la restricción perimetral que había ordenado el Poder Judicial de la Nación, la Policía Federal Argentina no había protegido a la actora. Por ello, refiere que no se individualizó cuál había sido la omisión en la que había incurrido el Juzgado interviniente. Sostiene que, tanto el Juzgado Nacional en lo Civil como el Equipo de Violencia Familiar y el Cuerpo Médico Forense habían tenido una actuación ejemplar. Refiere que si la Policía Federal Argentina hubiera cumplido acabadamente con las mandas judiciales, difícilmente hubieran tenido lugar los hechos en razón de los cuales se demanda. Por ello, entiende que de confirmarse la sentencia apelada, se debería distribuir la responsabilidad en base a la incidencia que cada parte tuvo en los hechos bajo examen, puesto que la conducta de la Policía Federal

Argentina tuvo “mayor incidencia en la configuración del siniestro generador de los supuestos daños por los que se reclama”.

Por otra parte, cuestiona los montos del resarcimiento reconocido en la sentencia apelada. En particular, con respecto al daño físico, y por considerar que el informe pericial tiene varios defectos. Precisa que el experto no determinó cómo se refleja esa incapacidad en la actividad laboral y social de la actora, ni cómo repercutió en los miembros afectados, más allá del dolor que la actora refiere. Con respecto al daño psicológico, cuestiona su reconocimiento como un rubro autónomo, y sostiene que la decisión refleja exclusivamente la voluntad del a quo, toda vez que no se sustenta en la fuerza probatoria de la pericia. También, cuestiona el monto reconocido en concepto de daño moral por considerarlo



elevado, puesto que “no se ha hecho mención alguna a los parámetros tomados para tal fin, sino una remisión genérica a la jurisprudencia que rige en la materia”.

Por último, se agravia de la forma en la que fueron impuestas las costas de la anterior instancia; y de los intereses fijados en la sentencia, puesto que los valores fijados en la condena son actuales y deberían computarse a partir de que aquella quedara firme y consentida.

V.- Que, en primer lugar, corresponde formular una breve reseña de los hechos y circunstancias que resultan de la causa. Los hechos que a continuación se van a relatar implicaron la intervención de distintos fueros y juzgados en sede judicial que actuaron concomitantemente durante todo el periodo que se inició a partir del día 6 de abril de 2009.

En tal sentido, cabe recordar que los hechos de violencia que concluyeron en el homicidio en grado de tentativa por el que finalmente el señor J. C. W. fue condenado a 20 años de prisión en la causa tramitada ante el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 9 de esta Capital Federal contra la señora Fernández, no se iniciaron el día 2 de agosto de 2010, sino más de un año antes. Concretamente, el 6 de abril de 2009, cuando el señor W. la amenazó verbalmente de muerte y a través de golpes de puño y arrojando cuchillos frente a sus hijas, que en ese momento tenían 9 y 10 años de edad. Del relato de la actora, surge que esa situación se rolongó durante toda la tarde de ese día hasta las 23.00 horas, cuando llegó la policía y logró salir. El señor W., sin embargo, retuvo a las niñas durante varias horas. Ello resultó en la ruptura de la convivencia, puesto que la demandante y sus hijas se fueron a vivir a la casa de su madre (fs. 42/43, 48, y 77/vta. de la causa nro. 15.495, agregada).

La actora, en razón de los hechos referidos, logró obtener en la Justicia Nacional en lo Civil una prohibición de acercamiento ordenada el 13 de abril de 2009. En efecto, y tal como fue señalado por el Juez de primera instancia, esa medida fue prorrogada sucesivamente, y la última tuvo lugar el 30 de junio de 2010 por el plazo de 120 días de vigencia (cfr. fs. 63, 103, 126, y 157, de la causa 23.477/09 “Fernández C. N. B. c/ W., J. C. s/ Denuncia por Violencia Familiar”, agregada). En esa causa civil, también se ordenó la exclusión del hogar, pero no se pudo hacer efectiva porque la actora no quería quedarse sola en su hogar, que era un inmueble de su propiedad, porque tenía miedo de que los hechos ocurridos en abril de 2009 se repitieran. Tampoco quiso impulsar un juicio de usurpación, porque temía que el señor W. estuviera en la calle y les pudiera hacer daño (cfr. fs. 23/24, de la causa nro. 15.495, agregada; y fs. 123, de la causa 23.477/09 “Fernández C. N. B. c/ W., J. C. s/ Denuncia por Violencia Familiar”, agregada).

A partir de ese momento, es decir, el 6 de abril de 2009, el señor W. amenazó y hostigó a la demandante y a sus hijas de manera constante y en diversos ámbitos, pese a la prohibición de acercamiento. Ello fue debidamente acreditado en las causas penales que se instruyeron a partir de denuncias formuladas por la señora Fernández, por el hecho ocurrido el propio 6 de abril de 2009 y los subsiguientes. En efecto, el señor W. amenazó de muerte a la señora Fernández desde el día 6 de abril al 20 de octubre de 2009 a través de llamados y mensajes telefónicos, lo que fue acreditado mediante testimonios y los listados de los innumerables llamados telefónicos que fueron realizados a la casa de la madre de la actora a la cual se mudaron, al teléfono laboral de la señora Fernández, y a su teléfono celular (cfr. fs. 134/135, 136/138, 142/144vta., 145/146, y 179/183; y fs. 351vta. de la causa nro. 15.495, agregada). Asimismo, se verificó que el día 25 de agosto de 2009, el señor W.



interceptó a la demandante a media cuadra del colegio al que asistían sus hijas, estando “sacado y fuera de sí”, le dijo que “la iba a matar”, a tal punto que la hija mayor le hizo frente y pidió el teléfono para llamar al 911 (cfr. fs. 23/24, 86/87, y 349vta./353, de la causa 15.495, agregada). Por estos hechos, fue condenado el día 16 de julio de 2010, es decir, pocos días antes del ataque, a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso por el Juzgado en lo Penal, Contravenciones y de Faltas nro. 22 de la ciudad de Buenos Aires; donde también se ordenó la presencia de una consigna judicial en el hogar donde residía la demandante (cfr. fs. 325/vta., de la causa 15.495, agregada).

También fue condenado en la causa que tramitó ante Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas nro. 29 de esta ciudad de Buenos Aires por amenazas por una serie de mensajes telefónicos que dejó en la casa donde estaba viviendo la demandante que tuvieron lugar entre el 5 y el 8 de julio de 2010. Es decir, de manera contemporánea a cuando se estaba realizando el juicio referido anteriormente. De ellos se desprendía un claro y concreto contenido amenazante: “...tanto vos y tu mamita están en el horno...(…), falta muy poco, eh...”, “cuidado con lo que mandas (...) cuidado C. eh cuidado con lo que hagas, cuidado porque yo estoy acá entendes? estoy, estoy en Flores, pero no estoy lejos de ahí, entendes?...”. También se refirió a la madre de la demandante: “...sabe cuándo va lamentar haber hecho todo esto usted? O sea tanto va a llorar y se va acordar de mí que no va (...) o sea va a morirse pensando recordando a mí, acuérdense lo que yo le digo, o sea usted (...) va a tener un recuerdo tan pero tan constante de mí, que nunca más se va a olvidar...” (cfr. fs. 287/289, de la causa 28.885, agregada). Por esos hechos, fue condenado el 20 de diciembre de 2012 por el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas nro. 29 de esta ciudad de Buenos Aires, a la pena de 9 meses de prisión de efectivo cumplimiento que tuvo por purgado por el tiempo de detención que estaba cumpliendo por disposición del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 9, en el que estaban tramitando las actuaciones por la tentativa de homicidio cuyos daños pretenden reparar en la presente causa (cfr. fs. 250/vta., de la causa 28.885/10, agregada).

La peligrosidad y el riesgo de la situación en que se encontraban las demandantes se había demostrado en la causa civil referida desde el comienzo de las actuaciones. En el informe psicosocial elaborado el 7 de abril de 2009 por la psicóloga y la trabajadora social integrantes de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se había precisado que la situación familiar estaba atravesada por “múltiples problemáticas psicosociales de la que surge que, al momento de la presente intervención, las niñas se encontrarían en una situación de riesgo en función de las características de la conflictiva parental vincular e individual de cada uno de los padres pesando una amenaza de muerte que habría sido esgrimida por el Sr. W.. Cabe destacar que el mismo se hallaría en una posible situación límite” (el subrayado no es del original). En un sentido análogo se refirió el Cuerpo Médico Forense al examinar al señor W. el 13 de abril de 2009. Precisó que evidenciaba un trastorno adictivo, que había consumido cocaína y benzodiazepinas, que manifestaba un tono excitatorio, e indicó su internación en el CENARESO. En virtud de ello, la Defensora Pública de Menores e Incapaces solicitó la inmediata internación del señor W., pero aquel permaneció internado en esa institución durante solo 3 días (fs. 5/vta., 23, 27, 51 y 125 de la causa 23.477/09 “Fernández C. N. B. c/ W., J. C. s/ Denuncia por Violencia Familiar”, agregada).



Pese al dictado de la prohibición de acercamiento, de las constancias de la causa civil surgen los diversos incumplimientos de esa medida, los que fueron informados en reiteradas ocasiones por la actora ante la Justicia Nacional en lo Civil, que se limitó a prorrogar esa medida que la Policía Federal Argentina nunca logró hacer efectiva. A su vez, la situación de la demandante y sus hijas fue puesta en conocimiento del Juzgado civil interviniente en varias oportunidades, tanto por la actora como por la Defensoría Zonal del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y la trabajadora social del Juzgado (cfr. fs. 58, 91, 102, 110, 123 y 125, de la causa 23.477/09, agregada). El organismo referido, destacó que los episodios de violencia continuaban y se mantenían, particularmente de hostigamiento y amenazas. El día 29 de junio de 2010, es decir, poco más de un mes antes del intento de homicidio, la trabajadora social del juzgado informó, a partir de una audiencia celebrada ese mismo día, que subsistían “indicadores de alta peligrosidad y conflictividad en la relación entre las partes, considerando oportuno decretar medidas para que ambos se abstengan de mantener contacto con el otro y canalicen su conflictiva (propiedad, tenencia, reg. visitas)”.

Finalmente, el día 2 de agosto de 2010, J. C. W. se acercó a la demandante, como había ocurrido en otras ocasiones, y realizó tres disparos, dos de los cuales impactaron en su tórax y el tercero en la zona dorso lumbar, que pudieron prácticamente terminar con su vida (cfr. fs. 145vta. y ss., de la causa nro. 28.885, agregada). Como ya se dijo, por este último hecho J. C. W. fue condenado el 8 de agosto de 2012 por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 9 de esta Capital Federal, a la pena de veintiún años de prisión, comprensiva de los veinte años de prisión, accesorias legales y costas, por haber sido considerado autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por haber sido cometido con un arma de fuego, en grado de tentativa, en perjuicio de la aquí actora, en concurso real con portación de arma de fuego de uso civil sin autorización legal, y la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso, que había sido impuesta en la Causa N° 15.495/09, del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 22, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ser considerado autor del delito de amenazas reiteradas en tres oportunidades. Todo ello, en concurso real entre sí, agravado el primero por el uso de armas (cfr. fs. 136/217vta., de la causa 28885, agregada).

En esa causa, y en cuanto aquí interesa, el Tribunal Oral tuvo por acreditado que “el imputado se le aparecía constantemente a la señora Fernández y a sus hijas, no obstante la prohibición de acercamiento”, y destacó las actuaciones que tramitaron ante la Justicia Nacional de Instrucción, de esta Ciudad de Buenos Aires, en orden al delito de desobediencia (cfr. fs. 110, de la causa 23.477/09, agregada). Esas actuaciones concluyeron con el sobreseimiento del señor W., dictado el 13 de diciembre de 2010, porque el Juez a cargo de la causa consideró que entre el 27 de mayo y el 3 de junio de 2010 no se encontraba vigente la prohibición de acercamiento. Al respecto de ese pronunciamiento, el Tribunal Oral sostuvo que “la selectividad del sistema hizo que se delimitara el objeto de ese proceso a una presunta desobediencia a la orden judicial de acercamiento, que culminó con un sobreseimiento, y a la invisibilización institucional de la clara amenaza de muerte también denunciada” (cfr. fs. 891/vta. y 911vta. de la causa 3.674, agregada).

VI.- Que, al respecto, cabe señalar que en el caso no resulta aplicable la jurisprudencia de Fallos 317:1233 y sus citas, relativa a la responsabilidad por error judicial, porque la parte demandante no cuestiona el contenido de uno o más actos jurisdiccionales cuyas



consecuencias deban ser dejadas sin efecto legal; sino en el concepto de la falta de servicio en que incurrieron a los órganos administrativos y judiciales que intervinieron en el caso, de conformidad con la doctrina de Fallos 306:2030, en razón de haber omitido adoptar de manera coordinada y articulada las medidas de seguridad razonablemente necesarias para prevenir el violento desenlace de la situación. En tal sentido, cabe recordar que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular en los términos del artículo 1112 del Código Civil (cfr. Fallos: 306:2030; 315:1902, considerando 3º; 325:1277, considerando 11, último párrafo; y 332:2842; considerandos 6º y 7º, y sus citas; esta Sala en causa 27709/2006 Mierez Aparicia y otros c/ EN-Mº Justicia-SPF s/Daños y Perjuicios, del 12 de noviembre de 2015). En un sentido análogo, los artículos 1º y 3º de la ley 26.944 establecen que para que la responsabilidad sea atribuible al Estado el daño debe haber sido causado por una falta de servicio, consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado, que deriva de la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

VII.- Que, en tal sentido, cabe señalar que la obligación de prevenir y garantizar a las mujeres el derecho a una vida sin violencia no se desprende solamente de normas convencionales de derecho internacional, sino que se deriva de la propia legislación interna de la República Argentina. En efecto, la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los ámbitos en que

Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, en vigencia al momento de los hechos, establece que las mujeres tienen derecho a recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados su derecho a una vida sin violencia y sin discriminaciones, a la salud y a la integridad física (cfr. artículo 16, inciso e), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3º). Asimismo, y frente a casos de denuncias, el artículo 26 establece que en cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar diverso tipo de medidas y, en general, toda “medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer” (cfr. inciso a), pto. 7; la cursiva no es del original). El artículo 34, además, pone a cargo del/la juez/a el control de la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, y, de conformidad con el artículo 32, “cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez deberá poner el hecho en conocimiento del/la juez/a con competencia en materia penal”.

No es posible soslayar el nivel de vulnerabilidad en el que se encuentran las mujeres, y, en particular, quienes son víctimas de violencia. Por ello, en las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que corresponde aplicar de conformidad con la Acordada CSJN nro. 5/09, se establece que se debe prestar “una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna”. En un sentido concordante, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer aprobada por ley 24.632, también denominada “Convención de Belem do Pará”, establece en su artículo 7 que los Estados Partes deben “adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en



llevar a cabo lo siguiente: (...) b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. La obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir situaciones de violencia no se limita a casos en los que esté involucrado directamente el Estado a través de sus agentes, sino que ésta obligación también se extiende a aquellos casos que resultan

ser obra de un particular (CorteIDH, Caso “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, del 29 de julio de 1988, párr. 172; caso “Caso González y otras (“Campo Algodonero”)” Vs. México, del 16 de noviembre de 2009, párr. 254.; y, CIDH, Caso 12.051, Informe No. 54/01, “Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil”, párr. 56).

Frente a casos concretos de violencia contra las mujeres, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia”. Preciso que se debe contar con un adecuado marco jurídico de protección, “con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias”; y para ello, se deben tener en cuenta los factores de riesgo para que se pueda proporcionar una respuesta efectiva. En particular, adoptando medidas preventivas en “casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia”.

Concretamente, señaló que “ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”. Ello es así, porque los “Estados tienen, además de las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, obligaciones específicas a partir del tratado interamericano específico, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)” (Caso “Favela Nova Brasilia vs. Brasil”, del 16 febrero de 2017, párr. 243 y 244).

Además, porque la “violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es ‘una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’, que - ‘trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases” (CorteIDH, Caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, del 30 de agosto de 2010, párr. 118). Por ello, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha sostenido que la “definición de la discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, porque “impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” (Cfr. CEDAW, Recomendación general 19: La Violencia contra la Mujer, del 29/01/92; y CorteIDH, en Caso “Campo Algodonero”, ya citado, párr. 395).

VIII.- Que, sentado ello, cabe señalar que los agravios expresados por las demandadas con relación a la responsabilidad que les fuera atribuida por los hechos examinados en estas actuaciones no pueden prosperar. Ello es así, porque no acreditaron haber cumplido con el deber de debida diligencia a su cargo para garantizar la seguridad de la demandante y sus



hijas - en ese momento, menores de edad – y prevenir todo acto de violencia contra ellas. Por el contrario, son precisamente los elementos referidos en sus agravios, sobre los cuales las demandadas sostienen su indemnidad, los que dan cuenta de una actitud pasiva y expectante con respecto a la situación de indefensión y riesgo en la cual se encontraba la señora Fernández.

En efecto, desde un concepto del derecho con perspectiva de género, la responsabilidad del Estado fundada en la idea objetiva de falta de servicio (Fallos 306:2030) debe ser considerada de una manera específicamente adaptada a la singularidad de cada situación considerada en el caso; así lo exige el estándar de la “debida diligencia reforzada” (CorteIDH, en la causa “Campo Algodonero”, ya citada, esp. parágrafos 258 y 289); en el que se expresó que si bien el deber de investigar y prevenir constituye una obligación de medios y no de resultado, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. A partir de la denuncia formulada ante la Oficina de Violencia Doméstica dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya copia se reproduce en la sentencia de condena a veinte años de prisión por tentativa de homicidio dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 9 de esta Ciudad de Buenos Aires, se iniciaron cuatro procesos: el primero, a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil n° 38, en el que se decretó la prohibición de acercamiento y sus sucesivas prórrogas; el segundo y tercero, por amenazas y amenazas reiteradas, que tramitaron ante los Juzgados en lo Penal Contravencional y de Faltas nro. 22 y 29, que concluyeron en las condenas a un año y seis meses de prisión y nueve meses de prisión, respectivamente; y el cuarto, por el delito de desobediencia, que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 46, Secretaría 134, de esta Ciudad de Buenos Aires, en el que el imputado fue sobreseído con fecha del 13 de diciembre 2010.

Del examen de las actuaciones, y de los agravios expuestos por las partes resulta que la actuación descoordinada de los funcionarios administrativos y judiciales, de los fiscales, defensores, y jueces, frente a una situación de violencia creciente que, a primera vista se evidenciaba como extremadamente peligrosa para la víctima y sus hijas, no puede ser sino considerada como un supuesto específico de prestación irregular del servicio de seguridad y del servicio de administración de justicia; cuya actuación revela un obrar contrario a las normas nacionales e internacionales que rigen esa materia. En éste ámbito, no es suficiente argumentar que cada uno de los órganos estatales intervinientes, aisladamente considerado, ajustó su actuación a las normas que regulan su competencia formal y material, ya que proceder de ese modo justamente constituye una manera de atender a la formalidad, más que cumplir con el deber jurídico prioritario de procurar la protección de la mujer en situación de riesgo por todos los medios que estén razonablemente a su alcance (CorteIDH, caso “Campo Algodonero”, ya citado, parágrafo 279).

Tal deber “pertenece a toda la estructura estatal”, y las ordenes o medidas de protección como las referidas “son vitales para garantizar la obligación de la debida diligencia en los casos de violencia doméstica”, porque “a menudo son el único recurso del cual disponen las mujeres víctimas y sus hijos e hijas para protegerse de un daño inminente. Sin embargo, sólo son efectivas si son implementadas con diligencia” (CIDH Informe No. 80/11, Caso 12.626 “Jessica Lenahan (Gonzales) y otros Estados Unidos”, del 21 de julio de 2011, párrafos 128, 145 y 163).



En tales condiciones, y en virtud de lo expuesto, los agravios expresados por las demandadas con respecto a la responsabilidad atribuida por el a quo en los hechos dañosos, no pueden prosperar. IX.- Que, sentado ello, resta examinar los agravios expresados respecto de los montos determinados por los diversos rubros indemnizatorios reconocidos en la sentencia apelada.

En primer lugar, y con relación a la suma reconocida en concepto de daño físico, cabe señalar que los agravios de las recurrentes deben ser desestimados. Las codemandadas, por un lado, se limitaron a cuestionar el porcentaje de incapacidad reconocido por la médica legista, sin hacer una referencia concreta a las particularidades expuestas por la experta en el informe agregado a fs. 505/511. En efecto, no cuestionaron: las cicatrices de diverso tamaño y ubicación que la actora presenta en su cuerpo; la hipoventilación de la base pulmonar izquierda, que da cuenta de un defecto pulmonar obstructivo leve; que la actora padece dolor en su pared torácica, que se correlaciona con el hallazgo de cuerpos metálicos extraños proyectados en partes blandas del hemitórax izquierdo; y la existencia de adherencias pleurales. Todo ello, derivado y producto del trauma provocado con un arma de fuego. Por tales motivos, determinó un porcentaje de incapacidad física parcial y permanente del 28%. Asimismo, cabe destacar que la impugnación formulada por el consultor técnico del Estado Nacional – Policía Federal Argentina respecto del informe referido (fs. 513/515), resulta genérica y remite a la utilización de baremos distintos para cuantificar la incapacidad física de la actora, sin embargo, no precisa cuál es el error del informe ni explica por qué razón arribaría a un porcentaje de incapacidad sustancialmente inferior al reconocido por la médica legista interviniente en autos.

Al respecto, cabe recordar que en Fallos 342:2198 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando la víctima resulte disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de su vida (Fallos: 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 326:847 y 1673; y 334:376, entre muchos otros)". Asimismo, sostuvo que "no es necesario ajustarse a criterios matemáticos ni tampoco a los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta de referencia. Debe tenerse en cuenta, además, las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas y los efectos que estas puedan tener en su vida laboral y de relación (Fallos: 320:1361; 325:1156; 330:563 y causa CSJ 31/2001 (37-M)/CS1 "Molina, Alejandro Agustín c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 20 de diciembre de 2011)". Además, y con relación a las cicatrices, no es posible soslayar que la suma fijada comprende lo reclamado en concepto de daño estético, porque "más allá de la discriminación conceptual y las denominaciones empleadas, persiguen la reparación económica de las secuelas que la incapacidad originó en la víctima atendiendo a su incidencia en los múltiples ámbitos en que la persona proyecta su personalidad, dimensión a la que atiende el concepto resarcitorio en examen" (Fallos: 342:2198).

También corresponde rechazar los agravios formulados por la actora respecto a este rubro, toda vez que se limitó a señalar que el punto por incapacidad determinado en la



actualidad en este y otros fueros es sustancialmente superior al que resulta de la indemnización fijada en la sentencia apelada. Sin embargo, no reparó que está haciendo referencia a valores actuales, y en que la indemnización determinada en concepto de “incapacidad física” fue fijada a valores históricos y por ello se fijaron intereses desde la fecha en la que sucedió el hecho.

X.- Que, por otra parte, con respecto a los agravios de las partes relativos a la procedencia y el importe del resarcimiento admitido en concepto de “daño psicológico”, se ha señalado que para la indemnización del daño psíquico de manera autónoma respecto del moral la incapacidad debe ser permanente y producir un alteración a nivel psíquico que guarde una adecuada relación causal con el hecho (Fallos 327:2722). Si bien los dictámenes periciales están sujetos a la regla de la sana crítica, en el caso no se advierten razones objetivas y fundadas para apartarse de las conclusiones a las que llegó la perito psicóloga; que condujo de manera personal la entrevista con la demandante y sus hijas, y llevó a cabo todas las evaluaciones que indica en el informe respectivo. Al respecto, la experta precisó la injerencia de las secuelas en las demandantes y cómo inciden respecto de su futuro y cómo se relacionan con los demás. En particular, respecto de las hijas de la demandante, expresamente señaló que “el hecho de autos revistió características lo suficientemente traumáticas como para generar algunas alteraciones psíquicas potenciando su esquema previo de abandono (su madre trabajaba mucho y su padre se encerraba en el dormitorio, se drogaba, de agresiones psicológicas y físicas que tuvo que vivir. Sobre todo si se evalúa el hecho dañoso, sorpresivo y violento de la actividad habitual y cotidiana de la actora. La incapacidad psíquica consignada es parcial y permanente”. También, previo a fijar una incapacidad del 15% atribuible al hecho de autos, precisó que “la magnitud del perjuicio se evaluó en función de la modificación en la vida de la actora, en grados y áreas variables, con pérdida de la paz anímica, ocasionando tristeza y descenso en el nivel de la calidad de su existencia”. En un sentido análogo se refirió respecto de la demandante, para quien fijó una incapacidad parcial y permanente del 20% atribuible al hecho de autos.

Destacó que “las secuelas psíquicas actuales en su vida personal y de relación la conducen a un estado asilamiento, de desconfianza, de retracción afectiva”; y, en particular, señaló que “no se relaciona de la misma manera, luego de los disparos, con su entorno social inmediato. Actúa con miedo, no puede manejarse en trenes o lugares donde haya acumulación de gente” (cfr. fs. 364/403).

En tales condiciones, cualquier afirmación que el Tribunal formulara sobre el punto en cuanto al carácter transitorio o permanente del diagnóstico, al grado en que afecta el ánimo, la vida de relación o de trabajo, y en definitiva, la incidencia en la psiquis de la víctima, tendría un carácter meramente conjetural; no solamente por la falta de conocimientos específicos sobre la materia sino debido a la ausencia de parámetros objetivables para la evaluación de un aspecto singular de cada individuo, tal como lo es su psiquis. Por ello, y en ausencia de otros elementos de prueba relevantes para contradecir las conclusiones contenidas en ese informe, no corresponde dejar de lado lo afirmado por la experta sobre ese aspecto. También corresponde desestimar los agravios de la parte actora fundados en la inequidad y la falta de igualdad en función de los distintos montos reconocidos a ella y sus hijas, toda vez que la propia actora en su demanda estimó que la incapacidad era diferente, y el Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y fijó los montos expresamente solicitados en esa presentación por este concepto (cfr. fs. 19).



Por otra parte, cabe señalar que el reconocimiento del rubro referido no resulta obstáculo para el resarcimiento del “tratamiento psicológico” recomendado por la experta en las actuaciones. Ello es así, porque representa un gasto futuro directamente relacionado con el hecho de autos por el que las demandadas deben responder en tanto se trata de una “previsible prolongación o agravación de un daño actual” (Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, Lerner, Córdoba, 2011, pág. 27/29). Además, porque puede ser escindido del “daños psíquico o psicológico” porque éste tiene por finalidad indemnizar concretamente el daño en sí mismo que han padecido las demandantes, tal como ya ha sido examinado precedentemente (cfr. en sentido análogo, Sala II, en causa nro. 50.029/2011 “A., R.H. y Otra c/ E.N. M Seguridad – P.F.A. y Otros s/ daños y perjuicios”, del 11 de julio de 2017).

XI.- Que, en lo relativo al daño moral, cabe señalar que por tratarse de un detrimento de índole espiritual, debe tenerse por configurado *in re ipsa* (cfr. artículo 1078 del Código Civil). Asimismo, y para fijar su quantum, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, y la entidad del sufrimiento causado, aunque sea de dificultosísima cuantificación (Fallos: 321:1117; 323:3564, 3614; 325:1156; 332:2842; 334: 1821; 338:652, entre muchos otros).

Al respecto, cabe señalar que los agravios formulados por la actora y las co-demandadas con relación a este rubro indemnizatorio, resultan expresiones genéricas y no constituyen una crítica concreta y circunstanciada de la sentencia apelada (art. 266, del CPCCN). En efecto, el Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por un lado, insinuó que según las “constancias de autos nada se modificó sustancialmente en relación a la vida de las actoras”, haciendo caso omiso de - al menos - los informes elaborados por la médico legista y la psicóloga intervinientes en estas actuaciones y agregados a fs. 358/403 y 505/511, respectivamente. El Estado Nacional - Policía Federal Argentina reiteró los agravios vinculados a que los daños invocados habían sido provocados por una persona respecto de la cual no estaba obligado a responder, que ya fueron refutados precedentemente; y la actora, por su parte, sostuvo que el monto determinado era exiguo, pero no repara que el Juez de primera instancia reconoció exactamente el monto solicitado en su demanda. En consecuencia, y en atención a la forma en que fueron fijados los intereses, corresponde confirmar la suma fijada en la sentencia apelada.

XII.- Que con relación al reclamo en concepto de “lucro cesante” y “pérdida de valor de la vivienda”, cabe recordar que para que se configure la responsabilidad por daños y perjuicios son requisitos ineludibles: la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre la conducta fundamento del reclamo y el perjuicio invocado, y la posibilidad de que esos daños sean jurídicamente imputables a la demandada (Fallos: 315:2865; 320:266 y 330:2748 y 332:1367). Habrá “daño” siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades, y que todo aquel que, por su culpa o negligencia, ocasionare un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio (cfr. arts. 1068 y 1109, Cod. Civ., y Fallos 329:3806, consid. 14º).

En tal sentido, cabe señalar que la obligación de resarcir los daños comprende, no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de la que el damnificado fue privado, es decir, las “perdidas e intereses”, y la reparación del daño moral (cfr. artículo 1069 y 1978 del Código Civil vigente al momento de los hechos). Sin embargo, para que proceda



el reconocimiento una indemnización por ese concepto, debe existir sustento probatorio que acredite fehacientemente dichos extremos (Fallos: 311:1445).

En el caso, la actora no ha acreditado el daño invocado en concepto de “pérdida de valor de la vivienda”. Ello es así, porque si bien sostuvo que el inmueble en el que residía con anterioridad al episodio ocurrido el día 6 de abril de 2009 fue vendido a un valor sustancialmente menor al de mercado, por hechos imputables al señor W. que las demandadas no habrían impedido contrastar tales extremos. Es decir, no se acreditó el estado en que se encontraba el inmueble con anterioridad a que ella tuviera que abandonarlo para salvaguardar su integridad física y la de sus hijas; en consecuencia, no es posible tener por acreditado el daño invocado con la certeza requerida para indemnizar (cfr. art. 1083 del Código Civil).

Por otra parte, el lucro cesante está “configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas, cuya admisión requiere una acreditación suficiente del beneficio económico” (Fallos: 306:1409; 311:2683; 328:4175; y 388:1477), y se “considera cierto cuando las ganancias frustradas debían lograrse por la víctima con suficiente probabilidad, de no haber ocurrido el acto ilícito” (Orgaz, Alfredo, *El Daño Resarcible*, Buenos Aires, Lerner, 2011, pág. 68). En tal sentido, con relación a lo reclamado por este concepto en razón de la pérdida de oportunidades laborales, cabe coincidir con lo sostenido por el a quo con respecto a que no se encuentra configurado el nexo de causalidad suficiente para vincular los hechos dañosos con la conducta de las demandadas. Máxime, teniendo en cuenta la estrictez con la que tales ventajas económicas deben ser comprobadas., no es posible

XIII.- Que, tampoco resulta atendible el agravio de la parte actora relacionado con que corresponde aplicar la tasa activa del Banco de la Nación Argentina. En primer lugar, porque cabe tener en cuenta la prohibición genérica de la aplicación de mecanismos de actualización monetaria, establecida en los artículos 7 y 10 de la ley 23.982 y mantenida en el artículo 4 de la ley 25.561, lo que constituye un obstáculo para adoptar de manera genérica y mecánica la tasa activa que publica el Banco Central de la República Argentina para ajustar cualquier especie de crédito. Por tal motivo, y como regla, la “tasa activa” no debe ser aplicada excepto que haya sido fijada por la ley o en el contrato de que se trate (cfr. Fallos 315:158 y 992; 328:4507; 334:376, consid. 12º). Además, porque en la sentencia apelada se fijó la tasa pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central, es decir, la tasa establecida en la Comunicación 14.290, habitualmente aplicada en esta materia (cfr. artículo 10 del decreto 941/91; y Fallos 334:376, considerando 12º; y sus cita; además, esta Sala, en la causa “Mergoza, Ariel c/ EN-PJN-Mº Justicia s/ daños y perjuicios”, del 5 de marzo de 2013; “Ramón, Víctor Andrés c/ En – Mº Justicia – Servicio Penitenciario s/ Daños y Perjuicios”, del 4 de junio de 2013; y, “Mierez Aparicia y otros c/ EN-Mº Justicia-SPF s/Daños y Perjuicios”, del 12 de noviembre de 2015, entre muchos otros).

En consecuencia, no basta con señalar que la tasa de interés fijada por el a quo no compensa la pérdida del poder adquisitivo, sino que debe contrastarse el monto resultante de aquella y la tasa solicitada y demostrarse que la diferencia es irrazonable (doctrina de Fallos 311:1249, 312:1868; 317:53; 316:3054 y 330:5306, entre otros), o “confiscatoria”. Sin embargo, ello no ha ocurrido en el caso (art. 377, del CPCCN).



En tales condiciones, y toda vez que la responsabilidad del Estado en el caso es de carácter extracontractual, la mora del deudor tiene lugar desde el momento que se produjo el hecho que ocasionó el daño (Fallos 332:2328; 333:1404), con excepción al rubro tratamiento psicológico. En efecto, los intereses correspondientes a este último rubro, deben ser calculados desde la fecha en que fue dictada la sentencia de grado, ya que tales sumas suponen erogaciones futuras para la accionante (arg. Fallos: 325:1277; esta Sala, en causa expte. nro. 23898/2008 “Pardo Héctor Orlando y Otros c/ EN - M Justicia - PFA y Otro s/ Daños y Perjuicios”, del 3 de marzo de 2020, entre muchos otros).

XIV.- Que, por último, y en virtud de la forma en la que se resuelve, corresponde apartarse del principio objetivo de la derrota previsto en el primer párrafo del artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que la parte actora resultó vencedora en cuanto a su pretensión principal, pero en esta instancia no replicó los agravios expresados por las codemandadas, cuyo recurso de apelación progresó únicamente respecto del término de los intereses relativos al tratamiento psicológico. En consecuencia, las costas de esta instancia deben ser impuestas en el orden causado.

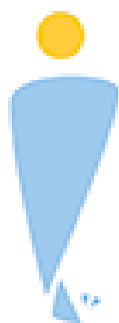
XV.- Que, en virtud de lo expuesto, corresponde: 1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por la parte actora, y por las codemandadas Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Estado Nacional - Policía Federal Argentina, y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios, con excepción de los intereses correspondientes al rubro tratamiento psicológico, los que deberán ser calculados desde la fecha en que fue dictada la sentencia de grado. 2) Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado (art. 68, segunda parte, del CPCCN).

ASI VOTO.-

Los señores Jueces de Cámara, doctores Guillermo F. Treacy y Pablo Gallegos Fedriani, adhieren al voto que antecede.-

En virtud de las consideraciones del Acuerdo que antecede, el Tribunal, RESUELVE: 1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por la parte actora, y por las codemandadas Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Estado Nacional - Policía Federal Argentina, y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios, con excepción de los intereses correspondientes al rubro tratamiento psicológico, los que deberán ser calculados desde la fecha en que fue dictada la sentencia de grado. 2) Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado (art. 68, segunda parte, del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



**Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina**

**MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA REPÚBLICA DE
ARGENTINA**

PARÁMETRO	CONTENIDO
País	Argentina
Tribunal	SALA B DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE CÓRDOBA. OBN, 12/4/21.
Materia	LGBTIQ- Seguridad social- Vulnerabilidad
Derechos involucrados	ACCION DE AMPARO; SEGURIDAD SOCIAL; VULNERABILIDAD; LGBTIQ; TUTELA JUDICIAL EFECTIVA; PERSONAS CON DISCAPACIDAD; PERSPECTIVA DE GÉNERO; INTERPRETACIÓN DE LA LEY; GÉNERO; ; EMERGENCIA SANITARIA; PERSPECTIVA DE INTERSECCIONALIDAD;
Breve relación de los hechos	Una mujer trans, portadora de HIV y trabajadora sexual, no podía acceder al mercado laboral formal debido a su situación de vulnerabilidad. Por ese motivo, inició una acción de amparo contra el Estado para que la Agencia Nacional de Discapacidad le liquide y efectivice una pensión no contributiva. La acción fue rechazada en primera instancia. Para resolver de ese modo, el juez interviniente señaló que la mujer no había alcanzado el porcentaje de incapacidad laboral que requiere la normativa aplicable para este tipo de beneficios de seguridad social. Contra esa decisión, la defensa presentó un recurso de apelación. Entre sus argumentos, sostuvo que el caso no fue juzgado con la debida perspectiva de género.
Fundamentos de derecho	La Sala B de la Cámara Federal de Córdoba hizo lugar a la impugnación y ordenó a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles, conceda la pensión no contributiva solicitada con su consecuente pago mensual (jueces Sánchez Torres y Navarro). 1. Acción de amparo. Seguridad Social. Vulnerabilidad. LGTBIQ. Tutela judicial efectiva. Personas con discapacidad. Perspectiva de género. Interpretación de la ley. “[E]l carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en otra condición social exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva [...]. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad”. “[S]e observa a las claras que el objeto del presente proceso excede los estándares establecidos por la normativa citada, que condicionan el acceso a la tuición estatal, a un porcentaje de incapacidad biológica específico, ya que esto luce insuficiente para dar efectividad a la protección de la vida, la salud y la dignidad de grupos como los que integra la actora, claramente vulnerable y objeto de tutela por parte de todos los poderes del estado”. “[D]ebe ponderarse no sólo la



	<p>incapacidad física de la persona sino también la incapacidad social ya que, encontrándose inmersa en una sociedad que la excluye por su identidad de género y las condiciones médicas que la aquejan, difícilmente podrá acceder al mercado laboral que tanto ansía con independencia de su voluntad de hacerlo”. “[R]esulta inadmisibile en el presente caso correr la mirada ante la probada dificultad de ingreso al mercado de trabajo, con la consecuente ausencia de medios para subsistir, y la precariedad habitacional y sanitaria en la que se encuentra la amparista, lo cual la coloca en una crítica situación de necesidad de asistencia que no debe ser desoída, ya que ello conllevaría juzgar de manera ciega y basada en estrictos rigores formales, situaciones que demandan de los sentenciantes una sensibilidad social de mayor envergadura”. 2. Género. Perspectiva de género. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia. “[J]uzgar con perspectiva de género no resulta una 'opción' y mucho menos una 'cuestión' que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede sólo en la letra de la ley sino que trascienda hacia los justiciables en concreto”. “[L]a necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional existente, que les otorga carácter constitucional. No resulta la imposición de una ideología o una 'cuestión' disponible sino de la consideración de un abordaje que permita aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso”. 3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Emergencia sanitaria. Vulnerabilidad. LGBTIQ. “[L]a Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que 'al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas”’.</p>
<p>Resolución (Liga de enlace)</p>	<p>QBN (causa N° 38979).pdf (mpd.gov.ar)</p>
<p>Contexto social y económico del caso</p>	<p>Se trata de una mujer trans de 30 años de edad que, desde su infancia atravesó situaciones de carencia económica y contención emocional en su ámbito familiar. Que ejerce, desde su adolescencia, trabajo sexual en la vía pública producto de las situaciones de exclusión social a las cuales ha estado expuesta desde temprana edad, y que resulta su único medio de subsistencia posible. Que este tipo de actividad laboral ha sido el causante de las patologías físicas que la aquejan. Que en la actualidad convive con una amiga en una vivienda precaria compuesta de un ambiente multifuncional sin puertas divisorias ni instalaciones sanitarias y que los</p>



	<p>escasos ingresos económicos que obtenía con anterioridad a la pandemia, luego de decretado el aislamiento obligatorio, han cesado por completo por la imposibilidad de ejercer su actividad, lo cual la ha llevado a vender objetos personales y solicitar “fiado” en el mercado del barrio a los fines de alimentarse, refiriendo, por último: “ya no tenemos ni para vivir”. Asimismo, da cuenta de la situación económica de su familia, constituida por su madre enferma y cinco hermanos, la cual es idéntica a la de ella. Declara que, si bien tiene afecto por ellos, no los frecuenta debido a su trabajo y a los sentimientos de culpa por no poder ayudarlos económicamente y por ocultarles que padece HIV. Concluyen los profesionales que, a más de las patologías físicas diagnosticadas, posee sintomatología compatible con estados depresivos y de distrés crónico por sus necesidades básicas insatisfechas, que se combinan y agudizan en la actualidad por la presencia de agitación psicomotriz y mayor angustia.</p>
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA. CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE CÓRDOBA
Instrumento y/o criterio internacional invocado	CIDH, resolución n° 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, adoptada el 10 de abril de 2020, disponible en: www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf .
Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)	Se ordena a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicitada con el consecuente pago de la misma de manera mensual.
Votación por la que fue adoptada (si corresponde)	
Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)	
Otra observación	Jurisprudencia relacionada: Jurisprudencia - Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.pdf... (mpd.gov.ar)



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CORDOBA – SALA B

AUTOS: “O., B. N. c/ ESTADO NACIONAL – AGENCIA NAC. DE DISCAPAC. s/ AMPARO LEY 16.986

En la Ciudad de Córdoba a doce días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida en Acuerdo la Sala “B” de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial para dictar sentencia en estos autos caratulados: “ O., B. N. c/ ESTADO NACIONAL – AGENCIA NAC. DE DISCAPAC. s/ AMPARO LEY 16.986 ” (Expte. N° FCB 38979/2019/CA2) en los que la Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. María Mercedes Crespi en representación de la accionante, ha interpuesto recurso de apelación en contra de la Sentencia dictada el día 14 de Diciembre de 2020 por el señor Juez Federal N° 2 de Córdoba, en la que, en lo que aquí interesa, se resolvió rechazar la acción de amparo iniciada por O., B. N. en contra del Estado Nacional – Agencia Nacional de Discapacidad.

Puestos los autos a resolución de la Sala los señores Jueces emiten sus votos en el siguiente orden: LILIANA NAVARRO – ABEL G. SANCHEZ TORRES.

La señora Jueza de Cámara, doctora LILIANA NAVARRO, dijo:

I.- De una breve reseña de la causa, tenemos que, la señora B. N. O., con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial, inicia formal acción de amparo en contra del Estado Nacional – Agencia Nacional de Discapacidad, con el fin de que el tribunal ordene a dicha entidad y/o la repartición, razón social, agencia o persona jurídica estatal que la sustituya o resulte responsable, liquide y efectivice la pensión no contributiva que por derecho le corresponde, de forma retroactiva al inicio del trámite administrativo en dicha repartición (ver fs. 8 /16 vta.)

Refiere que es una persona trans que padece HIV y que es trabajadora sexual porque no ha tenido posibilidad de acceder DISCAPAC. s/ AMPARO LEY 16.986 al mercado laboral formal. Entiende que, como consecuencia de lo expuesto, resulta ser una persona objetivamente vulnerable en los términos de la Reglas de Brasilia y con desventaja considerable para integrarse social y laboralmente a la comunidad.

Relata que solicitó en la repartición correspondiente, se le asignara una pensión no contributiva que fue rechazada por no reunir los requisitos del Decreto 432/97. Expone acerca de los derechos constitucionales que considera vulnerados con esta denegatoria citando, a tal fin, normativa y jurisprudencia atinente al caso.

Ofrece pruebas y hace reserva del caso federal.

Asimismo, solicita medida cautelar a fin de que se ordene la inclusión en las nóminas y/o programas correspondientes para poder percibir de inmediato alguna clase de beneficio social.



Presentado por la parte demandada el informe previsto por el art. 4 de la ley 26.854, se rechaza la medida cautelar peticionada por falta de verosimilitud del derecho invocado (fs. 36). Dicho rechazo es confirmado por esta Alzada con fecha 03/06/2020.

Luego de tramitada la causa, con fecha 14/12/2020, se emite sentencia de fondo rechazando el amparo iniciado, lo cual es apelado por la amparista con fecha 16/12/2020. Contestados los agravios por la parte demandada con fecha 21/12/2020, se eleva la causa por ante esta Alzada y contestada la vista corrida al Ministerio Público Fiscal, se dicta, con fecha 30/12/2020, el decreto de autos que deja la causa en condiciones de ser resuelta.

II.- Los agravios de la recurrente pueden ser sintetizados de la siguiente manera: en primer lugar, se agravia por cuanto considera que la decisión apelada constituye una clara denegación de justicia, que afecta un conjunto extenso de derechos constitucionales, convencionales y legales que la asisten, tildando al decisorio de esencialmente injusto y carente de argumentación y fundamentación lógica y legal. Alude a la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, apartamiento de los principios de legalidad y razonabilidad y afectación del debido proceso adjetivo y sustantivo por cuanto considera que en la sentencia se efectuó un análisis de estricto rigor formal sobre la normativa aplicable sin tener en cuenta las particulares circunstancias en las que se encuentra. Asimismo, denuncia violación a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y el debido proceso motivados en la falta de valoración adecuada de las probanzas aportadas que daban cuenta de los condicionantes sociales de su salud a más de la mera apreciación biológica de la incapacidad laborativa. Por último, se agravia por entender que no se juzgó el presente caso con perspectiva de género y que, por el contrario, se utilizaron expresiones y argumentos en el sentido opuesto y teñidos de un sesgo discriminatorio y contrario a la más reciente jurisprudencia aplicable en la materia. Cita normativa nacional e internacional que considera relevante como así también la jurisprudencia que entiende aplicable. Hace reserva del caso federal.

Por su parte, la demandada solicita el rechazo de los agravios manifestados por entender que no logran conmover lo expresado en la sentencia de grado. Reitera que la actora no ha cumplido ni acreditado el último requisito del art. 9 de la ley 13.478 : la imposibilidad de trabajar. Agrega que el hecho de encontrarse infectada con HIV no necesariamente acarrea una incapacidad total y permanente. Por último DISCAPAC. s/ AMPARO LEY 16.986 " plantea que la cuestión de género no fue invocada en la demanda y que es introducida en esta instancia con el fin de refutar la sentencia desviando la cuestión tratada en el expediente administrativo que es el grado de imposibilidad para trabajar.

III- Que, efectuada la reseña de los agravios y su contestación cabe ingresar al tratamiento de la cuestión debatida que se circunscribe a analizar la procedencia o improcedencia de otorgamiento a la accionante de la pensión no contributiva solicitada.

A los fines de dirimir su rechazo, el Juez A quo tomó basamento en la circunstancia de no encontrarse probado en autos el porcentaje de incapacidad laboral del 76% que prevé la normativa aplicable a los fines de acceder a este tipo de beneficios de la seguridad social.



La Ley 13.478 establece, en su artículo 9°, lo siguiente: “ Facultase al Poder Ejecutivo a otorgar en las condiciones que fije la reglamentación una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión, de setenta (70) o más años de edad o imposibilitada para trabajar”.

Luego, el Decreto 432/97, reglamentario del art. 9 de la ley citada, impone, en su artículo 1° y en lo que aquí interesa, lo siguiente: “ Podrán acceder a las prestaciones instituidas por el Artículo 9° de la Ley 13.478 modificado por las Leyes Nros. 15.705, 16.472, 18 .910,20.267 y 24.241, las personas que cumplan los siguientes requisitos: (...) b) Encontrarse incapacitado en forma total y permanente, en el caso de pensión por invalidez. Se presume que la incapacidad es total cuando la Invalidez produzca en la capacidad laborativa una disminución del SETENTA Y SEIS (76 %) o más. Este requisito se probará mediante certificación expedida por servicio médico de establecimiento sanitario oficial, en el que deberá indicarse la clase y grado de incapacidad. Dicha certificación podrá ser revisada y/o actualizada toda vez que la autoridad de aplicación lo crea conveniente...”.

De esta manera, nos encontramos ante la situación de una persona que no posee el certificado de incapacidad que requiere la reglamentación pertinente.

Ahora bien, existen diversas cuestiones a considerar en virtud de las particularidades que rodean el presente caso.

IV- Que, en primer lugar, no debe soslayarse que existen, además, diversas normas de rango constitucional y supraconstitucional que amparan, o deberían amparar si fueran aplicadas en el caso concreto, la situación por la que atraviesa la aquí accionante.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25.1 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 alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad ”

Por su parte, el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre expresa que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé en su artículo 9 que: “ Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. ”.

Así, al fijar los contenidos mínimos del referido artículo 9, en la Observación General N° 4, de fecha 13 de diciembre de 1991, se señaló que “ El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto. El derecho a la seguridad social incluye



el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación (...). La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Partes deben tomar medidas efectivas, y revisarlas periódicamente en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano.”. Luego, dentro del elenco de medidas que enumera de manera ejemplificativa, describe la siguiente: “Los planes no contributivos, como los planes universales (que en principio ofrecen la prestación correspondiente a toda persona expuesta a un riesgo o situación imprevista particular) o los planes de asistencia social destinados a determinados beneficiarios (en que reciben las prestaciones las personas necesitadas). En casi todos los Estados habrá necesidad de planes no contributivos, ya que es poco probable que pueda proporcionarse la protección necesaria a todas las personas mediante un sistema basado en un seguro” (Observación General 19, párrafos 1° a 4°).

Por su parte, el párrafo 16 de la Observación prevé que: “... los Estados Partes deben tratar de ofrecer prestaciones para sufragar la pérdida o falta de ingresos debida a la incapacidad de obtener o mantener un empleo adecuado” .

Y el párrafo 31 agrega que: “Aunque toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho ...”.

Por último, el párrafo 50 impone a los Estados Partes la obligación de hacer efectivo el derecho a la seguridad social en los casos de personas o grupos que no estén en condiciones, por motivos que se consideren razonablemente ajenos a su voluntad, de ejercerlo por sí mismos dentro del sistema de seguridad social existente con los contributivos u otras medidas de asistencia social para prestar apoyo a las personas y los grupos que no puedan hacer suficientes cotizaciones para su propia protección y que se debe velar especialmente porque el sistema de seguridad social pueda responder en las situaciones de emergencia.

A más de ello, el párrafo segundo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece 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”.

Y la Observación General N° 20 especifica, en su párrafo 8 ° lo siguiente: “Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares”

El párrafo 27° explicita que: “El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en "otra condición social"



exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad” Por último, el párrafo 32° se expone de la siguiente manera: “En "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”.

Esta normativa constituye, a mi entender, el marco básico en el cual corresponde encuadrar la petición concreta de la amparista por resultar plenamente aplicable y pertinente a los fines de resolver la cuestión traída a estudio.

V.- Que, establecido el marco normativo y efectuando el estudio concreto de la causa, es dable afirmar, en primer lugar, que no se encuentra controvertido en la presente causa que B.N.O. es una persona trans, que es portadora de HIV desde el año 2015, y que, además, ha sido diagnosticada por hepatitis A, sífilis y toxoplasmosis, a más de las infecciones de partes blandas que posee en su cuerpo asociadas a la silicona. Todo ello surge del certificado emitido con fecha 16/10/2019 por el Dr. Luis R. Allende, Médico Infectólogo, que se encuentra glosado en la causa, como así también, la historia clínica aportada por Medicina Preventiva de la Municipalidad de Córdoba.

Luego, en el Informe del Servicio de Infectología del Hospital de Clínicas se describe que: “ En referencia a la paciente y en función de los datos que se me suministraron puedo inferir que la paciente tiene diagnóstico de infección por VIH desde el mes de mayo de 2015, siendo en ese momento su recuento de CD4 de 1144/mm³ -25%. Ha recibido TARV desde el año 2017 y aparentemente lo reinicia en julio de 2019 . La fecha de los análisis presentados es hasta abril de 2019.

En ese periodo (2015-2019) se objetiva que, si bien sus niveles absolutos y porcentaje de CD4 han disminuido, no se encuentran por debajo de los 200 cel/mm³. También se evidencia en los resultados otra infección de transmisión sexual, sífilis; como así también infección por Toxoplasmosis (anticuerpos IgG positivos), haber padecido hepatitis A en algún momento de su vida y estar inmunizada para hepatitis B”.

Por otro lado surge, del informe del Equipo Interdisciplinario del Ministerio de la Defensa efectuado con fecha 28 /04/2020 por el Dr. Sandro Rodríguez, la Lic. en Trabajo Social Silvina Fajreldines y la Lic. en Psicología Sara Malek, que B.N.O. es una mujer trans de 30 años de edad que, desde su infancia atravesó situaciones de carencia económica y contención emocional en su ámbito familiar. Que ejerce, desde su adolescencia, trabajo sexual en la vía pública producto de las situaciones de exclusión social a las cuales ha estado expuesta desde temprana edad, y que resulta su único medio de subsistencia posible. Que este tipo de actividad laboral ha sido el causante de las patologías físicas que la aquejan. Que en la actualidad convive con una amiga en una



vivienda precaria compuesta de un ambiente multifuncional sin puertas divisorias ni instalaciones sanitarias y que los escasos ingresos económicos que obtenía con anterioridad a la pandemia, luego de decretado el aislamiento obligatorio, han cesado por completo por la imposibilidad de ejercer su actividad, lo cual la ha llevado a vender objetos personales y solicitar “fiado” en el mercado del barrio a los fines de alimentarse, refiriendo, por último: “ya no tenemos ni para vivir”. Asimismo, da cuenta de la situación económica de su familia, constituida por su madre enferma y cinco hermanos, la cual es idéntica a la de ella. Declara que, si bien tiene afecto por ellos, no los frecuenta debido a su trabajo y a los sentimientos de culpa por no poder ayudarlos económicamente y por ocultarles que padece HIV. Concluyen los profesionales que, a más de las patologías físicas diagnosticadas, posee sintomatología compatible con estados depresivos y de estrés crónico por sus necesidades básicas insatisfechas, que se combinan y agudizan en la actualidad por la presencia de agitación psicomotriz y mayor angustia.

De esta manera se observa a las claras que el objeto del presente proceso excede los estándares establecidos por la normativa citada, que condicionan el acceso a la tuición estatal, a un porcentaje de incapacidad biológica específico, ya que esto luce insuficiente para dar efectividad a la protección de la vida, la salud y la dignidad de grupos como los que integra la actora, claramente vulnerable y objeto de tutela por parte de todos los poderes del estado.

En concordancia con esto, se señaló que: “ las personas transgénero afrontan diversos obstáculos para ejercer derechos: en el ámbito laboral, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, gozar de prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género auto- percibido” (Cfr. Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 71).

Y es que no es posible sustraerse de considerar que, más allá de los deseos y la voluntad de la actora de conseguir un empleo en el mercado laboral formal, su situación de marcada vulnerabilidad minimiza las posibilidades de acceso a dicho mercado laboral al punto tal de resultar las mismas inexistentes en la realidad. En concordancia con lo expuesto, se encuentra acreditado en la causa que la actora debió ejercer la prostitución como modo de subsistencia siendo que, como ella misma relata, esto la expuso a complejas situaciones de riesgo y violencia física y psicológica. Del contexto descripto, surge de manera palmaria la realidad desesperanzada en la cual se encuentra inmersa la actora producto de la precarización laboral y de la discriminación y el sesgo que sufre como consecuencia de su identidad sexual y de las patologías médicas que padece.

Esta constituye una realidad generalizada para el grupo al cual pertenece la actora. Así, pueden citarse los resultados obtenidos en la “ Primera Encuesta sobre Población Trans 2012” que reveló que el 72,2% del colectivo involucrado se encontraba en la búsqueda de fuentes de trabajo y el 82,1% había tropezado con dificultades en dicha búsqueda a raíz de su identidad trans (Instituto Nacional de Estadística y Censos, Primera Encuesta sobre

Población

Trans

2012,



http://www.trabajo.gov.ar/downloads/diversidadsexual/Argentina_Primeras_Encuestas_sobre_Poblacion_Trans_2012.pdf .)

Al respecto también se ha expedido nuestro Tribunal Supremo en el siguiente sentido: “Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo” (CSJN, Fallos, 329:5266; “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/Inspección General de Justicia”, Sent. del 21/11/06).

De todo lo expuesto y las probanzas aportadas a la causa se colige, como ya se expuso, que los obstáculos a los que se enfrenta la actora a los fines de conseguir un puesto de trabajo en el mercado laboral formal resultan difíciles de esquivar al menos en el corto plazo.

VI.- Que, de lo antedicho se extrae que la incapacidad laboral debe, en ciertos casos, analizarse desde una óptica integral considerando la realidad de la persona que solicita la tutela del Estado como un todo, y dirimir si, frente a esta realidad existe una posibilidad cierta de acceder al mercado laboral formal a los fines de obtener el propio sustento económico. En este marco, debe ponderarse no sólo la incapacidad física de la persona sino también la incapacidad social ya que, encontrándose inmersa en una sociedad que la excluye por su identidad de género y las condiciones médicas que la aquejan, difícilmente podrá acceder al mercado laboral que tanto ansía con independencia de su voluntad de hacerlo.

Dicho esto, considero que el argumento expuesto, tanto por la demandada como por el A quo, referido a que la amparista no ha probado verse impedida de trabajar por no acreditar el porcentaje mínimo de incapacidad física, no resulta suficiente a los fines de dirimir acerca del rechazo de su pedido.

En idéntico sentido se ha expedido en su informe de fecha 05/06/2020, la Cátedra de Medicina Antropológica de la U.N.C. suscripto por la Dra. Maira C. Ávila Médica, Especialista en Medicina Familiar y la Dra. Silvina M. Trucchia, Especialista en Ciencias de Salud y Lic. en Psicología, en el que explican que: “Se define la salud integral como un completo estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad. La salud individual y colectiva se define, entonces, a través de complejas interacciones entre procesos biológicos, ecológicos, culturales, económicos, políticos y sociales, por lo que el acceso a la educación, al trabajo y a la inclusión social y ciudadana aparece como un aspecto básico de una vida saludable. Los determinantes sociales de la salud son las condiciones en las que las personas nacen, crecen, viven, trabajan, envejecen y las influencias de la sociedad en estas condiciones. Los determinantes sociales de la salud son las principales influencias en la calidad de vida, incluida la buena salud, y la extensión de la esperanza de vida sin discapacidad. El enfoque de los determinantes sociales aborda las causas de las causas y, en particular, como contribuyen a las desigualdades sociales en salud”.



En lo que atañe a las patologías físicas que padece la accionante, indicaron que: “ Las infecciones de Transmisión sexual (ITS) son un conjunto de enfermedades infecciosas agrupadas por tener en común la misma vía de transmisión: de persona a persona a través de un contacto sexual. Son un serio problema de salud pública en todo el mundo, representando una causa importante de enfermedad aguda, DISCAPAC. s/ AMPARO LEY 16.986 ” infertilidad, discapacidad a largo plazo y muerte. Muchas veces estas infecciones se asocian y coexisten en una misma persona (...) El VIH debilita el sistema inmunitario a tal grado que al cuerpo se le dificulta combatir las infecciones oportunistas, llamadas así debido a que se aprovechan de dicho debilitamiento para manifestarse. Se considera que alguien tiene SIDA cuando presenta una o más infecciones y un número de células CD4 menor a 200”.

Asimismo, señalaron que “Otro concepto a considerar es lo que Meyer (2019) define como "estrés de las minorías sexuales y de género", es un estrés crónico que sufren personas de la población LGBTIQ+ basándose en la premisa de que en una sociedad heterosexista, las minorías sexuales están sujetas a un estrés crónico debido a su estigmatización. El estigma percibido supone vivir con el miedo de que otras personas te puedan hacer daño por tu condición, cosa que puede ser cierta. Provoca inseguridad y una hipervigilancia agotadora, un aprendizaje sobre cómo y cuándo “esconderse” y un escrutinio constante sobre lo que se dice, lo que se viste o lo que se hace. Las experiencias de prejuicio, discriminación y violencia, propias o ajenas, son las que sustentan este estrés. Estos eventos repercuten en la salud física y mental de las personas...”. Analizaron que: “...se entiende que la Srta. (...) pertenece a la población de más alto riesgo de padecer estigmatización y discriminación social según la OMS, por ser una mujer trans, trabajadora sexual portadora de VIH e ITS. Su salud no solo está afectada por su patología de base sino por la cantidad de determinantes sociales de la salud ausentes que causan la insatisfacción de sus necesidades básicas vitales”.

Finalmente concluyeron que: “ El estrés crónico y prolongado que generan todas estas situaciones de estigma y discriminación debido a su infección por VIH y Sífilis, a ser trabajadora sexual, a ser una mujer trans, sumado a las condiciones socioeconómicas deficientes que impiden llegar a cubrir las necesidades básicas como el alimento, imprescindible para soportar el tratamiento farmacológico y hacer frente a su enfermedad, hacen que la Srta. (...) se encuentre en una situación de altísima vulnerabilidad biopsico-social en la cual se encuentra comprometida su supervivencia, su salud psicofísica y su derecho a una vida digna, por lo requiere protección”.

Por su parte, el Informe del Servicio de Infectología del Hospital de Clínicas describe lo siguiente: “ La infección VIH/SIDA es un problema de salud que no se puede separar de los comportamientos individuales y colectivos, influenciados por diferentes componentes sociales y culturales, lo que aumenta la vulnerabilidad de las personas. Este contexto tampoco favorece la inclusión en los ámbitos laborales que en el caso de las personas trans puede verse obstaculizado por la falta de un documento de identidad acorde a la identidad de género autopercibida o la existencia de prejuicios en los lugares de trabajo”.

Todas estas probanzas han sido aportadas a la causa y producidas en el caso concreto y especial de B.N.O. y, tal como lo manifestara en sus agravios la Sra. Defensora



Oficial, no han sido tenidos en cuenta a la hora de resolver el A quo acerca de la solicitud de tutela económica estatal.

Respecto de la protección de las personas LGBTI contra la pobreza, la CIDH resalta que los Principios de Yogyakarta+10 establecen que, “toda la persona tiene derecho a la protección contra todas formas de pobreza y exclusión social asociadas con la orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales. La pobreza es incompatible con el respeto a la dignidad y la igualdad de las personas, y puede ser agravada por la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales” (“ Principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características”, 2017, Principio 34: Derecho de protección contra la pobreza).

A esta idea responde también el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la “ Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, aprobado el 12 de noviembre de 2015. En el mismo, se señala que la violencia, los prejuicios sociales y la discriminación prevalentes en la sociedad en general y en el interior de la familia, disminuyen las posibilidades de las mujeres trans de acceder a educación, servicios de salud, albergues seguros y al mercado laboral formal, lo que vuelve a dichas personas más susceptibles de ser sometidas a diversas formas de violencia. De este modo se subraya la importancia de que los Estados adopten medidas para erradicar el estigma y los estereotipos negativos contra las personas LGBTI, los cuales refuerzan la discriminación y violencia en su contra.

(<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>).

De esta manera, considero relevante aquí probada dificultad de ingreso al mercado de trabajo, con la consecuente ausencia de medios para subsistir, y la precariedad habitacional y sanitaria en la que se encuentra la amparista, lo cual la coloca en una crítica situación de necesidad de asistencia que no debe ser desoída, ya que ello conllevaría juzgar de manera ciega y basada en estrictos rigores formales, situaciones que demandan de los sentenciantes una sensibilidad social de mayor envergadura.

VII. - Que, en lo que respecta al argumento de la demandada referido a que la cuestión de género no ha sido incluida en la demanda y que se introduce al apelar la sentencia para refutarla desviando la cuestión tratada excluyentemente en el expediente administrativo que fue la incapacidad para trabajar, debo efectuar ciertas consideraciones al respecto.

En primer lugar, debo enfatizar que, conforme se desprende de la normativa y jurisprudencia analizada supra, juzgar con perspectiva de género no resulta una “ opción” y mucho menos una “cuestión” que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede sólo en la letra de la ley sino que trascienda hacia los justiciables en concreto.

Y es que, la existencia de un derecho social como derecho pleno no depende únicamente de la conducta cumplida por el Estado, sino también de la existencia de un Poder



Judicial al cual pueda destacar que resulta inadmisibles en el presente caso correr la mirada ante la acudir el titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.

Asimismo, no debe perderse de vista que la necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional existente, que les otorga carácter constitucional.

No resulta la imposición de una ideología o una “cuestión” disponible sino de la consideración de un abordaje que permita aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. En definitiva, no es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.

Es por ello que, el argumento sostenido por la demandada consistente en que la “cuestión de género” no fue introducida en la demanda, no puede tener asidero alguno en el presente caso.

VIII. - Que, por último, no debe soslayarse que la vulnerabilidad descrita supra y la necesidad de que el Estado procure la efectividad en la realización de los derechos humanos de la amparista, se ve exacerbada por la situación que se vive en el país y en el mundo como consecuencia de la pandemia causada por el virus Covid- 19. En este caso puntual se encuentra plasmado con meridiana claridad la afectación concreta de la pandemia sobre las condiciones, de por sí ya desesperantes, de los grupos vulnerables. A tal fin, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID- 19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas” (CIDH, resolución n° 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, adoptada el 10 de abril de 2020, disponible en: www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf).

IX.- Que, efectuado el análisis del marco normativo que rodea a la presente, y analizada la prueba arrojada a la causa, cabe concluir que la Sra. B.N.O. se encuentra en situación de vulnerabilidad social, excluida del mercado laboral formal, situación que se ha visto agravada debido al aislamiento preventivo social y obligatorio consecuencia de la pandemia por el virus Covid- 19. Como se dijo, no es posible ignorar que, sin la intervención estatal se pone en riesgo la vida y salud de la accionante por la carencia absoluta de medios para sustentar su subsistencia, teniendo en cuenta la precaria situación socioeconómica de la amparista, concluyo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto,



revocando la sentencia emitida por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba con fecha 14/12/2020 en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravio.

Asimismo, corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por B.N.O. y ordenar a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicitada con el consecuente pago de la misma de manera mensual.

X.- Por último, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas de primera instancia las cuales deberán imponerse, junto con las de Alzada, a la demandada perdidosa (conf. art. 68 , 1ra. parte, del C.P.C.N.), debiendo regularse a la Sra. Defensora Pública Oficial, los honorarios correspondientes a su actuación en primera instancia, difiriéndose las regulaciones de honorarios de esta instancia para su oportunidad. ASÍ VOTO.-

El señor Juez de Cámara, doctor ABEL G. SANCHEZ TORRES, dijo:

I. Que luego de un análisis de las constancias de autos y la cuestión sometida a consideración, adhiero a lo resuelto por la colega preopinante, aunque deseo efectuar algunas consideraciones.

II. Que el juez a quo dispuso el rechazo de la acción en tanto no entendió acreditado el cumplimiento del requisito establecido en el Decreto 432/97 para acceder a la pensión solicitada, esto es, encontrarse incapacitado para trabajar en forma total y permanente. Considero que atento las particularidades del caso, si bien no se ha acreditado el porcentaje de incapacidad física requerida por la norma, el análisis respecto de la imposibilidad de acceder al mercado laboral debe efectuarse integralmente, es decir, ponderando la situación social, económica, familiar, de salud, entre otras, expuestas por la amparista.

Sólo a los fines del análisis respecto de la requerida por la norma imposibilidad para trabajar, remito a los Considerandos del Decreto 721/2020 (B.O. 4/9/2020) respecto “ Que, particularmente, sobre la situación en Argentina, el Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas, en el año 2017, recomendó que “...En el ámbito de los programas y prácticas, las autoridades, en colaboración con otros agentes, debería: (...) b) Adoptar una serie de medidas intersectoriales para aplicar la Ley de Identidad de Género y mejorar el acceso a la educación, la atención de la salud, el empleo, la vivienda, el crédito, las becas y otras oportunidades, incluidas modalidades alternativas de trabajo y empleo para las mujeres transgénero”.”

“Que aún con los avances normativos en la materia, las personas travestis, transexuales y transgénero continúan teniendo dificultades para disfrutar del efectivo ejercicio del derecho a la salud, a la educación, a una vivienda digna, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, así como también a la protección frente al desempleo, sin discriminación alguna.”

“Que, en especial, la igualdad real de derechos y oportunidades, la no discriminación, el trabajo digno y productivo, la educación, la seguridad social, el respeto por su dignidad, la privacidad, intimidad y libertad de pensamiento deben asegurarse para garantizar políticas de inclusión en el mercado laboral.”



“ Que, atento a que el ejercicio de los derechos de las personas travestis, transexuales y transgénero se ve obstaculizado por un patrón sistemático de desigualdad que afecta particularmente a este colectivo, la cadena de exclusiones y discriminación que sufren desde la niñez incide directamente en su capacidad de gozar plenamente de los derechos humanos que poseen, por lo que resulta necesario impulsar medidas que busquen la reducción de la desigualdad que provoca esta situación hasta lograr, en un futuro, su total eliminación.”

III.- En función de lo expuesto, considerando la situación de pandemia por el virus Covid – 19 que de por sí genera limitaciones en el acceso al mercado laboral, el estado de salud de la amparista conforme los informes médicos acompañados (fs. 46/52) y el estado de vulnerabilidad acreditado en el informe interdisciplinario de fs. 55/58vta., coincido con la colega en que corresponde revocar la resolución de fecha 14/12/2020 dictada por el juez a quo, adhiriendo en lo demás que decide. ASÍ VOTO.-

La presente resolución se emite por los señores jueces que la suscriben de conformidad a lo dispuesto por el art. 109 de Reglamento para la Justicia Nacional y 4° del Reglamento Interno del Tribunal, por encontrarse en uso de licencia el señor Juez de Cámara, doctor Luis Roberto Rueda.- Por el resultado del Acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y en consecuencia, revocar la sentencia emitida por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba con fecha 14/12/2020 en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravio, haciendo lugar a la demanda interpuesta, por los fundamentos aquí dados.

II.- Ordenar a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicitada con el consecuente pago de la misma de manera mensual.

III.- Dejar sin efecto las costas de primera instancia, las que deberán imponerse, junto con las de Alzada a la parte demandada perdidosa (conf. art. 68 , 1ra. parte, del C.P.C.N.), debiendo regularse a la Sra. Defensora Pública Oficial, los honorarios correspondientes a su actuación en primera instancia, difiriéndose las regulaciones de honorarios de esta instancia para su oportunidad.

IV.- Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen.-

ABEL G. SÁNCHEZ TORRES

LILIANA NAVARRO

NÉSTOR J . OLMOS

SECRETARIO DE CÁMARA



**ASOCIACIÓN CIVIL DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DEL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**

PAIS: Argentina

TRIBUNAL: Juzgado Contencioso Administrativo de la Ciudad de Corrientes

MATERIA: Indemnización por daño moral y material

INTERVENCION DE LA DEFENSA PÚBLICA OFICIAL: SI

En caso afirmativo, mencione los datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino: Defensora de Pobres y Ausentes Nro 2 Primera Circunscripción judicial de Corrientes

DERECHOS INVOLUCRADOS: Derecho a la libertad, a la familia, a los vínculos filiales, al trabajo, al desarrollo personal, a una vida libre de violencias, responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de la justicia, artículos 14 y 14 bis, 16, 17, 18, 75 inc. 22., en este último artículo los artículos 10 del Pacto San José de Costa Rica, artículos 9.5 y 14.6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

BREVE RELACION DE LOS HECHOS: La actora fue erróneamente condenada a prisión perpetua por haber matado al recién nacido en el parto. Estuvo 13 años privada de libertad siendo inocente. Una vez obtenida la libertad, a la defensoría de Pobres inició acciones tendientes a obtener vivienda, trabajo y reparación por parte del Estado. La acción civil contemplaba todos esos aspectos que antes de obtener sentencia de primera instancia, ya obtuvieron respuesta por parte del Estado en materia de vivienda y trabajo. Por último la reparación al que fue condenado el Estado se encuentra en etapa de ejecución de sentencia, y el monto a resarcir incluido en el presupuesto provincial para el año 2022.

FUNADAMENTOS DE DERECHO: El presupuesto sobre el que asienta la responsabilidad del Estado es la existencia de un daño injusto, indebidamente causado a un particular. EL Estado será responsable aun cuando no pudiera individualizarse el



responsable, siempre que pueda atribuirse materialmente el acto o el hecho a la actuación de un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de las funciones.

RESOLUCION: SE ADJUNTAN

<http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/fallos-camara-contenciosa/pdf/2020/S.48.-Expte.-EXP-115399-CCAE-CONT.pdf>

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/fallos48568.pdf>

(Primera Instancia)

CONTEXTO SOCIAL Y ECONOMICO DEL CASO: La actora era una mujer analfabeta, pobre, del interior de la provincia de Corrientes, de zona rural y de contexto socio cultural desfavorable, madre de varios hijos sin padre responsable y que convivía con sus progenitores adultos mayores.

INSTANCIA PROCESAL EN LA QUE SE EMITE LA SENTENCIA: Primera Instancia y confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo.

INSTRUMENTOS Y/O CRITERIO INTERNACIONAL INVOCADO: 75 inc. 22. Constitución Nacional en este último artículo los artículos 10 del Pacto San José de Costa Rica, artículos 9.5 y 14.6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde): Indemnización por daño moral y material.

Votación por la que fue adoptada (si corresponde)

Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)

Otros datos de interés;



Dra. CLAUDIA LILIANA SOSA DE COSTANTINI
SECRETARIA ACTUARIA
JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 2



Provincia de Corrientes Poder

Judicial

EXP - 115399/15

EXP 115399/15

*"V. M. DEL C. Y C. A. V. C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES S/
DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA (DAÑOS Y PERJUICIOS)"*

SENTENCIA CONTENCIOSO N° 46

Corrientes, 19 de noviembre de 2019.

VISTO: El expediente arriba referenciado que tramita ante este juzgado, Secretaría de la autorizante;

RESULTA:

I. La señora M. del C.V y su hijo -entonces menor de edad- C.A.V. demandan al Estado Provincial reclamando la suma de \$ 2.958.400 (pesos dos millones novecientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos), con más intereses y costas, en concepto de daño moral y material que dicen haber sufrido como consecuencia de la privación indebida de la libertad de la señora M.C.V. durante 13 años por un hecho que no cometió (fs. 2/29 vta. y 141 y vta.).

La señora M.C.V. explica que fue privada indebidamente de la libertad durante 13 años a raíz de un proceso penal viciado de nulidad y por haberse fundado la sentencia en ese proceso penal en una pericia incompleta y mal realizada (fs. 2 vta./3).

Agrega que el hecho que sustentó la condena indebida e ilegítima ocurrió el 19 de agosto de 1999 en oportunidad en que dio a luz en un parto casero y en soledad a un niño que no tuvo rasgos de vida, llanto ni movimiento y que con su madre y la ayuda de vecinas procedieron a enterrarlo en el gallinero (fs. 3).

Aclara que con posterioridad sólo recibió la visita de la policía y que las actuaciones de prevención policial e instrucción se iniciaron con una denuncia efectuada



ante la Comisaría Primera de la localidad de Mercedes (Ctes.) el 19 de agosto de 1999 por el señor C. L. B., quien dijo ser su vecino y, además, sostuvo que con la ayuda de su madre tuvo al hijo en su casa y enseguida lo mató (fs. 3 vta.).

Expresa que el denunciante manifestó que vio a su progenitora haciendo un pozo en el interior del gallinero de la vivienda, aproximadamente a las 15 hs. y que luego llevaban una caja en la cual supuestamente transportaban a la criatura, a la que depositaron en el pozo y la taparon con tierra (fs. 3 vta.).

Explica que a las 19:45 hs. se constituyó la prevención policial junto a la Fiscal, el médico de la Policía y la Brigada de Investigaciones en su domicilio y que los atendió su morador, quien autorizó el ingreso e indicó el lugar donde estaba el gallinero.

Agrega que allí se comenzó a cavar, que se tomaron fotografías y que se extrajo una caja de cartón que contenía el cuerpo sin vida de una criatura de sexo masculino de reciente data (fs. 3 vta./4).

Expresa que inmediatamente se procedió a trasladar el cuerpo a la morgue local, que a ella y a su progenitora la llevaron al hospital local y que desde ese día nunca más recuperó la libertad hasta el mes de abril de 2013 (fs. 4).

Relata que declaró como imputada, sin abogado, que en el expediente de instrucción la única prueba de cargo era el informe del perito médico forense -policial- y que no se le admitió testigos ni otras pruebas, como tampoco la reiteración del informe forense.

Aclara que se le efectuó un informe psicológico que no incluye aspectos relevantes para esclarecer los hechos (fs. 4/6).

Expresa que luego de dos audiencias de debate el 21 de junio del 2000 y sin que se haya producido una nueva pericia, a pesar de que la Defensora de Cámara señaló los vicios de la pericia, se dictó sentencia por homicidio calificado por el vínculo -art. 80, inc. 1 C.P.-, por la que se la condenó a prisión perpetua (fs. 6 vta.).

Considera que se violaron garantías constitucionales y derechos elementales del ser humano que ocurrieron durante la privación de libertad, tiempo en el que no gozó de salidas mínimas ni de otras prerrogativas como prisión domiciliaria, solicitudes humanas o de vigencia de derechos esenciales que le fueron denegados -visitar a sus padres enfermos, a sus hijos en Mercedes, pasar una fiesta de fin de año o navidad con la familia, etc.- y que también se le negó autorización para cursar una carrera universitaria (fs. 6 vta.).



Destaca que toleró en forma pacífica el abuso y privación de libertad injusta y que no tuvo problemas de conducta a pesar de las injusticias cometidas en su contra (fs. 6 vta.).

Manifiesta que en simultáneo tramitaba un incidente de revisión, en el que se produjo otra pericia médica y en el que se concluyó que el bebé no fue estrangulado y que no se podía haber concluido que había nacido vivo y que en todo caso el bebé tuvo sufrimiento fetal en el canal de parto, lo que permite inferir justamente la conclusión contraria, es decir que no nació con vida (fs. 8 vta.).

Dice que el 26 de abril de 2013 el Superior Tribunal de Justicia dictó la sentencia 16 mediante la cual dispuso hacer lugar al recurso de revisión interpuesto por la Defensa Oficial, declaró la nulidad de la sentencia 170/00 dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Paso de los Libres, la absolvió de culpa y cargo por la imputación del artículo 80, inciso 1 del Código Penal y ordenó su inmediata libertad (fs. 9).

Expresa que el presupuesto sobre el que se asienta la responsabilidad del Estado es la existencia del daño injusto, indebidamente causado a un particular (fs. 14 vta.).

Destaca que la revisión de la condena del hecho fundante de la prisión perpetua que le impusieron no se basó en un hecho dudoso, sino que se sustentó en una pericia mal hecha, incompleta que no había realizado todas las etapas del método científico. Y que tampoco se produjo una nueva al momento de dictarse la sentencia respectiva a pesar de haber sido refutada por la Defensora (fs. 16 y vta.).

Entiende que la conclusión del perito policial, es por lo menos temeraria e infundada -tal como fue calificada por los forenses del Instituto Médico Forense- y suficiente para decretar la responsabilidad del Estado Provincial (fs. 17 vta.).

Manifiesta que sufrió un daño concreto producto de la privación de libertad, el abandono forzado de su familia e hijos pequeños, la pérdida de chance para proveer al mantenimiento de su núcleo primario, la imposibilidad de continuar con estudios universitarios, cuando así lo aconsejaron en el Servicio Penitenciario (fs. 19 vta.).

Agrega que la relación entre esos daños y el error judicial es directa y no requiere demostración, debido a que su privación de libertad desde el momento mismo del hecho es producto de una falta de prestación adecuada del servicio de justicia, que ni siquiera le otorgó el beneficio de excarcelación durante la etapa de ejecución (fs. 15, 19 vta./20).

Señala que el Estado tiene la obligación de resarcir a la persona condenada en sentencia firme por error judicial o en los supuestos de ilegítima detención (art. 10 del



Pacto de San José de Costa Rica y arts. 9.5 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Estima que el monto de \$ 2.000.000 (pesos dos millones) puede reparar 13 años de dolor que sufrió, privada de libertad, condenada a cadena perpetua, en un penal de esta capital provincial, alejada a más de 200 kilómetros de la ciudad donde se encontraban sus pequeños hijos y porque durante esos años no tuvo ningún beneficio extraordinario ni excepcional por su condición de madre de cuatro hijos.

Agrega que moral y socialmente fue destrozada, que la sentenciaron por asesina de su propio hijo, que la separaron de su familia y que sintió el rechazo social que produjo el hecho que se le imputó (fs. 21 y vta.).

Por el daño moral sufrido por su hijo C. V. quien tuvo que crecer sin madre - injustamente privada de libertad- y que hoy tiene 16 años, de los cuales 13 años fue privado del afecto, contención, educación y acompañamiento de momentos alegres y tristes, así como de enfermedad y otras circunstancias de la vida, solicita la suma de \$ 800.000 (pesos ochocientos mil) (fs. 21 vta.).

En cuanto al daño material sufrido que incluye la imposibilidad de trabajar, producir, pérdida de chances, vida de relación, pide la suma de \$ 114.400,00 (pesos ciento catorce mil cuatrocientos).

Explica que ese monto surge de calcular los ingresos mínimos que podría obtener una persona en cualquier empleo, tomando para ello el salario mínimo, vital y móvil de \$ 4.400 (pesos cuatro mil cuatrocientos) y multiplicarlo por 13 x 2 (fs. 23).

Y que, potenciar por el factor 2 es la fórmula mínima si se considera que la chance está valorada además, por las condiciones que le tocó afrontar al sujeto por las cuales perdió esas chances, ya que no es lo mismo perder una chance por las variables económicas del país, que perder una chance por un error proveniente de quien debe asegurar la justicia a los ciudadanos, sumado a que ese mismo poder no le permitió estudiar una carrera universitaria (fs. 23 vta.).

Asimismo, reclama la suma de \$ 44.000 (pesos cuarenta y cuatro mil) por los daños materiales sufridos por su hijo C., ante la imposibilidad material de continuar con los estudios por falta de acompañamiento, de condiciones dignas para el desarrollo y la pérdida de chances de ese hecho acontecido en edad temprana, además de tener que trabajar para ayudar a la familia, prácticamente desde los 12 años (fs. 23 vta.).



Aclara que ese monto surge de considerar la edad escolar primaria y secundaria, debido a que hay evidencia en el expediente de ejecución de condena de que había solicitado el permiso para acompañarlo porque presentaba problemas escolares y que le fue denegado (fs. 23 vta.).

Explica que la edad que se toma es de 7 a 17 años, además de un salario mínimo, vital y móvil -como referencia de ingresos mínimos- y se multiplica por los diez años de escolaridad obligatoria (fs. 24).

Por último, expresa que se debe deducir del reclamo indemnizatorio a cargo del Estado, el valor que la vivienda -que le fuera otorgada por el INVICO, en el barrio Pirayuí, manzana 56, casa 1-, tenga en el mercado inmobiliario y también la incorporación laboral en la categoría 020, clase 020 -cargo administrativo -efectuado por el Estado Provincial en el Registro Provincial de las Personas, en atención a las diversas gestiones realizadas ante el Ministerio de Justicia-, que por sus características debe ser concebida como una prestación alimentaria y no laboral, ya que no reúne garantías de ningún tipo, tal como la estabilidad laboral porque no es un empleo de planta permanente (fs. 24 y vta.).

Entiende que la contratación en una repartición del Estado Provincial y la entrega de una vivienda del INVICO, forman parte de una asunción de responsabilidad del Estado, que debe ser entendida como tal, debido a que ambas prestaciones -deficitarias- se cumplieron después de formalizados los reclamos administrativos (fs. 24 vta.).

Como prueba ofrece: a) documental detallada en el cargo de fs. 41 y vta., además del expediente administrativo 160-29-5-340/13 y sus agregados (fs. 290), b) informes de: Instituto Pelletier de la Provincia (fs. 271/279), Registro de las Personas (fs. 265/268), INVICO (294/313), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia (fs. 283/289), Fiscalía General (fs. 315/331), Escuela “José María Gómez” (fs. 351/353); c) informe socio ambiental (fs. 371/372 vta.), d) pericial psicológica (fs. 374/377), e) expedientes 32006445/99, 32006445/01 y 8373/00 (ver cargo de fs. 75 vta./76 del IMC).

II. El Estado Provincial contestó la demanda en forma extemporánea (fs. 106).

Por resolución 47/16 (fs. 111/112) se declaró la competencia de este juzgado para entender en la causa.

Por resolución 183/16 se rechazó el planteo de nulidad que había sido formulado por la demandada (fs. 138/139).

A fs. 141 se presentó el señor C. A.V. Por derecho propio, por haber alcanzado la mayoría de edad.



A fs. 186 dictaminó la Asesora de Menores N° 3, señalando que no correspondía ya la intervención de dicha asesoría.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral confirmó el rechazo del planteo de nulidad formalizado (res. 60/18, fs. 194/196).

Producidas las pruebas ofrecidas por la actora, ésta presentó alegato (fs. 405/414 vta.) y mediante providencia 5103 se hizo saber al Estado Provincial que el plazo para alegar sobre sus derechos se encontraba vencido, por lo que se le dio por decaído el derecho dejado de usar (fs. 416).

A fs. 443 se pasó para el dictado de sentencia.

CONSIDERANDO:

I. En primer lugar se recuerda que pueden desecharse aquellas alegaciones y pruebas que sean innecesarias o inconducentes con relación al objeto del proceso (conf. fallos 262:222, 304:819 y 316:2908, entre otros).

II. En el expediente **32006445/99** caratulado “*V. M. del C. s/ Ejecución de Condena. Paso de los Libres*” se observa que:

1) la causa penal se inició con la denuncia formulada por el señor C.L.B. -de 17 años, “*DNI no posee y no recuerda*” (fs. 1) quien dijo ser vecino de la señora M.C.V. Y denunció que ella estaba embarazada de 9 meses, que tuvo el hijo y lo mató. Relató que las vio -a ella y a su madre- llevar una caja en la que supuestamente transportaban a la criatura y depositarla en un pozo que habían hecho en el interior del gallinero de la vivienda.

2) En su declaración de imputada la señora M.C.V. Dijo que la criatura nació muerta, que velaron el cuerpo en presencia de algunos vecinos y que luego lo enterraron en un pozo en el gallinero (fs. 16 y vta.).

3) Se tomaron declaraciones testimoniales, y luego la Policía de Corrientes - Medicina Legal- realizó una pericia médica en la que se concluyó que “... *Producto de la concepción de término por peso, talla y desarrollo general. Nació vivo, la distensión de los Pulmones, la secreción con burbujas en fauces y vía aérea, la insuflación del Estómago e Intestinos y la Docimacia Hidrostática son concluyentes. En la única situación que la Docimasia Hidrostática puede dar falso positivo es en la 2° etapa de la Putrefacción, el periodo Enfisematoso , lo que no sucede en este caso ya que ni siquiera se ha iniciado la misma. 3. La muerte se produce por Asfixia por Estrangulación, la fractura del Hueso Hioides es un signo directo en este sentido. No*



presenta signos de patología que impidan la vida, no existe aspiración de líquido amniótico o meconio que pueda producir muerte por aspiración. 4. El mecanismo de la muerte es una combinación de Isquemia e Hipoxia que luego de un breve lapso finaliza en muerte Cerebral. La Isquemia es la falta de circulación cerebral por compresión de los paquetes vasculares. La Hipoxia es la mala oxigenación de la sangre por compresión de la vía aérea. 5. La noxa causante de la muerte es compresión manual cervical, probablemente realizada de adelante por persona diestra, actuando el pulgar como plano de resistencia y los otros dedos como elemento de presión, efectuando el índice la Fractura del Asta izquierda del Hueso Hioides. La fuerza requerida para efectuar la maniobra en un recién nacido es mínima. El hueso Hioides es considerado clave en la semiología de las Asfixias por Estrangulación, tiene la forma de una herradura colocada por encima de la Laringe, a quien se une por medio de una gran masa muscular constituida por los Músculos anteriores del cuello, del piso de la boca y de la lengua. Todos lo protegen y vuelven inaccesible a los traumatismos comunes y a los del parto, especialmente si este se produce de manera rápida y por sorpresa en una mujer múltipara (varios partos). No se descarta combinación de estrangulación con sofocación para evitar o atenuar el llanto. Esto se presume por la cianosis generalizada y no únicamente a nivel cérico cefálico más común de observar en la estrangulación pura. 6. La muerte data de aproximadamente 12 horas antes de la Pericia. 7. No se observan lesiones post-mortem". (fs. 21 vta.).

2) El mismo médico de la Policía solicitó luego al Jefe de la Dirección Medicina Legal una pericia anatomopatológica en la que se especifique: Estudio microscópico pulmonar para confirmar el resultado de la docimasia hidrostática, estudio microscópico de la fractura del asta mayor del hueso hioides para determinar lesión vital o post-mortem, estudio microscópico del cordón umbilical para determinar la vitalidad al momento de su sección, si se observan en los órganos remitidos malformaciones congénitas que produzcan muerte en post parto inmediato, toda otra circunstancia de interés para la causa (fs. 38).

3) El Jefe de División Patología Legal contestó que esa división carecía del instrumental necesario y que continuaba con problemas de infraestructura en su laboratorio, por lo que no era posible realizar el estudio microscópico solicitado (fs. 39).

4) el 28 de junio del 2000 la Cámara en lo Criminal de Paso de los Libres dictó la sentencia 170 por la que condenó a M. del C.V. como autora responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y



costas (art. 80 inc. 1 C. P.), por el hecho ocurrido el 18 de agosto de 1999 en la ciudad de Mercedes (Ctes.) y del que resultara la muerte de su hijo recién nacido (fs. 136/140 vta.).

Fundó su decisión fundamentalmente en la autopsia médica del bebé fallecido realizada por el médico de la policía (ver fs. 138).

Expresó que la autopsia valorada fue concluyente para inferir que el bebé nació con vida y que la muerte fue ocasionada por su madre la imputada M. del C.V. mediante asfixia por estrangulación.

6) el 22 de agosto de 2012 la Defensora de Cámara -con competencia en ejecución de condena- y la defensora oficial de Paso de los Libres interpusieron un recurso de revisión (fs. 336/340 vta.), acompañando una nueva pericia médica realizada por el Instituto Médico Forense del Superior Tribunal de Justicia.

7) De la pericia practicada por tres profesionales del Instituto Médico Forense del Poder Judicial -que realiza un análisis pormenorizado de la cuestión- surgen las siguientes conclusiones: “*el diagnóstico de “asfixia por estrangulación... cuya noxa causante es la compresión manual cervical” **nos parece infundado y temerario***” (el destacado fue agregado).

Señalaron que “... *Basados en el propio informe de autopsia del perito policial, donde:*

a. no se realizó estudios anatómicos del block visceral del cuello -para evaluar si la lesión hioidea corresponde a una lesión vital o no – y del block visceral pulmonar para determinar si el presente caso se trata de un nacido vivo o no. El diagnóstico histopatológico es determinante al respecto.

b. El diagnóstico de muerte del Médico Perito Policial es determinante, diez días antes de que el médico patólogo policial informe que se encuentra con problemas que impiden el procesamiento de las muestras.

c. No constata lesiones externas en cuello ni equimosis musculares en el examen interno. Desconociendo el desarrollo del hueso hioideo y de su falta de fusión al momento del nacimiento, diagnostica una fractura en el asta mayor izquierda del hueso hioides, sin constatar sufusiones hemorrágicas perilesionales, cuando conforme a la literatura internacional de referencia en la especialidad, la fractura del hioideo es rara en la infancia y aumenta su incidencia con la edad, su hallazgo es previsible en las maniobras de estrangulación pero su posible hallazgo no es signo patognomónico ni concluyente de diagnóstico de causa de muerte como al que se arribó.

d. No se establecieron hallazgos macroscópicos de asfixia ni en pulmones, ni en corazón ni en vías aéreas, conforme a lo ya expuesto y fundado precedentemente.



e. *Todos los autores internacionales citados advierten y sugieren medida, y cautela al momento del abordaje y estudio del complejo laríngeo faríngeo en las autopsias médico legales, advirtiendo de las posibilidades de lesión latrogénicas en la disección de las astas mayores en proceso de osificación para posterior fusión -al momento del nacimiento.*

f. *Lleva adelante una determinación de prueba de vida, o docimasia hidrostática - que por sí misma no es determinante de vitalidad- la realiza de forma defectuosa e incompleta en los tres primeros tiempos y omite los últimos dos tiempos restantes.*

g. *No se evaluó correctamente la antropometría del cadáver, si bien se fijó una talla de 54 cms. Y un peso de 4,200 kgs., la falta de otras mediciones es una prueba de ello. Cuando son datos de vital importancia para evaluar antecedentes gineco obstétricos, en caso de gestaciones de fetos macrosómicos como el presente, mas aun cuando el parto se produjo en domicilio.*

Por todo lo expuesto, Sra. Defensora de Cámara, consideramos que el presente caso se trataría de un feto de término, macrosómico, que en parto vaginal domiciliario, padece de sufrimiento fetal agudo en el canal del parto, la cianosis generalizada es un claro indicador al respecto, sin descartar posibles malformaciones no estudiadas y en el que se carece de un concluyente diagnóstico histopatológico que pueda establecer si es un nacido vivo o muerto...”

8) el 26 de abril de 2013 el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia -luego de un profundo análisis del nuevo informe médico incorporado a la causa- hizo lugar al recurso de revisión, declaró la nulidad de la sentencia condenatoria dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Paso de los Libres, absolvió de culpa y cargo a M. del C.V por la imputación del artículo 80 inciso 1 del Código Penal y ordenó su inmediata libertad (fs. 363/370).

Para así decidir consideró los informes técnicos médicos incorporados a la causa, el primero realizado por el perito policial que fue una prueba decisiva para la condena y el segundo efectuado por el Cuerpo Médico Forense del Superior Tribunal de Justicia que se constituyó en una prueba en contrario.

Agregó que en la etapa preliminar a la instrucción cuando se produjo la autopsia y el correspondiente informe técnico médico que se incorporó como prueba en el debate, se obtuvo “... un pronunciamiento jurisdiccional ajustado a derecho, conforme a la sana crítica racional y a lo que indica el orden natural de las cosas...” (fs. 369).



Aclaró que la conducta sometida a proceso de M. del C.V de presionar el cuello de su hijo recién nacido hasta producirle la muerte -acontecimiento que fue determinado con el carácter de certeza- “... *debe ceder en el tramo de la producción de la muerte, debido a la abrumadora demostración del rigor científico en contrario, basándose en los nuevos estudios de los tratadistas de la medicina, que aparece con una literatura superadora de conceptos clásicos con posterioridad a la actuación del perito médico policial, a lo que debe sumarse la insuficiencia de estructuras institucionales...*” (fs. 369).

Concluyó que la contundencia que surge al exponerse las variables que son determinantes para tener por cierto que el embarazo de M. del C.V. llegó a su término sin que se pueda demostrar que su hijo haya nacido con vida, justifica que en el caso se carezca del sujeto pasivo exigido por el tipo penal del artículo 80 inciso 1 del C.P. (fs. 363/370).

Por último, expresó que el modo de resolver no desmerece la labor profesional del Perito Médico Policial que se desempeñó con conocimientos anteriores al año 2000 y con la carencia de medios técnicos en esa época (fs. 369 vta.).

III. Así las cosas, es preciso analizar si procede en derecho la indemnización reclamada por la señora M.C.V. y su hijo C.V. consistente en la suma de \$ 2.958.400 (pesos dos millones novecientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos) por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la privación de libertad de la señora M.C.V. durante 13 años por una condena luego declarada nula.

IV. De los presupuestos de la responsabilidad

Para que se configure la responsabilidad por daños, contractual o extracontractual, tanto en el ámbito del derecho público como privado, se requiere la presencia de cuatro presupuestos comunes: la antijuridicidad (salvo en el caso de responsabilidad del Estado por actividad lícita, que tiene sus particularidades), el daño, el factor de atribución (ya sea objetivo o subjetivo) y la relación de causalidad.

V. Veamos entonces los presupuestos generales para que exista responsabilidad, para el caso concreto.

- Antijuridicidad de la acción



En este caso, como ya se relató existió una condena a prisión perpetua que luego fue revisada -al incorporarse un nuevo informe médico- y declarada nula, absolviendo de culpa y cargo por el delito de homicidio calificado por el vínculo a la señora M.C.V.

Por lo tanto, más allá de lo que se analizará luego con respecto al factor de atribución, lo cierto es que una condena penal, luego declarada nula, aunque hayan existido razones que en su momento hayan podido llevar a decidir como se decidió (conforme análisis del Superior Tribunal de Justicia) es claramente una condena no ajustada a derecho.

Factor de atribución de responsabilidad

El factor de atribución para justificar la responsabilidad del Estado es la falta de servicio (conf. aplicación por analogía del art. 1112 CC, vigente al momento de los hechos).

En este sentido, al ser el servicio de justicia un servicio prestado por el Estado a la comunidad, éste debe responder en forma directa por la falta de una regular prestación (conf. CJSN 321:1124; 330:563).

La doctrina de la falta de servicio entraña tanto la supresión del elemento culpa como factor de atribución de la responsabilidad incluso la innecesidad de individualizar al autor del daño como al mal funcionamiento del servicio o al incumplimiento irregular objetivo (sin atender a la conducta del agente público) de las obligaciones establecidas en las leyes o reglamentos administrativos (conf. Pizarro Ramón Daniel, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y de los funcionarios públicos*, Tomo I, Ed. Astrea, Bs.As., 2016, p. 310).

Especialmente, en el caso de las condenas penales luego declaradas nulas la solución está expresamente consagrada por normas que poseen jerarquía constitucional - conf. art. 75 inc. 22 C.N.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial -art. 10.

El Pacto de Derecho Civiles y Políticos que dispone que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá derecho efectivo a obtener reparación y que cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada conforme a la ley a menos que se demuestre que le es imputable en todo o



en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido -art. 9 inc. 5) y art. 14 inc. 6)-.

Entiendo que para dilucidar la existencia de un error judicial, debemos entender la prestación del servicio de justicia como un sistema -humano- en el que existe una serie de factores concatenados que nos llevan a una decisión -en el caso, una sentencia condenatoria o absolutoria- basada en la prueba incorporada a la causa.

Desde esta perspectiva, se ha acreditado una falla en el sistema porque la sentencia se basó en una pericia médica -realizada por la policía- que luego fue desvirtuada por un informe médico del Instituto Médico Forense del Superior Tribunal de Justicia, calificando el diagnóstico de *“asfixia por estrangulación”* como *“infundado y temerario”* (ver fs. 349 expte. PI1 32006445).

Ese informe médico cuestionó todas y cada una de las conclusiones a las que arribó el perito médico policial, destacando por ejemplo con respecto a la fractura del hueso hioides que *“... ya autores como Gordon en 1976 alertaban sobre la posibilidad de provocar iatrogénicamente fracturas posmortales del hioides en el curso de las maniobras de la autopsia al realizar la extracción del bloque cervical...”* (fs. 343).

En este sentido también indicaron que *“la lesión de los componentes cartilagosos del hioides, deben estar acompañados de sufusiones hemorrágicas productos de la lesión, de no existir esas sufusiones hemorrágicas, la lesión es de carácter post mortem. Recordamos nuevamente que ya autores como Gordon en 1976 alertaban sobre la posibilidad de provocar iatrogénicamente fracturas post mortales del hioides en el curso de las maniobras de autopsia al realizar la extracción del bloque cervical...”* (fs. 347).

Señalaron además que en estas autopsias es necesario que tras la extracción del bloque cervical se analicen las piezas mediante métodos radiográficos e histopatológicos para localizar auténticas fracturas vitales de fracturas postmortales o meras ausencias de fusión de la sincondrosis del asta mayor (fs. 343).

En este sentido, explicaron que los estudios que fueron solicitados por el mismo perito médico -luego de arribar a sus conclusiones y que no fueron realizados por falta de instrumental y problemas de infraestructura- son un elemento auxiliar de diagnóstico de suma importancia.

Pusieron de manifiesto que uno de los mayores problemas de la medicina legal consiste en establecer si el recién nacido nació con vida o sin ella y que se necesitan



varias pruebas complementarias entre sí porque es difícil arribar a un diagnóstico preciso (fs. 344).

Explicaron que para esos fines la prueba de docimasia hidrostática es la que en general se elige por la facilidad para realizarla. Detallaron que debe realizarse en cuatro tiempos -e incluso algunos autores agregan un tiempo más- y que, además, pueden darse a veces falsos positivos por hechos anteriores a la muerte como ser movimientos respiratorios iniciados en el canal del parto, en el sufrimiento fetal prolongado con muerte antes del nacimiento o inspiración de unto sebáceo.

Explicaron que en el caso la docimasia hidrostática realizada en la autopsia no se siguieron los pasos necesarios. Señalan *“un error de técnica mayúsculo”* al sumergir en el primer tiempo el block cérico torácico, *“cuando las vías cervicales presentan vías aéreas y digestivas que ocasionan artefactos de técnicas con posibilidades de falsos positivos...”* (fs. 348). También destacan que en el segundo tiempo sólo sumergió un pulmón, cuando debían ser ambos; que en el tercer tiempo las burbujas que salían eran finas -no gruesas ni abundantes- lo que de por sí *“al menos debería dubitar hallazgos”* y que no menciona el perito policial haber hecho el cuarto y quinto tiempo del estudio.

Continuaron señalando irregularidades en las conclusiones y práctica de la pericia, como por ejemplo que *“... el médico ... no establece hallazgos en pulmones de fenómenos asfícticos (...) inyección conjuntival ni o bilateral. En el estudio de la vía aérea se informa “sin alteración de mucosas” no se visualiza cianosis ni congestión (...) o hallazgos a nivel de los paquetes vasculo nerviosos del cuello que no se establecieron, más que un ingurgitación yugular interna bilateral, que por sí misma no es indicador de causa de muerte traumática...”* que constituyen *“elementos básicos”* para poder aproximar un diagnóstico de asfixia por estrangulación (fs. 347 y vta.).

Además, destacaron con respecto al cadáver, que si bien existen sólo dos datos -talla de 54 cm y peso de 4,200 kg- no existen datos de talla céfalo caudal y perímetros cefálicos y torácicos, de vital importancia para evaluar edad fetal y analizar si es feto en término o no. Y aclararon que conforme estándares de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia se establece el umbral de 4000 gramos de peso a partir del cual se considera feto macrosómico *“... lo que lleva a un aumento de la distocia de hombros, desproporción céfalo pélvica y de morbilidad perinatal es superior a la de pesos inferiores. Sin dejar de lado que en caso de producirse el parto en un ámbito*



domiciliario ello conlleva a que los índices de morbimortalidad fetal superan el 50 % en estos casos (fs. 348, el destacado ha sido agregado).

Todas estas consideraciones, sumadas a las conclusiones que ya fueron transcriptas más arriba, llevan a la conclusión de que el servicio ha fallado, pues está acreditado que la autopsia médica -y sus conclusiones- en la que se basó la sentencia condenatoria fue realizada en forma defectuosa.

Es cierto que surge que luego de realizar sus conclusiones el perito médico solicitó una pericia anatomopatológica -que según el informe agregado no pudo ser realizada por falta de insumos y problemas de infraestructura (ver CONSIDERANDO II, punto 6). Pero también surge que emitió sus conclusiones antes de contar con el resultado de ese estudio que estimó necesario y también antes de que se le contestara que no podía ser realizado.

Para más, al no haber contestado la demanda el Estado Provincial, tampoco se ha alegado que el servicio no contara con los medios suficientes u otra causal eximente de la responsabilidad del Estado.

Y, como ya se dijo, al tratarse de la falta de servicio, no es necesario acreditar la culpa de algún funcionario o agente sino que se trata de una responsabilidad objetiva que genera el deber de responder por el servicio prestado en forma irregular.

En el caso, la obligación incumplida es la de “*afianzar justicia*” y se encuentra prevista tanto en el preámbulo de la Constitución Nacional como de la Provincial y también que las sentencias deben constituir derivación razonada del ordenamiento jurídico aplicable a los hechos comprobados de la causa (art. 185 Const. Pcial.) en tanto luego se desvirtuó totalmente la comprobación de los hechos al incorporarse un nuevo informe médico señalando las falencias del anterior.

También se da en el caso el recaudo de la responsabilidad por error judicial, consistente en que el acto jurisdiccional que origina el daño haya sido previamente declarado ilegítimo y dejado sin efecto (conf. Fallos: 311:1007; 319:2527, entre otros).

Relación de causalidad entre el hecho y el daño

Es evidente que la relación entre el daño -que será seguidamente analizado- y la falta de servicio en este caso, es directa ya que la pericia fundó la sentencia que luego fue declarada nula y, como consecuencia inmediata, la señora la señora M. del C. V. fue privada de su libertad durante 13 años.

Daño



De la prueba surge que la señora Viera fue detenida el 20 de agosto de 1999 y, luego de ser condenada, se dispuso su traslado al Instituto Pelletier el 01/08/00 (fs. 6/7 legajo 287 causa 8373 “*Viera, María del Carmen s/ ejecución de condena. Paso de los Libres*”), mientras que fue dejada en libertad el día 26 de abril de 2013 (fs. 375 expte. jud. PI1 32006445/99).

El daño consiste primordialmente en la privación de la libertad de una persona - madre de familia- durante 13 años.

Surge entonces que la señora M.C.V. fue privada de su libertad durante largos años, en virtud de una sentencia que posteriormente fue revisada y declarada nula –en base a la nueva prueba aportada- con las consiguientes dificultades que lógicamente esto conlleva para la reinserción laboral y social y la obtención de ingresos.

Además, tal como sostiene la reclamante esta privación de la libertad produjo lógicamente el abandono forzado de sus hijos, la pérdida de oportunidad para ser sostén de su familia -ya sea mediante el trabajo fuera o dentro del hogar- la imposibilidad de estudiar una carrera terciaria o universitaria -de perfeccionarse- y la lógica afectación moral.

Veamos los montos reclamados.

Acá debe también destacarse que el Estado Provincial contestó tardíamente la demanda, por lo que no hay oposición formal a los montos solicitados, ni prueba o argumentos en contrario.

El daño material reclamado por la señora M.C.V. fue calculado por la reclamante en base al salario mínimo vital y móvil (SMVyM) de \$ 4400 multiplicado x 13 (un año más SAC) y luego multiplicado por 2. Teniendo en cuenta que el SMVyV del año en que fue formulada la demanda -momento en que la reclamante valúa el daño que entiende se le produjo- incluso era mayor al que requiere (\$ 4716 a enero de 2015, página web del Poder Judicial www.juscorrientes.gov.ar) y que el cálculo se refiere a dos años, cuando estuvo privada de su libertad durante 13 -aunque en los últimos años se la autorizó para que realice tareas que le daban ganancias, como venta de tortas (año 2010 ver fs. 706 del expediente de ejecución de condena)- el monto solicitado resulta razonable.

A su vez, del informe del Instituto Pelletier en el que se desprende que M. del C. V. mantuvo un “*Muy Buen Comportamiento con el resto de las internas y con el del Personal Penitenciario*” y en el que se destaca que realizó varios talleres en el establecimiento penal -mecanografía, manualidades, educación física, capacitación en cocina y repostería, computación- y que culminó sus estudios secundarios -autorizada



por el juzgado de ejecución- obteniendo el primer promedio (fs. 314 y vta. expediente ejecución de condena, fs. 271/279 de este expediente). Además de que solicitó permiso para cursar estudios de formación profesional, a los que no se hizo lugar por razones legales que no vienen al caso, teniendo en cuenta que luego su condena fue declarada nula (fs. 184, 194) y luego también solicitó autorización para inscribirse en la carrera universitaria criminalística y le fue denegada (fs. 343 y 376 expte. ejecución de condena).

Se evidencia entonces que la señora M.C.V. tenía la intención de capacitarse y que así lo hizo, por lo que no resulta ilógico pensar que si tenía la posibilidad de continuar con una carrera terciaria o universitaria también lo hubiera hecho.

Asimismo, del informe del Registro de las Personas surge que cumple funciones en el Departamento de Inscripciones Especiales dependiente de la Dirección General del Registro Provincial de las Personas y que M.C.V. se desempeña con normalidad tanto con sus compañeros como con sus superiores, no habiendo recibido quejas sobre su comportamiento y que mantiene un constante espíritu de colaboración (fs. 268).

Este informe deja en claro el comportamiento y el desempeño de M.C.V. en su lugar de trabajo, lo que representa que podía obtener un empleo y ser un buen sostén para la economía familiar o encargarse de las tareas del hogar.

Por otra parte, su hijo C.A.V. reclama el monto de \$ 44.000 -que tampoco está controvertido al no haber contestado la demanda el Estado Provincial- por la imposibilidad de haber continuado sus estudios por falta de acompañamiento, por falta de condiciones dignas para el desarrollo y de pérdida de chances al haber ocurrido el hecho cuando tenía corta edad.

Del informe emitido por la escuela a la que concurría surge en el año 2006 reprobó el 1° grado con 26 inasistencias, que en el 2009, 2010, 2011 y 2012 repitió 3° grado, que tuvo en ese período entre 41 y 103 inasistencias, manteniendo siempre buena conducta y que en el año 2013 sólo concurrió al Centro de Apoyo Infantil (CAI) que funcionaba en la escuela.

También se señala que en su trayectoria fue un niño muy vulnerable, debido a las reiteradas inasistencias, que con frecuencia se recurría a su domicilio para dialogar con su tutora -abuela-, pero que no se lograba solución y que cuando ya tenía sobre edad se sentía incómodo y con vergüenza, que a pesar de los esfuerzos realizados por la escuela para atenderlo escolarmente, no se logró su retención (fs. 353).



En definitiva, es una prueba de que la privación de libertad de su madre C.V. repercutió en su formación escolar.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al reclamo de daño material, ordenando indemnizar a M. del C. V. la suma de \$ 114.400,00 (pesos ciento catorce mil cuatrocientos) y a su hijo C.A.V. \$ 44.000,00 (pesos cuarenta y cuatro mil).

El daño moral surge patente por el hecho de haber estado privada de su libertad durante 13 años a causa de una sentencia que luego fue declarada nula -por defectuosa realización de la pericia y sus conclusiones-.

Del informe pericial psicológico efectuado a M. del C. V. -que no fue cuestionado- surge que demuestra como secuelas de la privación de la libertad indicadores que denotan un diagnóstico de depresión reactiva, con angustia y ansiedad elevada, alteraciones emocionales, aislamiento, anhedonia, baja autoestima, alteraciones del sueño y de la alimentación, además de comorbilidad con trastornos de ansiedad y agorafobia, con manifestación de temor para salir de su casa o cambiar su rutina.

Asimismo, se desprende que ella manifiesta indicadores de una autoestima afectada negativamente por el rótulo de ex convicta, que parece limitar sus capacidades de socialización, prefiriendo el aislamiento.

Y que, expresa angustia y desconsuelo por no haber podido ser una figura presente en la vida de sus hijos debido a la privación de libertad y a la distancia existente entre Corrientes -donde pasó la mayor parte de la condena- y Mercedes -lugar donde residían sus hijos-, sintiéndose culpable por las privaciones emocionales y materiales que sufrieron y frente a las que ella no pudo intervenir (fs. 374/377).

Además, también están acreditados los numerosos eventos y situaciones familiares en que quiso estar presente -visitas por estar alejada su familia y no poder concurrir a visitarla desde Mercedes por razones económicas, cumpleaños, fiestas de fin de año, el nacimiento de su nieto prematuro y la posibilidad de acompañar a su hija que se encontraba sola internada en Corrientes, las internaciones o problemas de salud de su madre o su padre, el fallecimiento de su padre y de su hermano, la necesidad de acompañar a su hijo cuando presentaba problemas escolares- y a los que, en muchas ocasiones, no pudo concurrir por haber sido denegado y, en otras, podría participar y acompañar por lapsos muy cortos, a veces de pocas horas -por razones legales que, como dijimos, no hacen al caso, teniendo en cuenta que su condena fue declarada nula- (ver expediente de ejecución de condena, fs. 173, 182, 201, 205, 222/223, 232, 235, 257, 266,



271, II cuerpo, fs. 355, 217, 221, 222, 227, 234, 237, 312/313, 320, 325 vta., 333, 413/414, 448, 481, 522, 570 y vta., 599 y vta. , 627, 636, 661, 668, 670, 681).

Con respecto a su hijo C.A.V. también surge en sí mismo el daño moral por cuanto, a la edad de 3 años (ver fs. 9 expte. adm. 160-29-05-340/13) fue separado de su madre por haber sido ésta privada de su libertad. Siendo una edad en la que lógicamente era fundamental contar con la contención de su madre.

En consecuencia, surgen razonables los montos solicitados, ordenando entonces la indemnización para la señora M. del C. V. en \$ 2.000.000 (pesos dos millones) y para su hijo C.A.V. \$ 800.000,00 (pesos ochocientos mil), entendiéndolos valúados al momento de formular la demanda.

En síntesis, corresponde hacer lugar a la demanda y condenar al Estado Provincial a resarcir a la señora M.C.V. por el daño material y moral la suma de \$ 2.114.400 (pesos dos millones ciento catorce mil con cuatrocientos) y a su hijo, el señor C.A.V. por el daño material y moral la suma de \$ 844.000 (pesos ochocientos cuarenta y cuatro mil), con más los intereses calculados desde la promoción de la demanda -14 de abril de 2015- hasta su efectivo pago calculados conforme la tasa pasiva para uso de la justicia que publica el BCRA.

El pedido de que se deduzca del reclamo indemnizatorio el valor de la vivienda que le otorgó el INVICO y la incorporación laboral en el Registro Provincial de las Personas debe ser rechazado, debido a que, por un lado, la tenencia de la vivienda fue concedida con carácter precario (fs. 302 y 308) y el INVICO no fue demandado en esta causa y, por otro lado, el empleo no tiene carácter estable, pues M.C.V fue contratada - como afirma en la demanda.

VI. En cuanto a las costas, estimo que corresponde imponerlas a la parte demandada, por no existir elementos que permitan apartarse del principio general (conf. art. 68 del CPCyC), intimándose a los profesionales intervinientes que acrediten su condición bajo apercibimiento de regularles honorarios como monotributistas.

VII. Por último, la perito designada solicita regulación de honorarios.

De acuerdo a ello, se constata que la profesional ha intervenido confeccionando el informe pericial de fs. 374/376 por lo que entiendo prudente fijar sus honorarios en una suma equivalente al monto de 20 jus teniendo en cuenta la calidad y eficacia del trabajo, como así también la celeridad con la que realizó la pericia (art. 18 ley 5822).

En consecuencia, corresponde regularle sus honorarios profesionales en la suma de \$ 31233 (pesos treinta y un mil doscientos treinta y tres -conf. acuerdo STJ 25/19, punto décimo séptimo).



Los honorarios generarán desde su regulación hasta su efectivo pago, un interés equivalente a la tasa activa del Banco Nación Argentina -cartera general o similar que la sustituya- conforme lo dispuesto por el artículo 56 de la ley 5822.

Por los fundamentos expuestos,

RESUELVO: 1°) HACER LUGAR a la demanda, condenando al Estado Provincial a resarcir a la señora M.C.V. por el daño material y moral la suma de \$ 2.114.400 (pesos dos millones ciento catorce mil con cuatrocientos) y a su hijo, el señor C.A.V. por el daño material y moral la suma de \$ 844.000 (pesos ochocientos cuarenta y cuatro mil), con más los intereses calculados desde la promoción de la demanda -14 de abril de 2015- hasta su efectivo pago calculados conforme la tasa pasiva para uso de la justicia que publica el BCRA. 2°) Imponer las costas a la parte demandada (conf. art. 68 del CPCyC) e intimar a los profesionales intervinientes que acrediten su condición bajo apercibimiento de regularles honorarios como monotributistas. 3°) Regular los honorarios profesionales de la perito Lic. en Psicología Rosario Fernández en la suma de \$ 31233 (pesos treinta y un mil doscientos treinta y tres). Los montos regulados generarán desde su regulación hasta su efectivo pago, un interés a calcularse a tasa activa del Banco Nación Argentina -cartera general o similar que la sustituya (conf. art. 56 de la ley 5822). 4°) Notifíquese personalmente o por cédula. 5°) Insértese, regístrese, notifíquese y archívese.



Dra. MARÍA BELÉN GÜEMES

JUEZ

JUZ. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 2

Dra. CLAUDIA LILIANA SOSA DE COSTANTINI

SECRETARIA ACTUARIA

JUZ. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 2

Dra. CAROLINA DANIELA VEGA CURI

Abogada – Secretaria Actuaría
Cámara de Apelaciones en lo Contencioso
Administrativo y Electoral – Poder Judicial

Provincia de

Corrientes



Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral
Poder Judicial
Provincia de Corrientes

EXP 115399/15

En la ciudad de Corrientes, a los Veintidós (22) días del mes de SEPTIEMBRE de dos mil veinte, esta Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral, se constituye con las Doctoras MARIA HERMINIA PUIG y MARTHA HELIA ALTABE DELÉRTORA, conforme al orden de votación oportunamente establecido, a fin de dictar sentencia en la causa caratulada: "VIERA MARIA DEL CARMEN Y CESAR ARIEL VIERA C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES S/ DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA (DAÑOS Y PERJUICIOS)" Expediente N° EXP 115399/15.

A continuación la Señora Vocal Doctora MARIA HERMINIA PUIG formula la siguiente:

RELACION DE LA CAUSA

Como la practicada por la titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 2 se ajusta a las constancias incorporadas a la causa, me remito a ellas a fin de evitar repeticiones.

El citado Tribunal dicta la Sentencia N°46 del 19 de Noviembre de 2019 que dispone hacer lugar a la demanda y condena al Estado de la Provincia a “*resarcir a la señora M.C.V. por el daño material y moral la suma de \$ 2.114.400 (pesos dos millones ciento catorce mil con cuatrocientos) y a su hijo, el señor C.A.V. por el daño material y moral la suma de \$ 844.000 (pesos ochocientos cuarenta y cuatro mil), con más los intereses calculados desde la promoción de la demanda -14 de abril de 2015- hasta su efectivo pago calculados conforme la tasa pasiva para uso de la justicia que publica el BCRA*” y por ello condena en costas al demandado. Contra ello, el perdedoso plantea recurso de apelación, el que previa sustanciación en origen, es concedido libremente y en ambos efectos (fs. 473).



Recibidas las actuaciones por el tribunal, se dispone el llamamiento de autos para Sentencia de fs. 477, el que se encuentra firme y consentido.

La Señora Vocal Doctora MARTHA HELIA ALTABE DE LÉRTORA presta conformidad con la precedente relación de la causa.

A continuación, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral formula las siguientes:

CUESTIONES

PRIMERA: ¿Es nula la sentencia recurrida?

SEGUNDA: En su caso, ¿debe ser confirmada, modificada o revocada?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DOCTORA MARIA HERMINIA PUIG DIJO:

El recurso de nulidad NO fue interpuesto y no advirtiéndose vicios que provoquen el avocamiento de oficio, y que pudieran invalidar la sentencia recurrida, no corresponde considerar la cuestión.

A LA MISMA CUESTION, LA SEÑORA VOCAL DOCTORA MARTHA HELIA ALTABE DE LÉRTORA DIJO:

Me adhiero a lo expuesto por la Señora Vocal pre opinante, por compartir sus fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA. MARIA HERMINIA PUIG DIJO:

I.- Viene esta causa a consideración de la Alzada para resolver el recurso de apelación que fue interpuesto contra el Fallo No. 46, del 19 de Noviembre de 2019.

II.- El Juzgado de grado, al decidir como lo hace consideró del relato de los hechos de la actora que: " *La señora M. del C.V y su hijo entonces menor de edad- C.A.V. demandan al Estado Provincial reclamando la suma de \$ 2.958.400 (pesos dos millones novecientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos), con más intereses y costas, en concepto de daño moral y material que dicen haber sufrido como consecuencia de la privación*



indebida de la libertad de la señora M.C.V. durante 13 años por un hecho que no cometió (fs. 2/29 vta. y 141 y vta.).”

Así como antecedentes de hecho, surge del exordio que la actora fue denunciada por un vecino por el supuesto homicidio de su hijo recién nacido a quien enterró en el patio de su casa, y por ello condenada a prisión perpetua, sin embargo a partir de la verdadera secuencia de los hechos “...*Considera que se violaron garantías constitucionales y derechos elementales del ser humano que ocurrieron durante la privación de libertad, tiempo en el que no gozó de salidas mínimas ni de otras prerrogativas como prisión domiciliaria, solicitudes humanas o de vigencia de derechos esenciales que le fueron denegados -visitar a sus padres enfermos, a sus hijos en Mercedes, pasar una fiesta de fin de año o navidad con la familia, etc.- y que también se le negó autorización para cursar una carrera universitaria (fs. 6 vta.)”*

También señaló que la actora “...*Destaca que toleró en forma pacífica el abuso y privación de libertad injusta y que no tuvo problemas de conducta a pesar de las injusticias cometidas en su contra (fs. 6 vta.).*

Manifiesta que en simultáneo tramitaba un incidente de revisión, en el que se produjo otra pericia médica y en el que se concluyó que el bebé no fue estrangulado y que no se podía haber concluido que había nacido vivo y que en todo caso el bebé tuvo sufrimiento fetal en el canal de parto, lo que permite inferir justamente la conclusión contraria, es decir que no nació con vida (fs. 8 vta.).”

Resulta relevante “...*que el 26 de abril de 2013 el Superior Tribunal de Justicia dictó la sentencia 16 mediante la cual dispuso hacer lugar al recurso de revisión interpuesto por la Defensa Oficial, declaró la nulidad de la sentencia 170/00 dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Paso de los Libres, la absolvió de culpa y cargo por la imputación del artículo 80, inciso 1 del Código Penal y ordenó su inmediata libertad (fs. 9).*

Expresa que el presupuesto sobre el que se asienta la responsabilidad del Estado es la existencia del daño injusto, indebidamente causado a un particular (fs. 14 vta.).

Destaca que la revisión de la condena del hecho fundante de la prisión perpetua que le impusieron no se basó en un hecho dudoso, sino que se sustentó en una pericia



mal hecha, incompleta que no había realizado todas las etapas del método científico. Y que tampoco se produjo una nueva al momento de dictarse la sentencia respectiva a pesar de haber sido refutada por la Defensora (fs. 16 y vta.).

Entiende que la conclusión del perito policial, es por lo menos temeraria e infundada -tal como fue calificada por los forenses del Instituto Médico Forense- y suficiente para decretar la responsabilidad del Estado Provincial (fs. 17 vta.).

Manifiesta que sufrió un daño concreto producto de la privación de libertad, el abandono forzado de su familia e hijos pequeños, la pérdida de chance para proveer al mantenimiento de su núcleo primario, la imposibilidad de continuar con estudios universitarios, cuando así lo aconsejaron en el Servicio Penitenciario (fs. 19 vta.).

Agrega que la relación entre esos daños y el error judicial es directa y no requiere demostración, debido a que su privación de libertad desde el momento mismo del hecho es producto de una falta de prestación adecuada del servicio de justicia, que ni siquiera le otorgó el beneficio de excarcelación durante la etapa de ejecución (fs. 15, 19 vta./20).”

A partir de ese relato la actora afirma que merece ser indemnizada por el error judicial como consecuencia de la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estimando el monto de \$2.000.000,00 en concepto de reparación por el dolor sufrido, la suma de \$800.000,00 por el daño moral sufrido por su hijo quien debió criarse sin madre durante los 13 años de prisión efectiva y \$114.400,00 por daño material y pérdida de chance, más \$44.000,00 por daño material sufrido por su hijo, lo cual “ *se debe deducir del reclamo indemnizatorio a cargo del Estado, el valor que la vivienda -que le fuera otorgada por el INVICO, en el barrio Pirayú, manzana 56, casa 1-, tenga en el mercado inmobiliario y también la incorporación laboral en la categoría 020, clase 020 -cargo administrativo -efectuado por el Estado Provincial en el Registro Provincial de las Personas, en atención a las diversas gestiones realizadas ante el Ministerio de Justicia-, que por sus características debe ser concebida como una prestación alimentaria y no laboral, ya que no reúne garantías de ningún tipo, tal como la estabilidad laboral porque no es un empleo de planta permanente (fs. 24 y vta.).*



Entiende que la contratación en una repartición del Estado Provincial y la entrega de una vivienda del INVICO, forman parte de una asunción de responsabilidad del Estado, que debe ser entendida como tal, debido a que ambas prestaciones - deficitarias- se cumplieron después de formalizados los reclamos administrativos (fs. 24 vta.).”

Así, ya en el análisis de éste proceso, habiendo tenida por ofrecida pruebas, cumplida la intervención de la Asesoría de menores y por contestado extemporáneamente la demanda al Estado, entiende que a partir de las resulta de la revisión judicial que de la condena hizo el Superior Tribunal de Justicia, revocándola, cana verificar los extremos de responsabilidad del demandado. En ese razonamiento expresa que “...para que se configure la responsabilidad por daños, contractual o extracontractual, tanto en el ámbito del derecho público como privado, se requiere la presencia de cuatro presupuestos comunes: la antijuridicidad (salvo en el caso de responsabilidad del Estado por actividad lícita, que tiene sus particularidades), el daño, el factor de atribución (ya sea objetivo o subjetivo) y la relación de causalidad.

“Entiendo que para dilucidar la existencia de un error judicial, debemos entender la prestación del servicio de justicia como un sistema humano- en el que existe una serie de factores concatenados que nos llevan a una decisión -en el caso, una sentencia condenatoria o absolutoria- basada en la prueba incorporada a la causa.

Desde esta perspectiva, se ha acreditado una falla en el sistema porque la sentencia se basó en una pericia médica -realizada por la policía- que luego fue desvirtuada por un informe médico del Instituto Médico Forense del Superior Tribunal de Justicia, calificando el diagnóstico de “asfixia por estrangulación” como “infundado y temerario” (ver fs. 349 expte. PII 32006445).”

Entonces, a partir de esos hechos, afirma en orden a la responsabilidad estatal que “al tratarse de la falta de servicio, no es necesario acreditar la culpa de algún funcionario o agente sino que se trata de una responsabilidad objetiva que genera el deber de responder por el servicio prestado en forma irregular.

En el caso, la obligación incumplida es la de “afianzar justicia” y se encuentra prevista tanto en el preámbulo de la Constitución Nacional como de la Provincial y también que las sentencias deben constituir derivación razonada del ordenamiento



jurídico aplicable a los hechos comprobados de la causa (art. 185 Const. Pcial.) en tanto luego se desvirtuó totalmente la comprobación de los hechos al incorporarse un nuevo informe médico señalando las falencias del anterior.

También se da en el caso el recaudo de la responsabilidad por error judicial, consistente en que el acto jurisdiccional que origina el daño haya sido previamente declarado ilegítimo y dejado sin efecto (conf. Fallos: 311:1007; 319:2527, entre otros).” Luego afirma que la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño configurado esencialmente por la privación de la libertad, resulta evidente.

En relación a los montos exigidos, los considera absolutamente razonables, sobre la base de las constancias documentales en la causa que dan cuenta del contexto al que se expuso a los actores, por lo cual condena al demandado a *“resarcir a la señora M.C.V. por el daño material y moral la suma de \$ 2.114.400 (pesos dos millones ciento catorce mil con cuatrocientos) y a su hijo, el señor C.A.V. por el daño material y moral la suma de \$ 844.000 (pesos ochocientos cuarenta y cuatro mil), con más los intereses calculados desde la promoción de la demanda -14 de abril de 2015- hasta su efectivo pago calculados conforme la tasa pasiva para uso de la justicia que publica el BCRA.”*

Rechaza sin embargo, el pedido de la actora de que se deduzca del reclamo económico las prestaciones vivienda entregada por el estado a los actores a través de INVICO, y el puesto laboral en el Registro Civil y de la Capacidad de las Personas, por el carácter precario y transitorio respectivamente de ambos. Finalmente en lo aquí relevante, impone las costas al vencido.

III.-Los agravios: Del memorial que presenta el Estado, no se puede concluir que exista razonablemente agravios desde el punto de vista técnico que analicen el error en el que pudo haber incurrido la Sra. Juez de grado.

La Magistrada ha desarrollado con absoluta claridad la cuestión, demostrando con su razonamiento los motivos de la condena al Estado, siempre sobre la base concreta de las pruebas rendidas en la causa y el derecho aplicable a ellos.

Nada de eso ha sido cuestionado por el recurrente, vaciando de contenido crítico el memorial de fs. 463/465. *“Desde esta óptica ha puntualizado la doctrina del foto que “la expresión de agravios debe contener un mínimo de técnica recursiva por debajo de la cual las consideraciones o quejas carecen de entidad jurídica como agravios,*



resultando insuficientes la mera disconformidad con lo decidido por el juez, sin hacerse cargo de los fundamentos de la resolución apelada”. Agregando que “discutir el criterio judicial sin fundar la oposición o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista no es expresar agravios”. Juan Carlos Hitters. Técnica de los Recursos Ordinarios. Pág. 455/456. (Ed. Librería Editora Platense, CABA, 2004).

De la atenta lectura del memorial de fs.463/465 no se verifica la crítica mínima necesaria para considerarlo al menos admisible como queja, donde se limita a realizar no solo una visión totalmente ajena a las constancias de la causa, sino también una simple reedición de afirmaciones unilaterales sin cuestionar realmente el fallo dictado.

Se ha dicho también respecto del memorial recursivo que “en dicho escrito el apelante debe examinar los fundamentos de la sentencia y concretar los errores que a su juicio ella contiene, de los cuales derivan las quejas de que reclama. Su función consiste en mantener el alcance concreto del recurso y fijar la materia de reexamen por el *ad Quem*, dentro de la trama de las relaciones fácticas y jurídicas que constituye el ámbito del litigio (Cám. nac. esp. Civ. y Com. sala IV, 17-4-75, BCNECyC, núm. 7859). MORELLO, SOSA, BERIZONCE. Cód. Proc. en lo Civil y Comercial de la Prov. de Bs.As. y de la Nación. T°III, pág.353. (Ed. Abeledo Perrot, CABA, 1997).

En ese entendimiento, *”la segunda instancia no puede habilitarse si el recurrente no agota con eficacia técnica la carga procesal de comunicar al Tribunal cuáles son los motivos concretos del agravio levantado contra el fallo originario, y es indudable que (...) dicha carga que pesa sobre el apelante sólo podrá considerarse satisfecha cuando la expresión de agravios contenga la crítica pormenorizada, concreta y razonada de aquellas partes del fallo que suscitan la disconformidad del quejoso”*, ob. Cit., pág. 342.

Por ello propicio rechazar el recurso de apelación de fs. 463/465. Costas al vencido. Sin regulación de honorarios (art. 2° de la ley 5822).

ASI VOTO.-

A LA MISMA CUESTION, LA SEÑORA VOCAL DOCTORA MARTHA HELIA ALTABE DE LÉRTORA DIJO:



Me adhiero a lo expuesto por la Señora Vocal pre opinante, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO.

Por lo que no siendo para más se da por finalizado el presente acuerdo, pasado y firmado todo por ante mí, Secretaria autorizante, que doy fe. Firmado: Doctoras María Herminia Puig - Martha Helia Altabe de Lértora.

Ante mí, Dra. Carolina Vega Curi – Secretaria.- Concuera fielmente con su original obrante en el Libro de Sentencias de Contencioso de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral, expido el presente en la Ciudad de Corrientes, a los Veintidós (22) días del mes de septiembre de dos mil veinte. Conste.

SENTENCIA N°48

Por los fundamentos de que instruye el precedente Acuerdo; SE RESUELVE: 1°) NO HACER LUGAR al recurso de apelación de la parte demandada por los fundamentos dados y confirmar en todas sus partes la Sentencia N° 46 del 19 de noviembre de 2.019. 2°) Imponer las costas de ésta instancia al Estado de la Provincia. Sin regulación de honorarios.3°)

Insértese, regístrese y notifíquese.

Dra. CAROLINA DANIELA VEGA CURI

Abogada – Secretaria Actuaría

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso
Administrativo y Electoral – Poder Judicial

Provincia de Corrientes

Dra. MARTHA HELIA ALTABE DE LERTORA

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Jueza de Cámara

Administrativo y Electoral - Poder Judicial Provincia de Corrientes

Dra. MARIA HERMINIA PUIG

Jueza de Cámara





**ASOCIACIÓN CIVIL DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DEL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**

PAIS: Argentina

TRIBUNAL: Juzgado de Familia de Segunda Nominación. Catamarca Primera Circunscripción

MATERIA: Familia. Daños. Genero

INTERVENCION DE LA DEFENSA PÚBLICA OFICIAL: Si

En caso afirmativo, mencione los datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino: Defensoría Civil N° 3. Ana Laura Voget (Defensora)

DERECHOS INVOLUCRADOS: Derecho a la identidad. Daño no patrimonial. Derecho a una vida libre de violencia

BREVE RELACION DE LOS HECHOS: Año 2011, inicia una relación sentimental con el accionado, al que ocasionalmente conoció cuando solicitó sus servicios como abogado de la matrícula. Los encuentros con el tiempo se trasladaron a la faz afectiva para dejar de lado la profesional; quedó embarazada y cuando se lo comunicó el le pidió que abortara. Ella decidió seguir adelante y el accionado se negó a partir de entonces a tener cualquier tipo de contacto con la accionante y jamás tuvo contacto con el niño. Reclama filiación extramatrimonial y daño extrapatrimonial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Código civil. Derecho a la identidad. Convención de los Derechos del Niño.

RESOLUCION: FALLO: I) Haciendo lugar a la acción de filiación extramatrimonial interpuesta por la Sra. A.T.C., DNI N° XXX, en representación de su hijo menor de edad: M. S. C., DNI N° XXX, y en contra del Sr. A. R. L. R., DNI N° XXx, declarando a este



último como padre biológico del niño. II) Haciendo lugar al reclamo de daño moral, peticionado por la parte actora,...III) Estableciendo la integración compuesta del apellido del niño menor de edad, el cual va a quedar configurado como “R. C.”. IV) V) Encomendando al Sr. A. R. L. R., que, en las futuras presentaciones a efectuar en los estrados del tribunal (de éste o del que fuera, y en cualquier instancia o fuero, y/o sede judicial o administrativa), en relación con la Sra. C. (y toda mujer), deberá abstenerse de dirigirse en términos ofensivos, peyorativos o descalificantes por su condición de mujer, debiendo hacerlo despojado de patrones estereotipados como los mencionados en los presentes. VI) Ordenando, tanto al señor A. R. L. R., en su calidad de letrado del foro local, como a la Dra. A. E. G., que realicen una adecuada capacitación en cuestiones de género, a los fines de que internalicen los principios antes mencionados y modifiquen los patrones socioculturales de conducta para alcanzar la eliminación de los prejuicios y prácticas que se encuentran basados en la inferioridad o superioridad de cualquier de los sexos o en las formas estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5, inc. 9, CEDAW), todo ello bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina del Colegio de abogados y abogadas local.. VII)...VIII)... IX) DRA. OLGA AMIGOT SOLOHAGA JUEZA

CONTEXTO SOCIAL Y ECONOMICO DEL CASO: Ella era una jovencita que conoció al abogado cuando él le llevaba una causa penal de su padre. Ella de escasos recursos económicos. El una persona reconocida en el medio local por su profesión, con dinero, estudio y cierta llegada. Cuando se queda embarazada luego de pedirle que aborte le decía que si lo molestaba la causa de su padre tendría problemas. Ella una persona muy vulnerable y temerosa.

INSTANCIA PROCESAL EN LA QUE SE EMITE LA SENTENCIA: Primera instancia

INSTRUMENTOS Y/O CRITERIO INTERNACIONAL INVOCADO: Convención de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos; Declaración sobre principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños; CEDAW



SENTENCIA DEFINITIVA NÚMERO: XXX

San Fernando del Valle de Catamarca, de abril 2022.

VISTOS:-

Estos autos, **EXPTE. N° xxxxx**, caratulados: “**C., A. T. C/ R., A. R. L. S/ FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y DAÑO MORAL**”, de los que;

RESULTA:-

1) Que, a fs. 05/09 y vta., comparece la **Sra. A.T. C.**, DNI N° XXXXXXXXX, con domicilio real en calle xxxxx, casa N° xx, de esta ciudad capital, con el patrocinio letrado de la Sra. Defensora Civil de xxx Nominación, Dra. xxx; y en representación de su hijo, menor de edad: **M. S. C.**, DNI N° xxxxx (xx/xx/xx), con el objeto de promover acción de reclamación de filiación extramatrimonial, en contra del **Sr. A. R. L. R.**, DNI N°xxxxxxx, con domicilio real en calle xxxxxx, de esta Ciudad Capital.

Al respecto, alega que en el año 2011 inició una relación sentimental con el accionado, la cual duró cinco meses, durante los cuales no tuvo relaciones con otros hombres y, no obstante ser una corta relación, la misma era conocida por sus amistades.

Continúa diciendo que, al muy poco tiempo de salir, quedó embarazada de su hijo; y que, al comunicárselo al demandado, éste alegó que se trataba de un embarazo no deseado, intento persuadirla para que realizara alguna practica abortiva, a lo que ella se negó rotundamente.

Que, en razón de lo cual, con dolor y humillación decidió terminar la relación y desde entonces el demandado se desentendió de todo, sin preocuparse por saber cuál era su estado y/o del niño, negándose a cualquier tipo de contacto, como así también a colaborar económicamente con la crianza.

Que, por dicha razón, debió enfrentar sola su embarazo, haciéndose cargo de todos los gastos de internación y controles de salud del niño.

Continúa refiriendo que, a fin de evitar la judicialización del presente, el progenitor fue citado por ante la Asesoría de Menores e Incapaces N° x, a fines de que proceda a tomar consciencia de la situación imperante y comparezca a reconocer extrajudicialmente a M. S., pero -a pesar de encontrarse debidamente notificado- no



concurrió a las dos citaciones que le fueron impartidas, demostrando una actitud desinteresada.

Que, por ello recurre a esta vía, en procura del derecho que le asiste a su hijo de contar con un emplazamiento filiatorio paterno, acorde con su realidad biológica.

Seguidamente, y en lo aquí relevante, solicita un resarcimiento económico en favor de su hijo, tendiente a cubrir los daños y perjuicios ocasionados por el demandado, debido a la falta de reconocimiento voluntario; por lo que reclama que se le condene a indemnizar el daño moral ocasionado, en el monto que el prudente arbitro judicial considere justo, fijando como monto aproximado la suma de pesos diez mil (\$10.000), en razón de antecedentes jurisprudenciales en la materia.

Por último, cita doctrina, jurisprudencia y funda su pretensión en derecho, describe la prueba documental acompañada; y ofrece prueba testimonial, confesional, pericial e informativa.

A fs. 11, se otorga participación a la actora, se tiene por denunciado el domicilio real y constituido el legal, se provee la causa, se le imprime el trámite de ley, se ordena correr traslado al demandado por el término de quince días; y se da intervención a los Ministerios Públicos de Menores y Fiscal.

A fs. 13 y vta., obra cédula de notificación del traslado de demanda, debidamente diligencia, dirigida al demandado, con copias en sobre cerrado.

2) A fs. 16/19 y vta., comparece el **Sr. L. A. R., DNI N° xxxxxxxx**, por derecho propio, con domicilio real en Barrio xxxxx, casa N°xx, de esta ciudad Capital, con el patrocinio de la Dra. A. E. G., MP N° xxxx, con el objeto de contestar el traslado de la demanda.

En primer lugar, niega en general y particular los dichos alegados por la actora, y expone su versión de los mismos.

En relación a ello, expresa que en el año 2011 asumió la defensa del padre de la actora, momento en el cual la conoció.

Que, a partir de esa entrevista, la misma insistió en invitaciones acompañadas de pedidos directos de mantener contacto íntimo con él; y, ante la insistencia y su debilidad como hombre, accedió a conocerla, manteniendo encuentros íntimos que tenían como objetivo directo, y a pedido de la actora, mantener relaciones sexuales (sic).

Continua diciendo que, fue la actora quien le manifestó que tomaba las debidas precauciones anticonceptivas, por lo cual él omitió tomarlas, reconociendo su inconsciencia.



Manifiesta que, luego de consumados un par de encuentros sexuales, no volvió a verla, comunicándole esta decisión, sin tener luego de ello más contacto con la actora.

Sigue diciendo, que jamás llegó a su domicilio real citación alguna, para que tomara conocimiento de ningún planteo de filiación, por lo cual la notificación de la demanda fue su primer contacto con un planteo formal de reclamo judicial.

Además, expresa que la actora le enviaba mensajes insistiendo con nuevos encuentros íntimos y pidiéndole dinero a cambio de los mismos.

Seguidamente, alega falta de fundamentación de la acción. Así, manifiesta la improcedencia de la acción de daño moral, y plantea excepción de incompetencia; subsidiariamente, y para el caso de que sea admitida la competencia del juzgado, solicita el rechazo del planteo articulado, en razón de no estar configurados los presupuestos que habilitan el análisis de la cuestión.

Por último, describe la prueba documental acompañada y ofrece prueba confesional y testimonial; e impugna la prueba documental aportada por la actora.

A fs. 20, se le otorga la participación correspondiente al demandado; se tiene por denunciado el domicilio real y por constituido el legal; se tiene por contestado en tiempo y forma el traslado de demanda; por ofrecida la prueba aportada; y de la documental acompañada e impugnación, se ordena correr traslado a la contraria por el término de cinco días.

A fs. 21/23, se presenta la Sra. **A.T. C.**, con el objeto de contestar el traslado de la excepción de incompetencia que le fuera corrido, solicitando el rechazo del mismo, y funda su pretensión.

A fs. 25, obra cédula de notificación debidamente diligenciada, dirigida a la demandada, del traslado referido.

A fs. 27, se tiene por contestado en tiempo y forma el mismo, y de la excepción de incompetencia planteada por el demandado se ordena correr traslado al Ministerio Público Fiscal, cuyo dictamen obra a fs. 28.

A fs. 29, pasan los autos a despacho para resolver; y, a fs. 30/31 vta., obra Sentencia Interlocutoria N° 81, de fecha 20/05/2014, por la cual se resuelve rechazar la defensa pre citada por improcedente.

A fs. 34, se fija fecha de audiencia a los fines del art. 360 del CPCC.

A fs. 37/38, se presenta el demandado y acompaña certificado médico, solicitando la suspensión de la audiencia fijada.

En consecuencia, a fs. 39, se fija nueva fecha a idénticos fines.



A fs. 45/46, obra acta de audiencia a la cual comparece la actora, Sra. C., acompañada por su defensora patrocinante; y la Dra. A. E. G., munida de un poder general para juicios y especial para la audiencia del art. 360, otorgado por el Sr. **A. R. L. R.** (fs. 43/44). Abierto el acto, se deja constancia de la incomparecencia del demandado; y, cedida la palabra a la actora, se opone a la intervención de la Dra. G., en su carácter de apoderada, y solicita se tenga la inasistencia del demandando como no justificada y se apliquen las sanciones de ley. Por su parte, la letrada apoderada, rechaza los planteos realizados por la contraria; ordenándose en dicho acto correr vista al Ministerio Público Fiscal, cuyo dictamen obra a fs. 47.

A fs. 48, pasan los presentes a despacho para resolver; y, a fs. 56/57, obra Sentencia Interlocutoria N° 193, de fecha 19/11/2014, mediante la cual se resuelve lo anterior. Asimismo, se abre la causa a prueba por el plazo de cuarenta días.

A fs. 60, obra cédula de notificación debidamente diligenciada, dirigida al demandado, respecto de la Sentencia N° 193.

A fs. 62 y vta., se provee la prueba ofrecida por las partes.

A fs. 64 y vta., se recibe del cargo de perito bioquímico oficial, el Dr. N. A. L., y fija fecha de pericia de ADN, para que comparezcan las partes.

A fs. 65, se presenta la actora y acompaña pliego de posiciones e interrogatorio; y solicita se reserve en Secretaría.

A fs. 67/69, comparece el Sr. R., acompañando certificado médico y alegando imposibilidad de acudir a la audiencia de absolución de posición fijada.

A fs. 70, se tiene por justificada la incomparecencia y se fija nueva fecha de audiencia.

A fs. 70/71, obra pliego interrogatorio para los testigos de la parte actora, Sres. .M. E. L., M. F. C., C. A. G. y M. A. B.; cuyas actas obran a fs. 73/76 y vta., respectivamente.

A fs. 77, se presenta la parte accionada, y acompaña pliego interrogatorio de testigos y pliego de absolución de posiciones.

A fs. 79, obra acta de audiencia confesional, a la cual comparece la Dra. A. E. G., MP N° XXXX, en su carácter de apoderada del demandando, Sr. R. Abierto el acto, se deja constancia de la incomparecencia de la parte actora, solicitando la Dra. G. que se la tenga por confesa; resolviéndose que, previo a lo solicitado, se adjunte en autos cédula de notificación diligenciada.



A fs. 81/82 vta., se presenta la actora, acompaña cédula de notificación y plantea la nulidad de la misma. En razón de ello, a fs. 83, se fija nueva fecha de audiencia a los fines de la absolución de posiciones en cuestión.

A fs. 84, obra informe del perito, Dr. N. A. L., informando que no se realizó la pericia, en razón de que, a la primera citación, solo se presentó la Sra. C., junto a su hijo; dejando sentada la incomparecencia del Sr. R.. Ante lo cual, se fija nueva fecha para la realización de la misma.

A fs. 88, atento la incomparecencia del demandado, Sr. R., a la audiencia fijada para absolución de posiciones, se fija nueva fecha a idénticos fines.

A fs. 98/99, obra pliego de absolución de posiciones acompañado por el demandado, para que deponga la actora, Sra. C., cuya acta de absolución obra a fs. 100.

A fs. 101, obra nuevo informe del perito, Dr. N. A. L, dando cuenta de que, tampoco se realizó la pericia en razón de que, a la segunda citación, solo se presentó la Sra. C., junto a su hijo; pero no lo hizo el Sr. R.; ergo, se fija nueva fecha a idénticos fines.

A fs. 103/109, obra informe remitido por la Policía de la Provincia de Catamarca.

A fs. 115, se presenta la actora, y acompaña cédulas de notificación remitidas al demandado; y, ante la incomparecencia a la audiencia de absolución de posiciones, solicita se lo tenga por confeso. Asimismo, en relación a la prueba testimonial, solicita se tenga por desistida de la misma a la parte demandada.

A fs. 116, y atento al acuse de negligencia de la prueba testimonial ofrecida por la parte demanda, y dadas las constancias de autos, se la tiene por desistida.

A fs. 117, obra nuevo informe del perito, Dr. N. A. L, informando que, por tercera vez, no se realizó la pericia en razón de que tan solo se presentó la Sra. C., junto a su hijo; dejando sentada la incomparecencia del Sr. R..

A fs. 147, obra Acta de asunción de cargo por parte del Perito Informático, Ing. E. J. B. O., Ingeniero en Sistemas de Información. A fs. 156/163, obra informe de pericia informática realizada por el Laboratorio Satélite Forense. A fs. 175/188, obra Informe de la Policía de Catamarca.

A fs. 217, se presenta la actora, desiste de la prueba pendiente de producción ofrecida por su parte, y solicita la clausura del término probatorio.

A fs. 219 y vta., obra informe de Secretaría. A fs. 227/231, obran alegatos de la parte actora; mientras que, a fs.232/234 y vta., obran alegatos de la parte demandada.



A fs. 235, y de todo lo actuado se ordena correr vista los Ministerios Públicos de Menores y Fiscal, cuyos dictámenes obran a fs. 236/237 y 238, respectivamente.

A fs. 239, pasan los autos a despacho para resolver.

Y CONSIDERANDO: Que, -

1) En los términos precedentemente expuestos, ha quedado debidamente trabada la litis.

Así, y efectuado el análisis de la cuestión, tenemos que se traen a resolver, tanto la reclamación de filiación extramatrimonial, formulada por la Sra. **A.T. C.**, en representación de su hijo, menor de edad: M. S. C., en contra del Sr. **A. R. L. R.**; como el daño moral que éste último le habría causado al niño, en razón de la falta de reconocimiento voluntario.

2) Ahora bien, a fines de mantener un orden expositivo claro, entiendo útil analizar, en primer lugar, lo atinente a la **acción de reclamación de filiación extramatrimonial**, determinando -en su caso- su procedencia o no, en un todo conforme el marco normativo aplicable, y claramente conforme el paradigma constitucional y convencional vigente (arts. 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCCN).

En ese orden de ideas, basta con decir aquí que la acción de reclamación de estado de hijo extramatrimonial, es una acción declarativa y de emplazamiento en el estado de familia; cuyo objeto es obtener que se declare judicialmente que determinada persona es padre o madre de la persona cuya filiación se reclama.

En tal sentido, el art. 570 del CCCN, establece que *“La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida o por la Sentencia en juicio de filiación que la declare tal.”*

Por su parte, el art. 571 del mismo ordenamiento, dice: *“Formas del reconocimiento. La paternidad por reconocimiento del hijo resulta: a) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; b) de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.”*



Ahora bien, con base en lo anterior, y siguiendo el lineamiento trazado, antes de volver la mirada a las constancias de autos, entiendo útil efectuar las siguientes precisiones.

En primer lugar, existen diferentes Principios Constitucionales y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional que impactan de manera directa en el derecho filial, tales como: a) el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la ley 26.061); b) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; c) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley 26.061); d) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; e) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; f) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella, entre otros.¹

Cabe señalar al respecto, que en nuestro ordenamiento constitucional está protegido, como un derecho básico y fundamental de la persona humana, el Derecho a la Identidad, que está integrado por una faz estática y una faz dinámica. Es, en ésta última, donde se inscribe el dato biológico, y tiene una trascendental importancia en la conformación integral del ser humano.

Este derecho a la identidad en su faz estática, lleva ínsito el derecho inalienable a saber, a conocer y a investigar nuestra verdad biológica, y consecuentemente a perseguir mediante una manifestación jurisdiccional la declaración de certeza sobre ella, cuando existen dudas razonables sobre el origen biológico de la existencia.

Distinguida doctrina tiene dicho al respecto que: “Los derechos de la personalidad son las prerrogativas de contenido extra patrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes* (*frente a todos*), que corresponden a toda persona, por su sola

¹ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión creada por dec.191/2011, integrada por los Dres. Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci y Lorenzetti.



condición de tal, de las que no puede ser privado por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría un desmedro o menoscabo de la personalidad.”²

3) Establecido lo anterior, corresponde ahora sí analizar las constancias de la causa, para determinar si se han configurado los recaudos que hacen a su procedencia, cotejando la prueba rendida en la causa, en los términos y con los alcances del art. 386 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de Catamarca (en lo sucesivo CPCC).³

Así tenemos que, con la partida de nacimiento de fs. 02, la actora ha acreditado, en forma indubitable, el vínculo que la une con su hijo; y, con ello, su legitimación para interponer la acción de autos.

Además, ha interpuesto la acción del reconocimiento filiatorio en tiempo y forma, en tanto resulta ser el medio idóneo para superar el estado de incertidumbre respecto de la verdad biológica del niño M. S. , quien resulta ser justamente el principal protagonista de ésta causa, y de aquéllos derechos enunciados más arriba.

Avanzando con el análisis de las probanzas rendidas en autos, tenemos que, a fs. 73/76 y vta., obran las actas de audiencia testimoniales, rendidas por las testigas

² Belluscio, Augusto c. Zannoni, Eduardo A. Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Tomo I, p.272, Ed. Astrea

³ Art. 386: *Apreciación de la prueba.*- Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. 2012; tiempo durante el cual la actora quedó embarazada; afirmando que el padre del niño en cuestión es el demandado, Sr. R.



ofrecidas por la parte actora, Sras. M. E. L., M. F. C., C. A. G. y M. E. B. (no habiendo sido impugnados sus dichos en tiempo o modo oportuno alguno por el accionado); y de cuyo cotejo, surge que todas han sido contestes al afirmar que conocen a la actora, en general por ser parte de su familia más allegada -madre, hermana y prima- o amigas de ella (art. 711 del CCCN); y han dado cuenta sobre la existencia de la relación que mantuvo la actora, Sra. **A.T. C.**, con el aquí accionado, Sr. R. (sin perjuicio de la formalidad o no de la relación y sobre lo que volveré luego). Quedando establecido que ello tuvo lugar, aproximadamente, entre septiembre de 2011 a diciembre de

A más de ello, todas afirmaron que aquél tuvo conocimiento del embarazo, ya que la propia actora se lo informó (repárese que tanto la Sra. F. C., como la Sra. B., han dejado sentado que estuvieron presentes al momento en que aquélla se realizó la prueba de embarazo), y que incluso él, ante la noticia, solicitó que se hicieran una prueba de ADN, para confirmar la paternidad, pero ello no tuvo lugar porque jamás concurrió o concretó su realización, sino que “se borró”, “desapareció, no hizo nada” o “complicaba las cosas”.

En ese mismo orden de ideas, y en lo atinente a la conducta del accionado, resulta de vital importancia, poner de resalto que éste no compareció a la audiencia fijada a los fines de la absolución de posiciones; de hecho, y ante la primera fecha establecida, acompañó un certificado médico, justificando su inasistencia; mientras que, en la segunda fecha establecida, a más de no comparecer no justificó en modo alguno su inasistencia, a pesar de estar debidamente notificado y bajo apercibimiento de tenerlo por confeso (véanse fs. 67/68, 86, 88 y 111), dando lugar al pedido de la parte actora en ese sentido.

Sobre el particular, cabe recordar que el art. 417 del CPCC, es contundente al establecer que *“Confesión ficta. Si el citado no compareciese a declarar dentro de la media hora de la fijada para la audiencia, o si habiendo comparecido rehusase responder o respondiere de una manera evasiva, a pesar del apercibimiento que se le hiciere, el juez, al sentenciar, lo tendrá por confeso sobre los hechos personales, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas. En caso de incomparecencia del absolvente, aunque no se hubiere extendido acta se aplicará lo establecido en el párrafo anterior, si el ponente hubiere presentado oportunamente el pliego de posiciones y el absolvente estuviere debidamente notificado”*; como corolario de lo anterior, entiendo que corresponde tener por confeso



al Sr. R., en un todo respecto a los hechos personales que surgen del pliego de posiciones incorporado a fs. 241, y en virtud del plexo probatorio aportado en la causa.

Ello, en los siguientes términos: *que el accionado mantuvo una relación sentimental con la actora; que la misma inició cuando ella solicitó sus servicios como abogado de la matrícula; que al momento de la concepción del bebé mantenían tal relación; que cuando la Sra. C. le informó del embarazo él la persuadió para que abortara; que ella le pidió que reconozca su paternidad a lo que él se negó; que fue citado por ante la Asesoría de Menores N° X, e injustificadamente no compareció; y que, por último, la Sra. Secretaria de la Defensoría Civil de X Nominación le propuso la subscripción de un convenio para la realización del estudio genético de ADN entre él, el niño y la Sra. C., y categóricamente se opuso.*

En idéntico lineamiento, se ha dicho que “La confesión ficta (...) debe ponderarse en función de las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas, pues su valoración no puede conducir a conclusiones absolutas lo cual se justifica por la circunstancia de que el valor de la ficción no puede ser mayor que la realidad y nada obsta a que el perjudicado por ella la destruya mediante prueba en contrario y sólo corresponde otorgarle plenos efectos cuando en virtud de otros elementos obrantes en el proceso, aquél reconocimiento aparezca corroborado, aunque mas no sea por indicios...”⁴

A mayor abundamiento, a fs. 4 de autos, obra incorporada acta labrada por ante la Asesoría de Menores N° X, de fecha 03/06/13, de cuyo instrumento público surge que, las funcionarias intervinientes, han dejado sentado que el Sr. R. no compareció a las audiencias fijadas por ante esa oficina (en los términos del art. 225 del Código Civil Argentino -en adelante CC-, vigente a esa fecha), a pesar de que las dos citaciones fueron “debidamente realizadas”.

Al respecto, y si bien el accionado niega tal hecho, alegando que no recibió notificación alguna en su domicilio real, antes de la interposición de la demanda de autos;

⁴ Cám. Apel., Gualaguaychú, Entre Ríos, Sumarios Oficiales; 31/08/2012; “J. M., *Concepción en nombre y representación de su hijo menor vs. D. H. A. s. Filiación extramatrimonial*”; RC J 8758/12.



y, al contestar demanda, denuncia una dirección diferente a la que consignó la actora en su memorial, lo llamativo y contradictorio es que el traslado de la demanda que dio origen a los presentes fue dirigida, precisamente, al domicilio denunciado por la accionante (sito en calle XXX N° XXX, B° XXXXX, conforme fs. 13 y vta.); sin embargo, y sin mediar cuestionamiento o pedido de nulidad alguno, el accionado compareció en tiempo y forma a evacuar tal traslado, a pesar de su diferente o nuevo domicilio (pues no aclaró al respecto); es decir que tomó conocimiento efectivo de la acción, con base en el traslado dirigido a aquél domicilio, quedando en evidencia su vinculación con tal dirección.

Por último, y siguiendo el razonamiento trazado, resulta determinante, en el marco del presente proceso y conforme todo lo que hasta aquí se ha analizado, destacar que la parte actora ofreció la prueba Pericial del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), y si bien el propio accionado afirmó categóricamente que, a fines de evitar continuar con el estado de incertidumbre sobre la posible filiación del niño, su parte no ofrecía oposición alguna a realizarse tal pericia, poniéndose a disposición del perito a designarse (véase fs. 17 vta., 2° párrafo), lo real y cierto es que no compareció jamás a la sede del Laboratorio del profesional, designado en autos a esos fines, Dr. N. L. (fs. 62 y 64), con el objeto de que se tomaran las muestras necesarias para concretar dicho estudio.

En efecto, repárese que el Perito fijó varias fechas de audiencias, y el demandado fue notificado, en debida forma, como consta a fs. 84, 101, 112, 117, 119, 120, 122, 123, 124/129, pero no asistió a ninguna de ellas, sin probar o justificar, en modo alguno, su incomparecencia.

Así, el mencionado galeno, en su informe de fs. 84, de fecha 15/04/15, ha señalado: “(...) *siendo la primera citación solo se presentó la Srta. A.T. C., DNI: 34.716.543 y su hijo C. M. S. D.N.I: 52.226.872, cumplimentando los requisitos solicitados para la realización de la pericia genética. Al no presentarse el Sr. R. A. R. L., no se realizó la pericia genética (...) Sugiero como nueva fecha para la realización de la pericia el día Martes 05 de Mayo del 2.015 las 18:00 hs...*” En idénticos términos, se expidió en el informe de fs. 101, de fecha 05/05/15, dando cuenta de la nueva incomparecencia del accionado.

Con base en lo anterior, hemos llegado a uno de los puntos determinantes de la resolución; pues, a éstas alturas del desarrollo de la ciencia, conforme lo sostiene la doctrina y jurisprudencia mayoritaria -a la que adhiero-, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) admite que la prueba genética es la más importante y contundente en los procesos en los que se indaga la filiación biológica de una persona.



Al respecto, el art. 579, establece: “*Prueba genética. En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente*” (el resaltado me pertenece).

En términos generales, se podría decir que en la actualidad las pruebas de tipificación del ADN permiten afirmar la existencia de paternidad o maternidad con un elevado grado de certeza, tanto es así que el juicio de filiación es hoy de neto corte pericial, como se ha dicho.

Asimismo, tiene dicho la doctrina que: “Si las conclusiones de las pericias arrojan un índice de paternidad probada (99% o más), es casi ocioso preguntarse acerca de otras circunstancias que, antes, permitían inferir sólo presunciones *hominis*.”⁵

La alta probabilidad de paternidad que arroja la prueba de ADN, es el fundamento básico que le da la fuerza que ostenta esta prueba en los juicios de filiación.

A tal punto que la negativa a su realización, también tiene un peso fuerte en la resolución del conflicto pero que, precisamente, por ser el objetivo final la búsqueda de la verdad biológica, si se tienen otras pruebas que complementen la negativa, estas deben ser mostradas a fin de reafirmar la verdad biológica que se deriva de la resistencia al sometimiento a la prueba de ADN, **de allí que el nuevo texto civil introduce un cambio**

⁵ Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo, *Prueba del ADN*, p. 190/191; Zannoni, Eduardo, *Derecho de Familia*, t. II, p. 461, n.1049.



sustancial al texto derogado al afirmarse que la negativa constituye un indicio grave y no un simple indicio.⁶

Como corolario de todo lo anterior, aquella posición renuente adoptada por el demandado en toda la causa y particularmente en lo atinente a la realización de la pericia de ADN, debe ser valorada a la luz de la normativa vigente y de la citada doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que consideran a esta conducta como un **indicio grave** en contra de quien asume tal actitud, por lesionar los deberes de colaboración, lealtad y buena fe, exigidos a las partes en el proceso.

Por ende, habiendo acreditado la parte actora el vínculo invocado con su hijo, la contundente declaración de las testigas que dan cuenta de la relación sentimental habida entre las partes, al momento de la concepción del niño (entre septiembre de 2011 a febrero de 2012, aproximadamente), la total falta de colaboración del demandado a lo largo del proceso, su ausencia tanto en la audiencia prevista por el art. 360 del CPCC, como en la confesional, con las consecuencias que ello acarrea y que ya quedaron sentadas más arriba; y, en particular, su negativa a someterse a la prueba de ADN, concluyo en que cabe hacer lugar al reclamo de filiación en análisis.

En ese orden de ideas, debo destacar que tengo en miras el Interés Superior del Niño, contemplado por el art. 3.1 de la CDN; y, en especial, lo prescripto en el art. 7.1. de dicho ordenamiento, que dice: “El niño tiene derecho en la medida de lo posible a conocer sus padres y ser cuidado por ellos (...) a preservar su identidad...”, todas normas de rango constitucional, conforme lo preceptuado en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, como lo dispuesto por los arts. 570, 579 cc y ss del CCCN, ergo, corresponde hacer lugar a la acción de filiación extramatrimonial deducida en autos por la actora, en representación de su hijo menor de edad, M. S. .

⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora; *Tratado de Derecho de Familia*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2017, Tomo II, p. 743.



4) Establecido lo anterior, habiéndome expedido ya sobre la paternidad del niño, M. S. , corresponde pronunciarme ahora sobre el restante reclamo efectuado por la actora, esto es, el **resarcimiento del daño moral, como consecuencia de la falta de reconocimiento voluntario de su hijo por el accionado.**

Como cuestión liminar, debo establecer cuál será el marco normativo que se aplicará para la resolución de tal cuestión; pues, si bien es cierto que estas actuaciones versan sobre la filiación por naturaleza entre el niño de autos y el accionado -relación jurídica que se rige por las normas propias del derecho de familia- una vez determinada esa filiación, tal y como lo fue, en los términos consignados más arriba, las consecuencias dañosas del obrar del demandado se inscriben en el derecho de la responsabilidad civil, y la configuración y los alcances del fenómeno resarcitorio deben ponderarse de acuerdo a las normas que rigen en dicho ámbito.

Así, frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo⁷, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso -en este caso, la omisión del demandado de haber reconocido a su hijo biológico-.

Por ello, no resulta aplicable al caso en estudio el Código Civil y Comercial de la Nación, que comenzó a regir el 1 de agosto de 2015, sino la normativa vigente a la fecha en que aquel ilícito tuvo lugar⁸. Ocurre que el nuevo Código Civil y Comercial es

⁷ El Código Civil Argentino, ley nacional N° 340, y el Código Civil y Comercial de la Nación, ley nacional N° 26.994.

⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, p. 100, Ed. Rubinzal Culzoni; Caputto, María Carolina, *Aplicabilidad del nuevo Código ante la apelación de una sentencia anterior*, en Rev. La Ley, 30/10/1025; CSJN, 5/2/98, D.J. 1998-2-95, La Ley, 1998-C640; fallo plenario recaído en la causa “Rey, José c/Viñedos y Bodegas Arizu S.A.”,



aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encuentren, y también a las consecuencias no agotadas de las relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley. Únicamente es aplicable el nuevo cuerpo legal a las relaciones o situaciones jurídicas que no se encuentren agotadas aún en cuanto a sus efectos o contenido (“no consumadas”), y siempre que tengan origen legal (por ejemplo, los intereses derivados del resarcimiento de un daño que no hubieran sido pactados por las partes)⁹.

Al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (arts. 1716 y 1737 del CCCN y 1067 del anterior Código Civil), aquellos que dieron origen a este proceso constituyeron, en el mismo instante en que se produjeron, la obligación jurídica de repararlos. Es por ello que, más allá de considerar que en lo atinente a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial ha de seguirse una hermenéutica que no limite su efectiva vigencia, pues como recordaba Vélez en su nota al viejo artículo 4044 –luego derogado por la ley 17.711– “el interés general de la sociedad exige que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes las antiguas,

La Ley 146-273, con nota de Nieto Blanc, Retroactividad de la ley y daño moral, en J.A. 13-1972-352; CNCiv., Sala M, voto de la Dra. Benavente en autos “Legal, Carmen, Esthela y otros c/José Cartellone Construcciones Civiles S.A. y otros s/daños y perjuicios”, 4/9/2015, publicado en Gaceta de Paz, 27 de octubre de 2015; CNCiv., Sala H, voto del Dr. Fajre, en autos “Savy S.A. c/Daddona S.A. y otros s/daños y perjuicios”, expte. N° 51.551/2010, 5/10/2015, publicado en Gaceta de Paz, 29 de octubre de 2015.

⁹ Jalil, Julián Emil; *La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, octubre de 2015, Buenos Aires, La Ley, p. 151 y ss



cuyos defectos van a corregir”, en este caso puntual, debe atenderse a aquella limitación por aplicación del principio consagrado en el artículo 7 del nuevo ordenamiento legal¹⁰.

Siguiendo esa línea de ideas, coincido con quienes afirman que, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe las decisiones judiciales no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya porque lo consagre el CCCN en sus artículos 1 y 2, sino porque así lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 31 y 75, inciso 22. Tampoco pueden ignorarse los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico porque éstos se sintetizan en el mandato de “afianzar la justicia” contenido en el Preámbulo de nuestra Constitución, que no es letra vana¹¹.

Por tales consideraciones, habré de encuadrar sólo la cuestión de la configuración del daño, en la presente sentencia, en el marco jurídico del Código Civil Argentino, pues las cuestiones procesales son de aplicación inmediata, por imperio del citado art. 7 del CCCN; y manteniendo la mirada constitucional y convencional ya enunciada.

5) Establecido lo anterior, y adentrándonos en la cuestión en debate, cabe resaltar que la doctrina sostiene que se atribuirá **responsabilidad** a quien sabiendo que es padre o madre, omitió reconocer a su hijo, y también a quien, demandado/a, no contribuyó a despejar las dudas que razonablemente puede albergar acerca de la filiación que pretende oponérsele. Se atribuirá responsabilidad a quien no colaboró con la realización de las pruebas biológicas que permiten (...) determinar o descartar la filiación alegada. En suma, se atribuirá responsabilidad a quien no pueda justificar un error excusable que obsta a la culpabilidad de quien, más tarde, es declarado el padre o la madre (así, por ejemplo, ignorancia de que la mujer había quedado embarazada y dio a luz al hijo, creencia razonable en la propia esterilidad, basada en análisis anteriores fehacientes, etc.) Desde luego deberá analizarse la conducta del progenitor no sólo antes de la demanda, sino

¹⁰ CNCiv., Sala B, voto del Dr. Parrilli, en autos “Martínez, José Eduardo c/Varela, Osvaldo, Héctor y otros s/daños y perjuicios”, 6/8/2015

¹¹ Mismo voto del Dr. Parrilli en los autos citados en la nota anterior.



también en el juicio: una razonable negativa a reconocer espontáneamente al hijo no exculpará la renuencia a prestarse a las pruebas biológicas en sede judicial.¹²

Reconocer a un hijo implica un deber jurídico de por sí y su incumplimiento es una omisión generadora del deber de reparar, sin que para así concluir sea necesario en principio valorar ausencias de afecto o de interés por parte del progenitor/a, en el vínculo personal relacional propiamente dicho. El derecho o interés que se afecta con la falta de reconocimiento se trata de una lesión a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal al negarse el estado de hijo/a.

En esta línea, como ya lo dije más arriba, la Convención de los Derechos del Niño, garantiza a todo niño, niña o adolescente el derecho a la identidad, y a la inscripción en el Registro de las Personas desde su nacimiento (arts. 7.1, 8 cc y ss); correlativamente, le cabe al progenitor/a la obligación de cumplir con dicha normativa.

Es necesario poner de manifiesto que toda persona humana posee un derecho subjetivo, constitucional y supranacional, a determinar y conocer su propia identidad y a tener una filiación, es decir, de quedar emplazado/a en el estado de hijo/a que le corresponde. Por lo tanto, la falta de reconocimiento paterno genera para el hijo/a un daño indemnizable y que no se exime por estar comprendido en las relaciones de familia.

Ahora bien, como punto de partida, cabe recordar que los Dres. Matilde Zavala de G. y Ramón Pizarro han precisado que así como el daño patrimonial constituye una modificación disvaliosa -“económicamente perjudicial”- del patrimonio, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en que se encontraba la víctima antes del hecho y como consecuencia de éste; del mismo modo el daño moral es una modificación disvaliosa -anímicamente perjudicial- del espíritu, que se traduce en un modo de estar de

¹² Zannoni, Eduardo A., *Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo*, LL 1990-A-1



la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste.¹³

La jurisprudencia, a su vez, ha definido al daño moral como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria¹⁴.

En este caso, y en los términos en que ha quedado probado en autos, es indudable la configuración en cabeza del demandado del deber jurídico de indemnizar el menoscabo extra patrimonial generado por la falta de reconocimiento de su hijo M. S. ; pues, la conducta del Sr. R. constituye un acto antijurídico por cuyas consecuencias dañosas (en el caso, la lesión de un interés extra patrimonial de su hijo) debe responder.

El daño moral, fuera de alguna opinión diferente, tiene carácter resarcitorio y no punitivo. La determinación de su cuantía en dinero cumple una función de reparación compensatoria o satisfactiva y en modo alguno de equivalencia de un daño que, por su propia índole, no es susceptible de valoración económica¹⁵.

Además, entiendo útil dejar sentado en el presente caso, la indemnización debida a raíz del perjuicio causado por la falta de reconocimiento no debe confundirse con el deber de prestar alimentos, ni con ninguna otra derivación patrimonial del vínculo paterno-filial entre el niño y el demandado.

¹³ Zavala de G., Matilde; *El concepto de daño moral*, en JA, 1985-I-729, N° V; íd. *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Bs. As., 1990, t. 2, a, p. 36, parág. 8; Pizarro, Ramón D., *Reflexiones en torno al daño moral y a su reparación*, en JA, 1986- II-900; *Daño moral contractual*, en JA, 1086-IV-925, N° II-5; *Daño moral*, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 47 y ss., parág. 2 y 3.

¹⁴ CNCiv., Sala “J”, 1/6/93, “Silvero Rodríguez de Aquino, Eugenia c/ Empresa Transporte Alberdi S.A. y otro”, La Ley, 1993-E—109 y DJ, 1994-1-141

¹⁵ Pizarro, Ramón; *Daño moral*, p. 339, Ed. Hammurabi, 1996.



Siguiendo el razonamiento trazado, más compleja resulta sí la cuestión de traducir en una determinada suma de dinero la indemnización adeudada por el daño moral.

Al respecto, se ha dicho que la cuantificación de este rubro es una de las tareas más difíciles de la persona intérprete judicial, pues, en general se carece de cánones objetivos dada la índole misma del menoscabo, que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden o no ser auténtica expresión de aquél.

Nadie puede indagar el espíritu de otra persona tan profundamente como para poder afirmar con certeza la intensidad del dolor, la magnitud de un padecimiento, la gravedad de la angustia o la decepción¹⁶. Es por ello que la magistratura debe apreciar las circunstancias del hecho lesivo a fin de establecer, presuntivamente y del modo más objetivo posible, el agravio moral producido -por su propia definición- en la órbita reservada a la intimidad de la víctima.

Tampoco puede soslayarse que -también por definición- la reparación en dinero de un daño extra patrimonial, no susceptible de apreciación pecuniaria, será siempre imperfecta: tal como lo ha expresado la más calificada doctrina, “mientras que en el daño patrimonial la valuación se averigua mediante un vínculo de equivalencia con la indemnización, la cual ingresa ‘en lugar’ del perjuicio, en el daño moral la indemnización se decide sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta, que se coloca ‘a su lado’. No media nexo demostrable entre la entidad del daño y la

¹⁶ Bustamante Alsina, Jorge; *Teoría de la responsabilidad civil*, p. 244; Pizarro, Ramón Daniel; *La prueba del daño moral*, en Rev. Derecho Privado y Comunitario, N° 13, Prueba-I, 1997; Trigo Represas, Félix A., Lopez Mesa, Marcelo J.; *Tratado de la responsabilidad civil*, T. 1, p. 478 y ss.



importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario (debe afrontarse un salto sin puente que una los extremos)”¹⁷.

Por esas razones, entiendo que lo más adecuado es utilizar un modelo donde aparezca una fuente que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; encontrar un sucedáneo al estado negativo del sujeto que prevalezca y se vuelva estable, en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa¹⁸. En efecto, repárese en que lo anterior ha tenido acogida o se ve reflejado, actualmente, en los principios consagrados en el art. 1741 *in fine* del CCCN.

Como corolario de todo lo expuesto, y volviendo la mirada al caso en examen, considero relevante tener en cuenta las siguientes premisas, que guiarán mi razonamiento, para alcanzar el resultado que estimo más justo y equitativo.

En primer lugar, cabe partir de la magnitud del derecho conculcado en cabeza de quien, ya se dijo, es el principal protagonista de autos, M. S.; ya que la filiación es una de las instituciones más relevantes en el campo del derecho de familia, en tanto determina algo fundamental como saber quiénes son -desde el plano jurídico- padres o madres de un determinado niño o niña, y por consiguiente, cuáles son los efectos jurídicos que genera esta relación¹⁹.

Como ya quedó harto sentado, es un derecho constitucional y supranacional de aquél tener una filiación; y, para eso debió ser reconocido, toda vez que tanto ese derecho como el de conocer a sus padres y ser cuidado por ambos, el derecho a la identidad individual y familiar y, subyacente a ellos y como principio fundamental, el interés superior del niño, se hallan consagrados en los arts. 3, 7 y 8 de la CDN.

¹⁷ Zavala de G., Matilde; *Cuánto por daño moral*, La Ley, 1998-E, 1057.

¹⁸ Gherzi, Carlos Alberto; *Daño moral y psicológico*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 179/181.

¹⁹ Herrera, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 392.



El ataque a esos derechos fundamentales configura por sí, precisamente, el daño moral, sin perjuicio de la existencia de otros daños en concreto que pudieran acreditarse²⁰. En particular, la omisión del demandado de haber reconocido a su hijo constituye un acto antijurídico en los términos del art. 1066 del CC, y su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia absolutamente mayoritaria, noción que ha sido reafirmada en la actualidad por el art. 1717 del CCCN.

Sobre el particular, la doctrina afirma que “el negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad, obliga a reparar (...) Es decir que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa (...)”²¹.

En ese mismo orden de ideas, el nuevo Código de fondo dedica un precepto específico, al establecer que “*el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código*” (art. 587).

Al respecto, la doctrina mayoritaria -cuya postura comparto- sostiene que el factor de atribución de esta responsabilidad, tratándose de daños derivados de las relaciones de familia, es la culpa.²²

El factor de atribución subjetivo de la responsabilidad que pesa sobre el progenitor renuente no nace de su comportamiento ante la demanda incoada, sino que se refiere a su conducta ante el nacimiento del niño, ya que desde ahí se intuye que sabía, o al menos debía saber, de la existencia del hijo.

²⁰ Ameal, Hernández, Ugarte, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*. Editorial Estudio, Buenos Aires, 2016, t. 2, p. 605.

²¹ Medina, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires – Santa Fe, 2002, 122.

²² Herrera, Marisa; *Manual...*, op. cit., p. 449.



En este punto cierto es que el demandado por filiación tiene derecho a defenderse y a no realizarse pruebas; pero no es menos cierto que el reproche bien puede darse cuando en el ejercicio de un derecho se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 1071 del CC).²³

De todo lo anterior se colige que, en el presente caso, ha quedado configurada la analizada antijuridicidad en la conducta desplegada por el Sr. R., con base en el factor subjetivo de atribución (culpa) del que es susceptible su accionar.

Sin ánimos de recaer en reiteraciones innecesarias, pero en el fiel convencimiento de que no queden dudas de lo aquí se resuelve, recuérdese que una vez notificado aquél de las audiencias a celebrarse por ante la Asesoría de Menores y, luego, por ante la Defensoría Oficial, por ante este tribunal, y en el laboratorio designado en autos para realizar la prueba de ADN, jamás concurrió, ni justificó su renuencia, es decir, no se interesó en modo alguno por establecer o dirimir la realidad biológica del niño (en abierta contradicción con sus propios dichos, al contestar la demanda), ni menos aún por asumir su paternidad, y las lógicas obligaciones que ello implica; dilatando el estado de falta de filiación paterna para M. S. , obligando al dictado de la presente sentencia, para establecerla jurídicamente.

En segundo lugar, corresponde valorar la gravedad y la intensidad que, razonablemente, cabe presumir en relación a los menoscabos extra patrimoniales concretos que el hecho dañoso ha generado en el niño referenciado.

En este sentido, la edad del niño es un parámetro más para determinar la cuantía del resarcimiento que corresponde abonar al responsable, ya que la falta de la figura paterna -como es de notorio conocimiento- durante los primeros años de vida de cualquier niña o niño, da lugar a una mengua en su identidad espiritual, que está contenida más ampliamente en su derecho a la identidad; “ser uno mismo, con sus propios caracteres y acciones, constituyendo la propia verdad de la persona”²⁴.

²³ Kemelmajer de Carlucci, Aida; en Belluscio – Zannoni, T. 5, p. 69, con cita de Borda y de jurisprudencia que refrenda esa idea.

²⁴ De Cupis, Adriano; *I diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1961.



Se trata de un interés merecedor de tutela jurídica de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva²⁵, diligencia y buena fe que, como ya quedó sentado, no surgen en modo alguno de la conducta desplegada por el demandado, en todo lo atinente a su relación o historicidad con el niño de autos.

En este punto, no puede soslayarse que el mismo Sr. R. reconoció en su memorial, conocer a la actora y haber tenido relaciones íntimas con ella en fechas coincidentes con la concepción; y lo que es más determinante, dejó establecido que no tomó medidas de anticoncepción por su parte.

Finalmente, y a mayor abundamiento, cabe destacar que el accionado no ha probado la existencia de alguna eximente que venga a destruir la relación causal; de hecho, no ha aportado ningún elemento de prueba, ni ha acreditado ninguno de los hechos ni argumentos en que ha basado su defensa, no hay duda que el accionado no demostró en ningún momento el menor interés que debe tener toda persona responsable por saber si había o no progenie de la relación que lo unió con la madre del niño nacido, habiendo pasado más de 9 años desde el nacimiento.

Asimismo, la jurisprudencia ya ha considerado ilícitas actitudes análogas suscitadas en virtud del establecimiento compulsivo del vínculo filiatorio. Así la Cámara Civil y Comercial

de San Nicolás,²⁶ valoró la situación de abandono en la que se sumió a la madre quien debió afrontar sola lo que debió ser compartido, según allí se concluye.

²⁵ Rivera, Julio César; *Derechos personalísimos en el proyecto de reformas al Código Civil*, en Alterini, Juan Martín, Picasso, Sebastián y Wajntraub, Javier H. (coords.), *Instituciones de Derecho Privado Moderno – Problemas y propuestas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.

²⁶ Fallo “F.M.L. c. A.L.A. s. daños”. Citado por María Victoria Famá, en *La Filiación*. Abeledo Perrot, 2011, p. 795.



Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la presentación de la demanda, lo que ha implicado que M. S., ha iniciado hace al menos cinco años -si es que no antes- su escolarización, interactuando con sus pares, y diferentes docentes, con una identidad menguada, con un apellido que no será el que le acompañará toda su vida, y es que la situación de susceptibilidad en que se encuentra una persona a quien no se ha admitido el desarrollo pleno de su identidad, debe ser resguardado y remediado el Estado como garante de los derechos fundamentales, ya que estamos ante una cuestión que no debe quedar sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes involucradas, por tratarse de un tema indisponible.

En razón de todo lo manifestado, atento a que el monto peticionado en demanda lo fue en lo que en más o menos resulte de la prueba a rendirse en autos, y que en los alegatos la actora ha peticionado una nueva suma (\$3.000.000), dando razones de peso para ello, que no pueden ignorarse.

A más del proceder del demandado en la causa, quien además es justamente un profesional del derecho (y sobre lo que también volveré luego, al analizar su absoluta falta de perspectiva de género en su defensa), que por tal condición conoce bien las

diferentes normas que rigen el caso, tanto de fondo como de forma, y sin perjuicio de lo cual no tan sólo no colaboró en el avance del proceso, sino que lo dilató, no concurriendo a las audiencias que bien sabe que requerían de su comparecencia personal, generando un desgaste jurisdiccional y temporario innecesario; y obstaculizó la dilucidación del estado de incertidumbre de un niño, al no permitir la realización de prueba de ADN; y, lógicamente, también conoce las consecuencias legales del no reconocimiento de su hijo.

A lo que debe sumarse la prueba rendida y cotejada, y el hecho de público y notorio conocimiento de la inflación constante en que se ve sumido nuestro país, y el bajo poder adquisitivo que la moneda local representa, para poder adquirir justamente algún bien o realizar alguna actividad o viaje que le implique al niño de autos satisfacción, seguridad, placer o esparcimiento, estimo justo establecer la suma indemnizatoria adeudada a M. S. , en concepto de daño moral por él padecido, por la falta de reconocimiento de su progenitor, desde su nacimiento y durante los nueve años que han transcurrido de su vida (art. 1078 cc y ss del CC), en la suma de pesos de tres millones (\$3.000.000), debiendo ser abonado por el demandado, Sr. **A. R. L. R.**, a fin de procurar la reparación integral del daño moral que le generó.



A dicha suma deben adicionarse **los intereses** que correspondan, y que deben calcularse de acuerdo a la Tasa Activa promedio del Banco de La Nación Argentina, a partir de la fecha de notificación de la primera audiencia fijada por ante la Asesoría de Menores, es decir, el 22/05/13 -conforme el contenido del instrumento público que obra a fs. 4, el que no fue impugnado en modo alguno por el accionado, y cuyo contenido y alcance fue analizado más arriba-, y que da cuenta de que en esa oportunidad el Sr. R. tuvo efectivo conocimiento del reclamo de su paternidad; no pudiendo ampararse en su falta de comparecencia, lo que sólo denota su conducta desaprensiva al respecto.

En idéntico sentido, se expidió la Cámara de Apelaciones de 2° Nominación, mediante Sentencia Definitiva N° 8, de fecha 21/02/08, en EXPTE. CAMARA N° 301/06, caratulado: “L.; M. B. C/ L.; J. L. S/ Reclamación de Filiación”, que se tramitó por ante este mismo Juzgado.

De igual modo, lo hizo la Cámara de Apelaciones de 3° Nominación, en Sentencia Definitiva N° 43, de fecha 03/08/16, en Expte. Cámara N° 025/15, caratulado: “P.; G. del V. C/ T.; F. de J. S/ Filiación”.

6) Asimismo, hay una cuestión esencial a determinar, **la integración del apellido del niño** como R. C., solicitado por la actora en sus alegatos (fs. 227/231), es necesario hacer algunas aclaraciones al respecto.

Sobre el particular, el CCCN en su art. 62, expresa: “*Derecho y deber. La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponde.*”.

Por su parte, el art. 64, refiere de manera específica a la integración del apellido de los hijos extramatrimoniales, y en su parte pertinente dice: “*(...) Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño.*”.

En referencia a esto, se puede establecer que, como principio general, la filiación determina el apellido.

Asimismo, el derecho al nombre se encuentra tutelado expresamente por varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos, así como por derivación de otros derechos fundamentales como son el derecho al honor y a la dignidad, a la intimidad personal y familiar, y a la reputación. El reconocimiento del derecho del niño a un nombre desde que nace y a ser registrado inmediatamente después del nacimiento ha sido recogido por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, artículo 3; el Pacto



Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 24.2 (aprobado por ley 23.313; B.O., 13/5/1986); la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, artículo 18 (aprobada por ley 23.054; B.O., 27/3/1984); la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los niños, artículo 8; y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, artículos 7 y 8 (aprobada por ley 23.849; B.O., 22/10/1990).

En virtud lo anterior, y de que en autos obra el pedido expreso de la progenitora, en cuanto a la integración del apellido, la falta de oposición al respecto por parte del actor en sus presentaciones, y las facultades que me son conferidas por la manda legal, teniendo además en cuenta la edad de M. S., estimo procedente que el nombre y apellido del mismo, lo sea como: “M. S. R. C.” (art. 66 del CCCN).

7) Sin perjuicio de la decisiones arribadas, hay una cuestión más que voy a tratar; pues, debo poner de resalto, que no ha pasado desapercibido para esta magistrada, al analizar las pretensiones de las partes, la notoria falta de perspectiva de género utilizada por el accionado en su memorial de defensa, habiendo recurrido a una “estrategia” sesgada por un sinfín de estereotipos patriarcales, incluso impregnada de un lenguaje “machista”, tal y como explicaré a continuación.

Así, repárese en que el accionado, luego de negar todas las afirmaciones de la actora, al dar su versión de los hechos, expuso literalmente que *“Es así que ante su insistencia [de la actora] y mi debilidad como hombre, accedí a conocerla, pero de ninguna manera lo hice en forma pública, sino solo manteniendo un par de encuentros íntimos que tenían como objetivo directo y a pedido de la misma, mantener relaciones sexuales. La misma me manifestó en las oportunidades de esos encuentros, que ella tomaba las debidas precauciones "anticonceptivos", por lo cual omití tomarlas yo (reconozco mi inconsciencia). Es decir fueron un par de encuentros sexuales ocasionales y de ninguna manera una relación sentimental. (...) Debo si aclarar que la actora se encargo de mandarme mensajes insistiendo con nuevo encuentros íntimos y pidiéndome dinero a cambio de los mismos (...) Es decir para corroborar en un grado más aceptable su argumento la actora tendría, que haber mantenido con el suscripto una relación estable, lo que no sucedió, o en su defecto haberse abstenido por igual periodo de mantener relaciones sexuales para de esta manera poder tener un grado de certidumbre...”*



Ahora bien, y dadas las tajantes afirmaciones del Sr. R., me pregunto: ¿Es que acaso él desconocía que manteniendo relaciones íntimas se podía engendrar un hijo o hija, más allá de que se tratara de encuentros sexuales ocasionales? ¿Realmente pensó que por no existir o poder catalogarse, según su entender, como una relación sentimental o estable, era un método anticonceptivo suficiente?

En efecto, y conforme lo sostiene el accionado, toda la responsabilidad parental recaería sobre la actora, a pesar de su “inconsciencia” al no utilizar método anticonceptivo alguno, pues ella le habría dicho que se cuidaba; sosteniendo su defensa en el hecho de que mantuvo relaciones íntimas por la “insistencia” de la mujer y que lo fue por su “debilidad” como hombre (como si ello fuese motivo suficiente para no responder por sus acciones), amparándose en la absurda creencia de que el macho no puede negarse a tener relaciones sexuales; y, encima, agrega que la actora le siguió mandando mensajes, insistiendo con nuevos encuentros íntimos, y pidiéndole dinero a cambio de los mismos (qué necesidad puede tener el accionado de realizar tal afirmación, que no sea otra que insultar a la actora, porque obviamente con esa aseveración no iba a cambiar el resultado del pleito); a todas luces, deja ver una manipulación a conveniencia de los hechos, obviando el respeto que cada mujer se merece; y sin asumir ninguna responsabilidad por las consecuencias de sus actos; quedando por esas simples circunstancias, a su entender, libre de cualquier obligación respecto de su hijo.

Del análisis hasta aquí efectuado, surge en forma evidente que nada de lo que sostiene el accionado, a la luz del principio constitucional y convencional de la igualdad entre el hombre y la mujer, resulta aceptable; y es que las respuestas en sentido negativo a las preguntas retóricas, formuladas más arriba, se agolpan por salir, como un grito de las entrañas mismas de tantas mujeres, históricamente oprimidas, insultadas y humilladas, debiendo soportar la eterna justificación de que la naturaleza del hombre o del “macho” todo lo justifica.

En ese mismo orden de ideas, y lo que es más gravoso y determinante -como ya quedó sentado-, el demandado, más allá de sus afirmaciones, no ha aportado elemento probatorio alguno tendiente a demostrarlas, manteniendo una actitud excesivamente pasiva durante todo el curso del proceso; por el contrario no ha hecho más que obstaculizar su avance, dejando todas las cargas – nuevamente- en la madre del niño, quien se vio obligada a llevar adelante todo el juicio.



Muy por el contrario, ella sí ha incorporado elementos probatorios, que no tan sólo han venido a acreditar sus dichos, sino que han desacreditado lo expuesto por el demandado.

Como corolario de todo lo anterior, ha quedado más que en evidencia que la argumentación y defensa del accionado, lleva ínsito lo ofensivo y violento hacia la mujer, que sigue reproduciendo el modelo patriarcal, que ha regido las relaciones humanas durante ya demasiado tiempo, poniendo al hombre como un ser superior, por el sólo hecho de serlo, lo que ha terminado por perjudicar no tan sólo a las mujeres, sino a la sociedad toda.

En ese orden de ideas, es criterio ya sentado por ésta magistrada, que es una responsabilidad de todas las personas que integramos los tres poderes del estado, velar por la igualdad real de derechos entre hombres y mujeres -y quienes se auto perciben como tales-, obligación que se ve exacerbada, lógicamente, en quienes tenemos la función de brindar justicia; pero que tampoco es ajena, ni debe serlo, a la sociedad civil toda, como único modo efectivo de terminar con el sistema patriarcal, que ha logrado naturalizar conductas que van en detrimento de tal igualdad, y que sólo logran incrementar la violencia dirigida a las mujeres y demás grupos vulnerables, en sus diferentes formas o modalidades.

Así, la conducta del demandado, en los términos ya transcriptos, representa un supuesto de violencia simbólica, consagrado en el art. 5, inc. 5, de la ley nacional N° 26485 de

“Protección Integral a las Mujeres”, en tanto dispone que: “Quedan especialmente comprendidos (...) los siguientes tipos de violencia contra la mujer: (...) Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.”

Por su parte, los arts. 1, 2, 3, 4 y 5 de la Convención Sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), condenan los actos de discriminación hacia la mujer por su condición de tal y en contraposición con el varón. Asimismo, imponen al Estado conductas concretas a los fines de modificar patrones socioculturales basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y en funciones estereotipadas de varones y mujeres.

En sintonía con ello, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención *Belem do Pará*), consagra el derecho



de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado; que incluye, entre otros: el derecho de las mujeres a ser libres de toda forma de discriminación; y a ser valoradas y educadas libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Entonces, y con base en el contexto expuesto, la perspectiva de género -que, a mi entender, es nada más y nada menos que perspectiva de derechos humanos- cobra particular relevancia en el tratamiento que amerita la presente causa; lo contrario implicaría soslayar una conducta androcéntrica, y violatoria de la normativa vigente y analizada.

Así, el juzgar con perspectiva de género se configura como un principio rector, para poder lograr esa igualdad real a la que me vengo refiriendo, y en esa misión es esencial identificar y luego corregir, evitar y sancionar cualquier tipo de accionar que implique violencia de género.

Es de consabida tradición que los fallos tienen su impacto en la sociedad en la que se insertan y se dictan, ergo, no puedo, no debo y no voy a permitir que se sostenga, en una causa que me toca juzgar, una mirada tan machista y estereotipada en la distribución de roles de hombres y mujeres en las relaciones sociales e intrafamiliares, desconociendo o despreciando la dignidad inherente de una mujer; en este caso de quien es y será durante toda su vida la madre de uno de sus hijos.

Por todo lo expuesto, entiendo importante hacerle saber al accionado que en las futuras presentaciones a efectuar en los estrados del tribunal (de éste o del que fuera, y en cualquier instancia o fuero, y/o sede judicial o administrativa, porque el respeto hacia la mujer no puede limitarse o cohibirse en ningún ámbito o espacio), en relación con la Sra. C. (y toda mujer), deberá abstenerse de dirigirse en términos ofensivos, debiendo hacerlo despojado de patrones estereotipados como los mencionados en los presentes.

8) A más de lo anterior, tampoco puedo dejar de señalar que para la introducción en autos de sus pretensiones, las partes cuentan con asistencia letrada y, por lo tanto, las defensas y argumentos deben ser plasmados en un todo de acuerdo con la legislación y principios vigentes, y desarrollados más arriba, que toda persona que se dedica al estudio, aplicación, argumentación, etc., del derecho no puede desconocer.

Por tal motivo, entiendo que en autos cabe una doble sanción, tanto a la letrada apoderada como al Sr. R., pues el mismo accionado es un profesional del derecho, siendo de público y notorio su ejercicio de la profesión (él mismo ha señalado que fue por ello



que se contactó en primer lugar con la actora, al ejercer la defensa de su padre), por ello, corresponde ordenar al mismo, que realice una adecuada capacitación en cuestiones de género, a los fines de que internalice los principios antes mencionados y modifique los patrones socioculturales de conducta para alcanzar la eliminación de los perjuicios y prácticas que se encuentran basados en la inferioridad o superioridad de cualquier de los sexos o en las formas estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5, inc. 9, CEDAW), todo ello bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina del Colegio de abogados y abogadas local.

En este sentido, cabe recordar que la recomendación N° 35 de la CEDAW, obliga a los estados a capacitar en género no sólo a los miembros del poder judicial, sino también a quienes se desempeñan como auxiliares de la justicia y menciona expresamente “abogados y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos el personal médico forense, los legisladores y los profesionales de la salud”; por ello, entiendo útil oficiar al Colegio de Abogados y Abogadas de Catamarca, para que tome razón de lo aquí dispuesto, y a través de las vías que corresponda, se articule la capacitación requerida (cursos y/o jornadas que aborden la temática del ejercicio de la abogacía con perspectiva de género), con la presencia del letrado de referencia, y con la única meta de erradicar toda práctica que agrave o perpetúe la posición de subordinación de grupos especialmente vulnerables.

En ese mismo sentido, y atento a que el accionado ha contado con el patrocinio letrado de la Dra. A. E. G., MP N° XXXX -quien además ha devenido en el proceso como apoderada de aquél-, le caben las mismas consideraciones y le alcanzan, lógicamente, idénticas obligaciones legales; por ello, y con base en los argumentos expuestos más arriba, entiendo pertinente que la misma realice idéntica capacitación a la ordenada respecto al demandado.

9) En cuanto a las **costas** generadas en el presente proceso, en virtud del principio objetivo de la derrota, y no existiendo justificativo alguno para apartarme del mismo, las mismas deberán ser soportadas por el demandado vencido (art. 68 cc y ss del CPCC).

10) Finalmente, y respecto a la **regulación de honorarios**, habiendo actuado la Sra. Defensora Civil de X Nominación, Dra. XXXX, como patrocinante de la parte actora, no corresponde regulación alguna a su respecto.



En cuanto a los honorarios de la Dra. A. E. G., MP N° XXXX, como apoderada de la parte demandada, cabe tener presente tanto la índole y calidad de las labores llevadas a cabo en el proceso, como la repercusión que el pleito tendrá en su inserción en la sociedad, y en los derechos de las partes; y, en un todo conforme a la actual ley provincial vigente N° 5724 (arts. 3, 16, 17, inc. b, d, e, f y g), que rige la temática.

En tal sentido, tenemos que se trata de un proceso culminado, con todas las etapas del mismo (art. 33), que no existe a la fecha una base económica firme y actualizada; teniendo además en cuenta el resultado del pleito, como lo dispuesto en el considerando N° 7, último párrafo, entiendo que corresponde establecer en calidad de honorarios por el presente juicio, para la Dra. G., la suma equivalente a 20 JUS (art. 23, punto b, inc. I, apartado 6).

POR ELLO, atento a las constancias de autos, dictamen de los Ministerios Públicos;

FALLO:-----

I) Haciendo lugar a la acción de filiación extramatrimonial interpuesta por la **Sra. A.T.C., DNI N° XXXXXXXX**, en representación de su hijo menor de edad: **M. S. C., DNI N° XXXXXXXX (XX/XX/XX)**, y en contra del **Sr. A. R. L. R., DNI N° XXXXXXXX**, declarando a este último como padre biológico del niño.

II) Haciendo lugar al reclamo de daño moral, peticionado por la parte actora, y condenando al accionado, **Sr. A. R. L. R., DNI N° XXXXXXXX**, a abonar a la **Sra. A.T. C., DNI N° XXXXXXXX**, en representación de su hijo precitado, la suma de pesos tres millones (\$ 3.000.000), con más los intereses correspondientes y establecidos en la presente, en el término de diez (10) días desde que se encuentre firme la planilla de liquidación que, a tales fines, deberá formular la parte interesada, y en virtud de lo expuesto en el considerando N° 5).

III) Estableciendo la integración compuesta del apellido del niño menor de edad, el cual va a quedar configurado como “R. C.”.

IV) Ordenando oficiar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente, adjuntando copia certificada del presente fallo, a los fines que se tome razón del presente pronunciamiento, haciendo constar en el Tomo N° XXX,

Acta N° XXXX, Año XXXX, San Fernando del Valle de Catamarca, Dpto. Capital, Provincia de Catamarca, que el inscripto es hijo de **A.T. C., DNI N° XXXXXXXX**, y de **A. R. L. R., DNI N° XXXXXXXX**, debiendo constar, además, que el mismo lo será con el nombre y apellido: “**M. S. R. C.**”.



V) Encomendando al Sr. **A. R. L. R.**, que, en las futuras presentaciones a efectuar en los estrados del tribunal (de éste o del que fuera, y en cualquier instancia o fuero, y/o sede judicial o administrativa), en relación con la Sra. C. (y toda mujer), deberá abstenerse de dirigirse en términos ofensivos, peyorativos o descalificantes por su condición de mujer, debiendo hacerlo despojado de patrones estereotipados como los mencionados en los presentes.

VI) Ordenando, tanto al señor **A. R. L. R.**, en su calidad de letrado del foro local, como a la Dra. A. E. G., que realicen una adecuada capacitación en cuestiones de género, a los fines de que internalicen los principios antes mencionados y modifiquen los patrones socioculturales de conducta para alcanzar la eliminación de los perjuicios y prácticas que se encuentran basados en la inferioridad o superioridad de cualquier de los sexos o en las formas estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5, inc. 9, CEDAW), todo ello bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina del Colegio de abogados y abogadas local.

A esos fines, ofíciase al Colegio de Abogados y Abogadas de Catamarca, para que tome razón de lo aquí dispuesto, y a través de las vías que corresponda, se articule la capacitación requerida (cursos y/o jornadas que aborden la temática del ejercicio de la abogacía con perspectiva de género), con la presencia del letrado y de la letrada de referencia, con la única meta de erradicar toda práctica que agrave o perpetúe la posición de subordinación de grupos especialmente vulnerables.

VII) Costas al demandado vencido, conforme los argumentos expuestos en el considerando N° 9.

VIII) Regular los honorarios de la Dra. A. E. G., M.P. N° 1517, como apoderada de la parte demandada, en la suma equivalente a 20 JUS.

IX) Protocolícese, notifíquese, firme que sea, ofíciase, expídase copia certificada de la presente; y, oportunamente, archívese.

FDO. DRA. OLGA AMIGOT SOLOHAGA

JUEZA

BLODEPM

Boletín de Jurisprudencia

BRASIL





DEFENSORÍA PÚBLICA DA UNIAO

PARÁMETRO	CONTENIDO JURISPRUDENCIA 01
País	Brasil
Tribunal	Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) - Rio de Janeiro
Materia	Tutela de Urgência para universalização do acesso ao implante subdérmico de <i>Etonogestrel</i> .
Derechos involucrados	Ausência de disponibilidade universal para incorporação e acesso amplo à métodos contraceptivos diversos.
Breve relación de los hechos	A Justiça Federal do Rio de Janeiro determinou que todas as mulheres em idade fértil possam ter acesso ao implante de etonogestrel sob a pele, um método contraceptivo de longa duração. A decisão liminar ocorreu após ação civil pública ajuizada pela defensora Shelley Maia, em exercício na função de 2ª defensora regional de direitos humanos do Rio de Janeiro. A União tem 30 dias para cumprir a determinação.
Fundamentos de derecho	Universalização da incorporação e do acesso, por todas as mulheres em idade fértil, ao implante subdérmico de <i>etonogestrel</i> , como método contraceptivo de longa duração, com plano que contemple medidas concretas que assegurem o livre consentimento informado das usuárias que optarem pelo implante subdérmico.
Resolución (Liga de enlace)	https://www.jusbrasil.com.br/processos/456715970/proc-esso-n-5077601-9020214025101-do-trf02



Contexto social y económico del caso	Buscando assegurar o direito e respeito da autonomia de mulheres, de modo que estas possam escolher os métodos anticoncepcionais que desejam utilizar, esta ação visa implantar a distribuição desses métodos (nesse caso, <i>Etonogestrel</i>) de forma que a oferta esteja disponível para todas que desejarem utilizá-lo.
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	2ª Instância
Instrumento y/o criterio internacional invocado	Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, Pequim 1995 https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf
Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)	
Votación por la que fue adoptada (si corresponde)	
Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)	
Otra observación	



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
20ª Vara Federal do Rio de Janeiro

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5097958-91.2021.4.02.5101/RJ
AUTOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
RÉU: IPHAN-INSTITUTO DO PATRIMONIO HISTORICO E ARTISTICO NACIONAL

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de ação civil pública, com pedido de tutela de urgência, proposta pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO e MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO e do INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN, objetivando a condenação das rés ao cumprimento das seguintes obrigações: i) reunir e garantir, em prazo não superior a 30 dias, o funcionamento permanente do Comitê Gestor do Sítio Arqueológico do Cais do Valongo, instituído pela Portaria IPHAN n. 360, de 30 de agosto de 2018, órgão colegiado dotado de competências consultivas e deliberativas, e composto, majoritariamente, por organizações afro-brasileiras que desenvolvem atividades na zona de amortecimento do sítio, bem como pelos órgãos e instituições envolvidos em sua proteção; ii) apresentar em juízo, em prazo não superior a 60 dias, cronograma de trabalho contendo a previsão, mês a mês, das medidas a serem adotadas pelos réus para dar cumprimento às demais obrigações contraídas junto à UNESCO por ocasião da inclusão do Cais do Valongo; iii) apresentar em juízo, em prazo não superior a 180 dias, Plano de Gestão exigido pela Convenção do Patrimônio Mundial e pela decisão do Comitê do Patrimônio Mundial da UNESCO, a ser elaborado e aprovado pelo Comitê Gestor do Sítio Arqueológico, em conformidade com o “Manual de Referência do Patrimônio Mundial”; e iv) apresentação, ao juízo, de relatórios anuais contendo os resultados obtidos no período em relação às ações previstas no Plano de Gestão, pelo prazo de cinco anos.

Como causa de pedir, afirmam que o Comitê do Patrimônio Mundial, durante sua 41ª sessão, em julho de 2017, deliberou pela inclusão do Cais do Valongo na Lista do Patrimônio Mundial da UNESCO, ao reconhecer seu Valor Excepcional Universal (“Outstanding Universal Value – OUV”), como “sítio de consciência, o qual ilustra fortes e tangíveis associações a um dos mais terríveis crimes da humanidade, a escravidão de centenas de milhares de pessoas, criando a maior



migração forçada da história. (...) O sítio evoca memórias dolorosas, as quais muitos afro-brasileiros estão fortemente relacionados”.

Relatam que, como contrapartida, a Decisão 41 COM 8N.35 do Comitê do Patrimônio Mundial estabeleceu diretrizes para manutenção do título conferido ao Sítio Arqueológico.

Sustentam que, diante da responsabilidade nacional e internacional do Estado brasileiro, faz-se necessária, como etapa lógica, a instalação do Comitê Gestor para elaboração do Plano de Gestão do Sítio Arqueológico do Cais do Valongo.

Nesse cenário, narram que o IPHAN, no ano de 2018, instalou Comitê Gestor do Sítio, através da Portaria n. 360/2018, reunindo os entes públicos interessados com a sociedade civil, garantindo uma administração com participação das comunidades locais.

Informam, contudo, que, com a promulgação do Decreto Presidencial nº 9.759/2019, que extinguiu os colegiados da administração pública previstos em lei, o Comitê não subsistiu.

Afirmam, assim, que, diante do obstáculo imposto pela UNIÃO e a inércia do IPHAN frente ao disposto no Decreto, não foi consolidado qualquer sistema de gestão no Sítio Arqueológico.

Contam que, após realização de audiência pública virtual, promovida pelo MPF, o IPHAN informou que o Comitê não pode ser recriado por portaria, mas que estariam sendo construídas bases jurídicas para o restabelecimento.

Alegam, contudo, que não há qualquer previsão de instalação do Comitê Gestor, embora tenha sido emitido parecer jurídico pela Procuradoria do IPHAN, favorável à restituição e criação dos Comitês Gestores para os Sítios brasileiros inscritos na Lista do Patrimônio Mundial.

Requereram a distribuição, por prevenção, em virtude de conexão com o processo nº 5045231-63.2018.4.02.5101/RJ, em trâmite neste Juízo. Afirmam que, na ação anteriormente ajuizada, a causa de pedir é o descumprimento, pelo Estado brasileiro (UNIÃO e Fundação Palmares), da obrigação de instalação, no prédio de Docas Pedro II, até dezembro de 2019, do Memorial de Celebração da Herança Africana e do Centro de Acolhimento Turístico do Cais do Valongo.

Alegam, assim, que a causa de pedir é comum, relativa à apontada omissão dos entes públicos em relação às obrigações assumidas perante a UNESCO.

Remetido a ação para este Juízo, foi determinada a intimação prévia das rés para se manifestarem sobre o pedido liminar (evento 12).

Manifestação da União, no evento 18, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, afirmou que a priorização dos recursos deve ser feita de modo a respeitar o princípio da reserva do possível, não cabendo ao Judiciário substituir a análise técnica da Administração Pública.



Manifestação do IPHAN, no evento 20, alegando, em síntese, que o objeto da presente ação extrapola as determinações constantes da Convenção da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO e de suas diretrizes operacionais.

Decisão, no evento 23, afastando a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela União. Na mesma decisão, foi determinada a realização de audiência de conciliação, postergando-se a análise do requerimento de concessão de tutela provisória.

No evento 50, foi deferido o ingresso no processo, na qualidade de amicus curiae, do INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL – IARA.

Realizada audiência de conciliação, foi estabelecido amplo debate entre as partes, não tendo sido possível o estabelecimento de acordo (evento 72).

É o relatório.

No que tange ao pedido de tutela de urgência, dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil que ela será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O objetivo da Defensoria Pública da União - DPU e do Ministério Público Federal - MPF, com a propositura da presente ação civil pública, é a condenação da União e do IPHAN nas obrigações assumidas pelo Estado brasileiro junto à UNESCO, referentes à conservação, promoção e valorização do sítio arqueológico do Cais do Valongo, patrimônio mundial.

Como visto no evento 72, em audiência de conciliação que durou mais de duas horas, o juízo tentou um consenso entre as partes. Tentou que as partes construíssem um caminho de providências, por elas próprias, para se evitar uma decisão de cima para baixo. Infelizmente, nenhum consenso houve, o que impõe este juízo a proferir a seguinte decisão.

A ação foi distribuída por dependência, em virtude do processo n.504523163.2018.4.02.5101, em trâmite perante este Juízo, que envolve pedido de cessação da ocupação e da exploração alegadamente irregulares do prédio Docas Pedro II, situado ao lado do sítio arqueológico, para que seja instalado Memorial de Celebração da Herança Africana e do Centro de Acolhimento Turístico do Cais do Valongo.

Acerca do tema, a Constituição de 1988 estabelece, em diversos dispositivos, dever de proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro pelo Poder Público: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;



IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

[...]

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I- defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II- produção, promoção e difusão de bens culturais;

III- formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões

IV- democratização do acesso aos bens de cultura;

V- valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.



§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos". - grifei

Conforme já ressaltado nos autos da primeira demanda ajuizada pelo MPF (processo n. 5045231-63.2018.4.02.5101), na qual foi estabelecido acordo entre as partes, com cronograma de ações ainda em andamento, é irrefutável a importância da preservação do sítio arqueológico do Cais do Valongo, incluído na Lista do Patrimônio Mundial pela UNESCO, por seu grande significado para gerações passadas, presentes e futuras. No site do organismo internacional, foi publicado texto com o seguinte teor: "Cais do Valongo se torna 21º sítio brasileiro inscrito na Lista do Patrimônio Mundial da UNESCO. A inscrição aconteceu hoje (09/07/2017), após votação do Comitê do Patrimônio Mundial.

Durante a sua 41ª Reunião, o Comitê do Patrimônio Mundial decidiu incluir, na Lista do Patrimônio Mundial, o Cais do Valongo por seu grande significado para gerações passadas, presentes e futuras no que se refere a história do tráfico atlântico e a escravização de africanos. Trata-se do segundo sítio da cidade do Rio de Janeiro a receber o reconhecimento internacional da UNESCO. Antes do Cais do Valongo, entrou para a Lista, em 2012, o Rio de Janeiro, Paisagens Cariocas entre a Montanha e o Mar.

Por sua magnitude, o Cais do Valongo pode ser considerado o lugar mais importante de memória da diáspora africana fora da África. Ele é o maior porto de entrada de negros escravizados na América Latina. As estimativas apontam que entre 500 mil e um milhão de negros chegaram ao continente desembarcando neste Cais. Desde sua construção, em 1811, ele sofreu sucessivas transformações até ser aterrado em 1911. O local foi revelado, em 2011, durante escavações das obras do Porto Maravilha, e se tornou o maior vestígio material das raízes africanas nas Américas. A cidade transformou o espaço em monumento preservado e aberto à visitação pública.

Para a Representante a.i. da UNESCO no Brasil, Marlova Jovchelovitch Noletto, 'o Cais do Valongo tem valor histórico, arqueológico e cultural, traz memórias de um período da história que não pode se repetir jamais e, por isso mesmo, precisa ser lembrado. O seu reconhecimento internacional ressalta uma época muito importante para a formação da cultura brasileira e das Américas'.

A coordenadora de Cultura a.i. da UNESCO no Brasil, Rebeca Otero, complementa dizendo que 'é preciso conhecer nosso passado e o Cais do Valongo nos aproxima dele. O reconhecimento do sítio pela UNESCO é também um reforço a ações no campo da educação, assim como é a Lei 10.639/2003, que ajuda o povo brasileiro a conhecer sua própria história determinando a



inclusão da temática História e Cultura Afro-Brasileira no currículo oficial da Rede de Ensino'.

Durante a Reunião, a presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), Kátia Bogéa, em sua declaração em comemoração ao título, lembrou que o Cais do Valongo se torna, agora, mais um dos poucos sítios do Patrimônio Mundial a lembrar a história da escravidão.

'Esse Sítio Arqueológico é único pois representa os milhões de africanos que foram escravizados e que trabalharam para construir o Brasil como uma nação, gerando a maior população de negros fora da África no mundo. Estamos celebrando a Década Internacional de Afrodescendentes da ONU e a inscrição desse Sítio na Lista reafirma o papel do Brasil como um lugar de diversidade e não somente um local de memórias dolorosas', disse a presidente.

O dossiê de candidatura ao Patrimônio Mundial começou a ser preparado em 2014, coordenado pelo antropólogo Milton Guran e elaborado pelo Iphan, em parceria com a Prefeitura do Rio de Janeiro. [...]

O valor excepcional universal do Cais do Valongo, reconhecido pela UNESCO, atende ao sexto critério dos 10 estabelecidos no Guia Operacional para a Implementação da Convenção do Patrimônio Mundial.

Estar diretamente ou materialmente associado a acontecimentos e tradições vivas, ideias ou crenças, obras artísticas e literárias de significação universal excepcional é o critério VI do Guia para a Implementação da Convenção do Patrimônio Mundial. Conforme argumentos apresentados no dossiê de candidatura, o Cais do Valongo se encaixa neste critério, pois é um exemplo de sítio histórico sensível - que desperta a memória de eventos traumáticos e dolorosos e que lida com a história de violação de direitos humanos. Portanto, o Cais do Valongo materializa memórias que remetem a aspectos de dor e sobrevivência na história dos antepassados dos afrodescendentes, que hoje totalizam mais da metade da população brasileira e marcam as sociedades de outros países do continente americano”

[http://www.unesco.org/new/pt/brasil/abouthis-office/singleview/news/valongo_wharf_is_the_new_brazilian_site_inscribed_on_unesco/,]

Em Proposta de Inscrição na Lista do Patrimônio Mundial, elaborada em fevereiro de 2017, o IPHAN assumiu compromissos em nome da União, incluindo a criação de Comitê Gestor, com a responsabilidade de coordenar a gestão do Sítio Arqueológico e sua Zona de Amortecimento (evento 1, anexo 3).

Ainda de acordo com a referida Proposta, a gestão deveria ser feita através da atuação de forma consultiva e deliberativa sobre questões que afetem a área de gestão; da participação de forma colaborativa nas ações que interfiram na área de gestão; e da proposição de políticas, programas, projetos e ações de caráter educativo, cultural, turístico, econômico ou social, que tenham como objetivo a conservação, valorização e promoção do patrimônio cultural de natureza



material ou imaterial relacionados ao Sítio Arqueológico do Cais do Valongo e sua Zona de Amortecimento (evento 1, anexo 9).

Consta, ainda, do documento, compromisso no sentido de que a presidência do Comitê Gestor caberia a um representante do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, e de que o órgão seria composto de um Conselho Curatorial e de uma Comissão Executiva, de modo que haveria o constante monitoramento das atividades relativas à proteção do Cais do Valongo, cujos resultados seriam divulgados pelo IPHAN em relatórios, a cada dois anos, para orientar as ações administrativas e de fiscalização, sempre informando o Comitê Gestor (evento 1, anexo 9, fl. 7).

Assim, com o fito de cumprir as obrigações internacionais assumidas pela União, o IPHAN, no ano de 2018, publicou a Portaria n. 360/2018, dispondo acerca dos objetivos e da composição do Comitê Gestor, nos seguintes termos:

“Art. 1º Instituir o Comitê Gestor do Sítio Arqueológico do Cais do Valongo Patrimônio Mundial, com os seguintes objetivos:

I - promover a instalação da estrutura de gestão compartilhada do Sítio declarado, estabelecendo, mediante a instituição de regimento interno, as atribuições de cada ente gestor e o seu respectivo funcionamento;

II - propor as diretrizes para a execução das ações propostas no Plano de Gestão do Sítio declarado;

III - apoiar a implementação, dentro do Sítio declarado, das ações prioritárias de atuação imediata e aquelas que serão objeto de projetos previstos para implantação;

IV - monitorar a efetividade das ações governamentais necessárias à salvaguarda do Sítio declarado;

V - promover a articulação entre as políticas municipal, estadual e federal que incidem sobre o Sítio declarado, procedendo à compatibilização dos instrumentos de gestão correspondentes, já definidos por lei, bem como a delimitação das áreas de proteção ao Sítio declarado definidas nos diferentes níveis de governo.”

Todavia, o Decreto Presidencial nº 9.759, de 2019, extinguiu os colegiados da Administração Pública. Nesse infeliz contexto, o Comitê não subsistiu, não tendo até o momento sido comprovada a consolidação de qualquer sistema de gestão no Sítio Arqueológico ou mesmo participação social.

Pelo exposto, em sede de cognição sumária, própria da presente fase processual, reputo presentes os requisitos para concessão da tutela provisória de urgência, diante da inércia das autoras no cumprimento das obrigações internacionalmente pactuadas.

Nada obstante a existência do Decreto Presidencial que extinguiu o Comitê, é certo que existem pelo menos três outras fontes normativas que servem de fundamento jurídico para sua reinstalação, quais sejam, (i) a Recomendação



MPF n. 02/2021 (evento 1, anexo 30); (ii) a Recomendação DPU n. 4511119-DPGU/SGAI DPGU/GTPE DPGU (evento 1, anexo 42); e (iii) o Parecer Jurídico n. 00020/2021/COM/PFIPHANS/PGF/AGU, de 20 de abril de 2021 (evento 1, anexo 36).

Quanto ao ponto, também se mostra pertinente a aplicação, no presente caso, das razões de decidir apresentadas pelo STF na ADPF N. 622, no bojo da qual foi firmada a seguinte tese de julgamento: “É inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos”.

Na referida ação de descumprimento de preceito fundamental, relativa à temática do lactente, da criança e do adolescente, o Supremo concluiu que a participação de entidades representativas da sociedade civil constitui mandamento constitucional, de modo que seria incompatível com a Carta Maior norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos.

Conforme acima colacionado, a Constituição da República, em seu art. 216, §1º, também estabelece expressamente a necessidade de colaboração da comunidade para promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Por essa razão, a participação social na gestão do Sítio Arqueológico Cais do Valongo, além de pactuada pela União no âmbito das relações internacionais, decorre de mandamento constitucional, devendo, assim, ser cumprida pelas rés.

Ademais, a Lei de Acesso às Informações Públicas (Lei n. 12.527/2011) dispõe expressamente acerca da obrigação das autarquias federais de propiciar amplo acesso e divulgação de informações pertinentes ao patrimônio, recursos públicos, licitação e contratos administrativos, garantindo também o acompanhamento de programas, projetos, ações, metas e indicadores propostos, mediante a realização de audiências públicas ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou outras formas de divulgação (artigos 1º, II, 6º, I, 7º, VI e 9º, II).

Cumpra também destacar que, em suas informações (eventos 18 e 20), a União e o IPHAN não colacionaram as ações efetivamente já realizadas relativas à participação social na gestão do Cais do Valongo, restringindo-se a alegar a impossibilidade de restabelecimento do Comitê em virtude do advento do decreto presidencial.

Por todo o exposto, entendo presente o requisito da probabilidade do direito, considerando que, em cognição sumária, foi demonstrado o descumprimento, pelas rés, das obrigações internacionais pactuadas.

O perigo na demora também se mostra presente, na medida em que a ausência de instalação do Comitê Gestor implica na impossibilidade de participação da sociedade, em especial dos povos e comunidades diretamente afetadas, nos atos administrativos realizados pelas rés.



Diante de tudo o que foi exposto, analisando os argumentos da DPU e do MPF, bem como a documentação acostada aos autos, reputo necessária a concessão das medidas de urgência requeridas, de modo a sanar a omissão da Administração Pública no cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Portanto, com base no artigo 11 da Lei nº 7.347/85 e no artigo 300 do Código de Processo Civil, DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA requerida, para determinar que as rés cumpram as seguintes obrigações, sob pena de cominação de multa diária, no montante de R\$ 1.000,00 (mil reais), limitada ao teto de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais):

1. reunir e garantir, em prazo não superior a 30 dias, o funcionamento permanente de Comitê Gestor do Sítio Arqueológico do Cais do Valongo, órgão colegiado dotado de competências consultivas e deliberativas, e composto, majoritariamente, por organizações afro-brasileiras que desenvolvem atividades na zona de amortecimento do sítio, bem como pelos órgãos e instituições envolvidos em sua proteção;
2. apresentar em juízo, em prazo não superior a 60 dias, cronograma de trabalho contendo a previsão, mês a mês, das medidas a serem adotadas pelos réus para dar cumprimento às demais obrigações contraídas junto à UNESCO por ocasião da inclusão do Cais do Valongo;
3. apresentar em juízo, em prazo não superior a 180 dias, Plano de Gestão exigido pela Convenção do Patrimônio Mundial e pela decisão do Comitê do Patrimônio Mundial da UNESCO, a ser elaborado e aprovado pelo Comitê Gestor do Sítio Arqueológico, em conformidade com o “Manual de Referência do Patrimônio Mundial”; e
4. apresentação, ao juízo, de relatórios anuais contendo os resultados obtidos no período em relação às ações previstas no Plano de Gestão, até ulterior deliberação.

Intimem-se com urgência, pelos meios mais céleres possíveis, ficando autorizado desde já o cumprimento eletrônico da diligência. Defiro o requerimento do IARA, para determinar a expedição de Ofício ao TCU, para ciência, com cópia da petição inicial e da presente decisão. Citem-se os réus para apresentar contestação no prazo legal. Juntadas as contestações, dê-se vista dos autos ao MPF e à DPU para manifestação sobre as defesas de União e IPHAN. No mesmo prazo, poderá o IARA (amicus curiae) também se manifestar sobre as defesas dos réus.

Após, voltem-me os autos conclusos para designação de data para inspeção judicial no local exato do Cais do Calongo e, sendo o caso, designação de nova audiência.

Documento eletrônico assinado por PAULO ANDRÉ ESPIRITO SANTO BONFADINI, Juiz Federal, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da autenticidade do documento está disponível no



endereço eletrônico <https://eproc.jfrj.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 510006304434v4 e do código CRC 9751b482.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): PAULO ANDRÉ ESPIRITO SANTO BONFADINI

Data e Hora: 13/10/2021, às 21:42:25



DEFENSORÍA PÚBLICA DA UNIAO

PARÁMETRO	CONTENIDO JURISPRUDENCIA 03
País	Brasil
Tribunal	Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Materia	Programa de Compensação Financeira e Apoio à Realocação.
Derechos involucrados	Direito dos moradores e direito da coletividade ao meio ambiente.
Breve relación de los hechos	Exposição de acordo firmado mediante atuação da Defensoria Pública da União, em prol das vítimas do afundamento do solo em Maceió, prevenindo o que segundo estudos seria o “maior desastre em área urbana em andamento no mundo”.
Fundamentos de derecho	A extração de sal-gema pela mineradora Braskem afetou cerca de 40 mil pessoas dos bairros de Bebedouro, Bom Parto, Farol, Mutange e Pinheiro, todos localizados na Capital Maceió, atingidos pelo afundamento do solo e grave comprometimento dos imóveis pelo desmoronamento subterrâneo das minas. Em atuação conjunta com a Defensoria Estadual, a Defensoria Pública da União, no bojo da Ação Civil Pública nº 0803836-61.2019.4.05.8000, firmou acordo com a mineradora (em cumprimento).
Resolución (Liga de enlace)	https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Pinheiro-Acordo-BRASKEM-3836.pdf
Contexto social y económico del caso	Desastre ambiental que resultou no afundamento do solo e que afetou cerca de 40 mil pessoas em Alagoas, na cidade de Maceió. Para evitar riscos de mortes, a Defensoria Pública da União, em parceria com a



	Defensoria Estadual, firmou acordo com a mineradora responsável pelo desmoronamento da mina subterrânea, buscando garantir assistência para os afetados.
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	2ª Instância
Instrumento y/o criterio internacional invocado	Direito Internacional do Meio Ambiente
Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)	Indenização e realocação.
Votación por la que fue adoptada (si corresponde)	
Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)	
Otra observación	



SEGUNDO TERMO ADITIVO AO
TERMO DE ACORDO PARA APOIO
NA
DESOCUPAÇÃO DAS ÁREAS DE
RISCO (“TERMO DE ACORDO”) QUE
CELEBRAM AS PARTES

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL (“MPE”), representado por seus Promotores de Justiça abaixo assinados, doravante denominado “MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL” ou “MPE”;

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS (“DPE”), representada pelos Defensores Públicos abaixo assinados, doravante denominada “DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL” ou “DPE”;

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (“MPF”), representado pelas Procuradoras da República abaixo assinadas, doravante denominado “MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL” ou “MPF”;

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (“DPU”), representada pelo Defensor Público Federal abaixo assinado, doravante denominada “DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO” ou “DPU”;

A BRASKEM S.A., pessoa jurídica de direito privado, sociedade anônima aberta, inscrita no CNPJ 42.150.391/0001-70, com matriz localizada na Rua Eteno, nº 1561, Polo Petroquímico de Camaçari, Camaçari – BA (“BRASKEM”),

Em conjunto, denominadas doravante “Partes”,

CONSIDERANDO que a Braskem contratou o Instituto de Geotecnia da Noruega (NGI), a Geoapp, empresa italiana especializada em monitoramento do solo, e a ACCMS, consultoria formada por um grupo de professores da USP e do Imperial College de Londres (em conjuntos os “Especialistas”) para realizarem estudos das áreas com potenciais impactos na superfície em decorrência dos eventos de subsidência;

CONSIDERANDO que a Braskem compartilhou o resultado de tais estudos elaborados pelos Especialistas com as demais Partes do Acordo, com as Defesas Civil Municipal e Nacional e com o Serviço Geológico do Brasil (CPRM);

CONSIDERANDO a atualização do Mapa de Setorização de Danos e Linhas de Ações Prioritárias (“Mapa de Linhas de Ações Prioritárias - Versão 4”) divulgado pela Defesa Civil em 11 de dezembro de 2020, que determina áreas de criticidade 00 e 01 atualizadas, que considerou os estudos dos Especialistas contratados pela Braskem;



CONSIDERANDO o avanço no entendimento das Partes para a celebração de TERMO DEFINITIVO para pôr fim ao litígio na Ação Civil Pública nº 0803836-61.2019.4.05.8000 (“ACP dos Moradores”); e

CONSIDERANDO o teor do Parecer Técnico nº 922/2020 da Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise do MPF, que aprovou o escopo e a proposta de contratação da GRANT THORNTON AUDITORIA E CONSULTORIA LTDA. para realizar o trabalho de auditoria da destinação dos recursos de que trata o TERMO DE ACORDO à implementação das finalidades nele previstas;

RESOLVEM celebrar o presente SEGUNDO TERMO ADITIVO AO TERMO DE ACORDO PARA APOIO NA DESOCUPAÇÃO DAS ÁREAS DE RISCO firmado em 03 de janeiro de 2020 pelas Partes (“SEGUNDO ADITIVO”), nos termos a seguir:

CLÁUSULA 1. As Partes concordam em (i) alterar a redação do Parágrafo Primeiro da CLÁUSULA

PRIMEIRA, a qual passará a ter a disposição a seguir; (ii) substituir o Anexo I pelo Mapa de Linhas de Ações Prioritárias - Versão 4 divulgado pela Defesa Civil em 11 de dezembro de 2020; e (iii) incluir os Parágrafos Sexto e Sétimo da CLÁUSULA PRIMEIRA.

“CLÁUSULA PRIMEIRA. (...)

Parágrafo Primeiro – As ÁREAS DE RISCO objeto deste TERMO DE ACORDO, conforme Anexo I, sob as quais ora se convencionam são: as áreas definidas no Mapa de Linhas de Ações Prioritárias - Versão 4 emitido pela Defesa Civil em dezembro de 2020 como sendo de criticidade 00.

(...)

Parágrafo Sexto. Reforçando a sua atuação preventiva, e em vista dos estudos apresentados pela Braskem às demais Partes, a Braskem, para fins exclusivos deste SEGUNDO ADITIVO, compromete-se a estender o direito de indenização aos moradores e proprietários dos imóveis da área de criticidade 01 do Mapa de Linhas de Ações Prioritárias - Versão 4, divulgado pela Defesa Civil Municipal em 11 de dezembro de 2020.

Parágrafo Sétimo. Sem prejuízo do Documento de Resoluções que contém o cronograma detalhado do Programa de Compensação Financeira e Apoio à Realocação (“PCF”), as Partes desde já concordam que os ocupantes de imóveis localizados nas novas área de criticidade 00 do Mapa anexo ingressarão no fluxo compensatório do PCF a partir de julho de 2021 e a área de criticidade 01 do Mapa



anexo ingressarão no fluxo compensatório do PCF a partir de outubro de 2021.”

CLÁUSULA 2. As Partes concordam que a desocupação da área de criticidade 01 do Mapa de Linhas de Ações Prioritárias - Versão 4 será facultativa até a data da compensação definitiva pelo imóvel prevista no PCF ou até 31 de dezembro de 2022, o que ocorrer primeiro, salvo determinação de desocupação antecipada pela Defesa Civil ou atuação da Junta Técnica.

CLÁUSULA 3. As Partes concordam que, a partir da assinatura deste SEGUNDO ADITIVO, os moradores de toda área abrangida pelo TERMO DE ACORDO poderão solicitar sua realocação imediata, tão logo seus imóveis sejam selados e mediante ingresso no PCF, independentemente da área de criticidade do Mapa anexo em que esteja localizado seu imóvel, sendo certo que sua compensação se dará conforme cronograma estabelecido em Documento de Resoluções celebrado entre as Partes e no Parágrafo Sétimo da CLÁUSULA PRIMEIRA do TERMO DE ACORDO.

CLÁUSULA 4. As Partes concordam com a criação de grupo técnico, cujo protocolo será apresentado pela Braskem em 45 (quarenta e cinco) dias após homologação deste Segundo Aditivo, com objetivo de acompanhar e estudar as áreas adjacentes ao Mapa de Linhas de Ações Prioritárias - Versão 4, a ser composto por Braskem, Defesa Civil Municipal e Defesa Civil Nacional (“Comitê de Acompanhamento Técnico”), pelo prazo de cinco anos.

Parágrafo Único. Competirá ao Comitê de Acompanhamento Técnico:

(i) a definição e instalação de sistemas e equipamentos de medição para as áreas do Mapa de Linhas de Ações Prioritárias – Versão 4 e adjacentes, em adição à rede atual, definidos em comum acordo entre os membros do Comitê de Acompanhamento Técnico e a serem custeados pela Braskem;

(ii) acompanhar uma equipe multidisciplinar que atuará nas áreas do Mapa de Linhas de Ações Prioritárias – Versão 4 e adjacentes, com o objetivo de mapeamento de possíveis manifestações geológicas, a ser custeada pela Braskem; e

(iii) após os cinco anos, avaliar a necessidade de continuidade das atividades do Comitê de Acompanhamento Técnico, apresentando relatório fundamentado, o qual será objeto de deliberação entre as Partes.

CLÁUSULA 5. As Partes concordam em alterar a redação do caput da CLÁUSULA SEGUNDA do TERMO DE ACORDO, a qual passará a ter a disposição a seguir.

“CLÁUSULA SEGUNDA. O presente TERMO DE ACORDO tem como objetivo a regulamentação de ações cooperativas para a desocupação das áreas do Mapa de Linhas de Ações Prioritárias –



Versão 4, com estimativa de que as ações sejam concluídas até dezembro de 2022, devendo a priorização dessas ações ser definida pelos signatários deste TERMO DE ACORDO com base em critérios de risco.”

CLÁUSULA 6. As Partes concordam em alterar a redação do Parágrafo Quinto e incluir os Parágrafos Sexto e Sétimo da CLÁUSULA QUARTA do TERMO DE ACORDO, os qual passará a ter a disposição a seguir.

“Parágrafo Quinto – Havendo atualizações do Mapa de Linhas de Ações Prioritárias – Versão 4, divulgado pela Defesa Civil em 11 dezembro de 2020, com ampliação do perímetro objeto do presente TERMO DE ACORDO, as partes se reunirão para discutir as possíveis medidas a serem adotadas de comum acordo, mediante eventual termo aditivo ao presente.

Parágrafo Sexto. Em caso de negativa da Braskem quanto à inclusão no PCF da nova área de risco fruto de atualização do Mapa de Linhas de Ações Prioritárias – Versão 4 e seguintes, após seguido o rito do Parágrafo Quinto, acima, as Partes convencionam, nos termos do art. 190 do CPC, que eventual nova ação judicial sobre o tema terá o rito inicial abreviado, com delimitação do objeto, distribuição por dependência para a 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Alagoas, com o aproveitamento dos atos processuais anteriores, respeitando-se o último estágio processual da ação civil pública nº 0803836-61.2019.4.05.8000, garantido o exercício do contraditório e ampla defesa.

Parágrafo Sétimo. Com relação às áreas identificadas como de possíveis impactos futuros pelos estudos de impacto de superfície realizados pela Braskem e compartilhados com as demais Partes do TERMO DE ACORDO, com as Defesas Cíveis Municipal e Nacional e com o Serviço Geológico do Brasil (CPRM) e que não constam na atualização do Mapa de Linhas de Ações Prioritárias – Versão 4, identificadas no Anexo II, A Braskem, desde já, concorda em incluir no PCF os moradores e proprietários dos imóveis lá localizados se tais áreas vierem a constar em atualização do mapa, conforme mencionado no parágrafo anterior ou manifestação expressa da Defesa Civil Municipal mediante ofício às Partes.”

CLÁUSULA 7. As Partes concordam em incluir os Parágrafos Quarto e Quinto da CLÁUSULA DÉCIMA do TERMO DE ACORDO, os quais passarão a ter a disposição a seguir.



“Parágrafo Quarto. A Braskem pagará o valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), a título de antecipação da compensação final, nos casos em que ficar comprovada a dificuldade financeira e a necessidade de recebimento de valor adicional para garantir moradia provisória à família realocada. O valor antecipado será pago em parcela única.

Parágrafo Quinto. A antecipação do valor referido no Parágrafo Quarto somente será deduzida do cálculo da compensação final quando não comprovada a sua utilização integral para fins de complementação do aluguel mensal da moradia provisória (diferença entre aluguel efetivamente pago e auxílio mensal de R\$ 1.000,00).”

CLÁUSULA 8. As Partes concordam em alterar a redação da CLÁUSULA 12ª do TERMO DE ACORDO, a qual passará a ter a disposição a seguir.

“CLÁUSULA 12ª A BRASKEM pagará, a título de adiantamento dos valores de que trata a Cláusula 13ª deste TERMO DE ACORDO, auxílio temporário, em parcela única, no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) aos microempreendedores individuais de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e àqueles que desenvolviam atividades econômicas de modo não formal em imóveis localizados nas áreas objeto deste TERMO DE ACORDO.

Parágrafo único: O valor da antecipação prevista no caput desta Cláusula, a ser pago para microempresas, empresas de pequeno, médio e grande porte (ressalvados os Grandes Equipamentos previstos no Parágrafo Segundo da CLÁUSULA QUINTA do TERMO DE ACORDO), e, excepcionalmente, os microempreendedores individuais previstos no caput, quando comprovada a necessidade de valores adicionais de antecipação aos previstos no caput, será definido individualmente, conforme informações e suporte probatório prestados pelo beneficiário (faturamento, número de funcionários, etc.).”

CLÁUSULA 9. As Partes concordam em incluir o Parágrafo Quarto da CLÁUSULA 13ª do TERMO DE ACORDO, a qual passará a ter a disposição a seguir.

“CLÁUSULA 13ª . (...)

Parágrafo Quarto. O fato de a pessoa física ocupar o imóvel para exercício da atividade econômica, ainda que através de pessoa jurídica, não lhe retira o direito à indenização pelo dano moral de que trata o caput, uma vez comprovado o dano moral, conforme tratativas individuais entre as partes.”



CLÁUSULA 10. As Partes concordam em incluir o Parágrafo Oitavo da CLÁUSULA 24ª e o Parágrafo Terceiro da CLÁUSULA 26ª do TERMO DE ACORDO para prever a disponibilização de recursos financeiros adicionais para fazer frente às ações de compensação e apoio à realocação relacionadas aos imóveis adicionais abarcados por este SEGUNDO ADITIVO, conforme redação a seguir.

“CLÁUSULA 24ª. (...)

Parágrafo Oitavo. Em decorrência das obrigações assumidas pela BRASKEM no SEGUNDO ADITIVO ao TERMO DE ACORDO, a BRASKEM realizará o aporte adicional de R\$ 1 bilhão à conta corrente vinculada à adoção e implementação das providências previstas neste TERMO DE ACORDO, em 10 parcelas mensais no valor de R\$ 100 milhões cada, sendo a primeira realizada em até 10 (dez) dias da homologação judicial deste SEGUNDO ADITIVO.”

“CLÁUSULA 26ª. (...)

Parágrafo Terceiro. As Partes concordam que a apólice de seguro-garantia prevista no caput desta CLÁUSULA 26ª será endossada para ter sua cobertura alterada para R\$ 1,8 bilhão. À medida em que forem feitos novos aportes na conta exclusiva prevista na CLÁUSULA 24ª, adicionais aos valores previstos em seu Parágrafo Oitavo, o valor dos novos aportes também será abatido do valor da apólice de seguro-garantia previsto no caput desta CLÁUSULA 26ª. Esses ajustes serão formalizados mediante endosso da apólice.”

CLÁUSULA 11. As Partes concordam em alterar a redação do Parágrafo Primeiro da Cláusula 24ª, da Cláusula 36ª, bem como dos Parágrafos Primeiro, Segundo e Quinto da Cláusula 37ª, os quais passarão a ter as disposições a seguir, além de excluir o Parágrafo Sexto da Cláusula 37ª para que não mais produza efeitos.

“CLÁUSULA 24ª. (...)

Parágrafo Primeiro: a conta bancária prevista no caput será auditada por uma empresa de auditoria externa independente escolhida de comum acordo pelas partes, que terá a incumbência precípua de verificar que os recursos ali depositados se destinarão ao implemento das finalidades previstas neste TERMO DE ACORDO, no Termo de Acordo para Apoio na Desocupação da ÁREA DE RESGUARDO e nos documentos a eles correlatos.

(...)



CLÁUSULA 36ª. *A auditoria externa independente verificará, de forma contábil e financeira, a aplicação dos recursos depositados na conta referida na Cláusula 24ª pela metodologia de asseguarção razoável, de acordo com as Normas Brasileiras Contábeis de Asseguarção - NBC TO 3000, emitida pelo Conselho Federal de Contabilidade e aprovada pelo Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (IBRACON).*

CLÁUSULA 37ª. (...)

Parágrafo Primeiro: A prestação de contas mensal pela BRASKEM relativa ao recurso financeiro mencionado no caput deve compreender o cronograma de execução previsto na Cláusula Segunda, Parágrafo Primeiro, e os compromissos financeiros executados do projeto.

Parágrafo Segundo: O trabalho de asseguarção pela auditoria considerará os registros pelo regime de caixa ao final de cada período por tipo de pagamento.

(...)

Parágrafo Quinto: A empresa de auditoria externa deverá entregar à BRASKEM, com frequência bimestral, o relatório consolidado que atenda a todos elementos mencionados na presente Cláusula, sem prejuízo do relatório de execução anual financeiro, cabendo à BRASKEM compartilhá-lo com as Partes deste TERMO DE ACORDO.

Parágrafo Sexto: [disposição excluída].”

CLÁUSULA 12. As Partes concordam, com a assinatura deste SEGUNDO ADITIVO, para extinguir, nos moldes do artigo 487, inciso III, alínea “b” da Lei 13.105/2015, a ação civil pública nº 080383661.2019.4.05.8000 em trâmite perante a 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Alagoas, bem como todos os incidentes e feitos processuais que forem conexos a tal processo.

As demais Cláusulas e condições do TERMO DE ACORDO, inclusive, mas não se limitando ao Parágrafo Sétimo da CLÁUSULA 24ª, desde que não sejam contraditórias com este SEGUNDO ADITIVO, permanecem inalteradas e inteiramente em vigor, sendo, neste ato, expressamente ratificadas pelas Partes.

No que pertinente, as disposições deste SEGUNDO ADITIVO se aplicam, também, ao Termo de Acordo para Apoio na Desocupação da Área de Resguardo.

O presente SEGUNDO ADITIVO será submetido pelas Partes à homologação judicial, nos termos do art. 487, III, b, do CPC e do art. 5º, § 6º da Lei Federal 7.347, de 24 de julho de 1985 nos autos dos processos nº 0803836-61.2019.4.05.8000 e nº 0806577-74.2019.4.05.8000, em trâmite perante a 3ª Vara Federal da Seção



Judiciária de Alagoas, para que produza os seus devidos efeitos legais, em especial o quanto disposto na CLÁUSULA 12.

E, por estarem assim justas e acordadas, as Partes firmam o presente SEGUNDO ADITIVO em 5 (cinco) vias de igual teor e forma.

Maceió, 30 de dezembro de 2020

Ricardo Antunes Melro
Defensor Público

Carlos Eduardo de Paula Monteiro
Defensor Público-Geral

Diego Bruno Martins Alves
Defensor Público Federal

Júlia Wanderley Vale Cadete
Procuradora da República

Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara
Procuradora da República

Roberta Lima Barbosa
Procuradora da República

Bomfim Niedja Gorete de Almeida Rocha
Kaspary Procuradora da República

Márcio Roberto Tenório de Albuquerque
Procurador Geral de Justiça

Adriano Jorge C. de Barros Lima
Promotor de Justiça

Max Martins de Oliveira e Silva
Promotor de Justiça

Jorge José Tavares Dória
Porciúncula Promotor de Justiça
de Justiça

Vicente José Cavalcante
Promotor

Jomar de Amorim Moraes
Promotor de Justiça

José Antônio Malta Marques
Promotor de Justiça



Braskem S.A.
Por seus representantes legais

Anexo I
Mapa de Linhas de Ações Prioritárias - Versão 4



BLODEPM

Boletín de Jurisprudencia

CHILE





Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DEFENSORÍA PÚBLICA PENAL DE CHILE

Amparos

1.- Rol N° 9533-2022. 01/04/2022. Acoge. Deja sin efecto prisión preventiva anticipada. “3°) Que, en el caso de marras, el amparado ya se encuentra sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva, por lo que una segunda medida cautelar de dicha entidad, ahora a propósito de una causa diversa, no puede ser impuesta de forma anticipada toda vez que no existe antecedente que permita suponer que, de dejarse sin efecto, no permanecerá en el lugar del juicio o se ausentará de los actos del procedimiento”.

2.- Rol N° 7.423-2022. 15/03/2022: Acoge. Que la audiencia de formalización de la investigación no es la única oportunidad para realizar la petición de plazo de investigación y en consecuencia ordena fijar audiencia para discutir la solicitud de la defensa y fijar plazo de investigación.

3.- Rol N° 8.925-2022. 28/03/2022. Acoge. Deja sin efecto traslado. Ordena fijar audiencia a fin de resolver el traslado, debiendo GENCHI informar sobre la factibilidad de traslado a un recinto penitenciario cercano a su domicilio. 5°.- Que, finalmente, Gendarmería no dio cumplimiento a lo que dispone el artículo 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en cuanto dispone que “El régimen de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la ley procesal pertinente, la Ley



Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento”. En la especie, la medida impugnada evidentemente no se ajusta no solo a las disposiciones constitucionales, sino que además se aparta de tratados internacionales sobre derechos humanos. En particular, atenta contra la vinculación del amparado a su núcleo familiar y de la relación de aquellos con sus cercanos, trasgrediendo con ello el inciso segundo del artículo 1° de la Carta Fundamental, en cuanto se reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, su protección y fortalecimiento; y el artículo 9 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, en tanto dispone que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres, y respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo en ambos casos si ello es contrario al interés superior del niño. Tales derechos pueden verse conculcados en la especie, toda vez que de una parte no se ha justificado que el traslado dispuesto sea necesario para garantizar la vida e integridad física o psíquica del amparado, de otros internos, o afecte de manera justificada el orden y seguridad del recinto — como exige el artículo 28 del reglamentos antes citado—; y de otra, porque las actuales restricciones derivadas de la sanitaria dificultan notablemente el traslado de la familia que hayan formado el recurrente a un recinto penitenciario localizado a miles de kilómetros de su domicilio, en otra región del país.

Nulidades

1.-Rol N° 39.732-2021. 04/04/2022. Acoge. Se trata de tres recursos de nulidad acogidos. El primero se acoge por la causal de imparcialidad del tribunal, por exceder preguntas aclaratorias, artículo 329 inciso cuarto del CPP. Seguidamente se acoge recurso de nulidad interpuesto a favor de adolescente por infracción a la obligación de registro de las actuaciones efectuadas por los funcionarios policiales y en la omisión de las advertencias contempladas en la ley previas a prestar cualquier tipo de declaración respecto del imputado y su madre.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que de la propia declaración de uno de los funcionarios policiales que intervino en el procedimiento policial que culminó con la detención de Gutiérrez Espinoza, aparece que los policías cuestionados omitieron dar cumplimiento a la obligación de registro que los grava, de acuerdo a lo que impone el artículo 228 del Código Procesal Penal, toda vez que reconoció que se les olvidó “dejar constancia” de lo expresado por el imputado y su madre, limitándose a señalar que fue un descuido por la premura en efectuar el informe y que existen detalles de los que a veces no se deja constancia por la gran cantidad de información que deben consignar, respuesta claramente insuficiente para demostrar el cumplimiento de la obligación funcionaria que les afecta.



DÉCIMO OCTAVO: Que en lo concerniente a la omisión por parte de los funcionarios policiales de advertir a la madre del imputado de la facultad de no declarar establecida en el artículo 302 del Código Procesal Penal, asentada en la existencia de esa relación de parentesco con el acusado, que es uno de los fundamentos de la causal en análisis, cabe indicar que el propio funcionario policial es quien reconoce haber omitido señalar en el informe y sus anexos la circunstancia que aquella fue quien síndico a su hijo y que producto de ella, el acusado reconoció tal tenencia, por lo que mal puede haberse dejado noticia de haberse efectuado tal advertencia, siendo uno de los antecedentes que sirven de base para fundar la condena.

Artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, cual es el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, lo que recoge también el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tal contenido es acogido en el Código Procesal Penal al prevenir el derecho a guardar silencio como consecuencia de entenderse que el deber de probar asiste únicamente al acusador, lo que luego también hace el artículo 31 de la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal

Finalmente se acoge recurso por 373 letra b) del CPP, se dicta sentencia de reemplazo absolviendo al acusado por todos los cargos, al estimar que las sustancias encontradas en poder del imputado estarían destinadas al consumo personal y exclusivo, lo que no es punible, descartándose además que la droga fuera a poner en riesgo la salud pública o a ser distribuida, en razón de su cantidad y a la ausencia de elementos para dosificarla.

2.- Rol N° 75.670-2021. 16/03/2022. Acoge recurso de nulidad por causal de la letra f) del art. 374 CPP. Condena por tres delitos consumados de tortura artículo 150 A del CP, y dos delitos de apremios ilegítimos artículo 150 D del mismo Código. Principio de congruencia.

UNDÉCIMO:...No se trata, simplemente de establecer que los delitos que habría ejecutado Silva Reyes son constitutivos únicamente de apremios ilegítimos, sino que va más allá, pues lo relevante es cómo este cambio permite adecuar la estrategia defensiva, la que se construye sobre la precisa imputación de los acusadores y la mutación de los cargos, circunstancia que impiden a la imputada y su defensor enfrentar y cuestionar probatoriamente dicha alteración, lo que transgrede, en definitiva, el derecho a defensa, requisito sine qua non para asegurar un procedimiento justo en los términos del artículo 19, N° 3, inciso quinto, de la Constitución Política de la República.

3.- Rol 85832-2021. 20/04/22. Acoge. No se acreditó autorización judicial para la interceptación telefónica en investigación que tiene su origen la Ley del Sistema Nacional de Inteligencia.

CUARTO: Que, en lo que respecta a la protesta que en común hicieron valer los impugnantes, consistente en que la única vinculación de los imputados con los



hechos investigados tiene como único origen un oficio secreto enviado por la Jefatura Nacional de Inteligencia Policial de la Policía de Investigaciones, en el que se hace referencia a una autorización judicial supuestamente otorgado para interceptar las comunicaciones telefónicas del acusado, cuyo contenido y motivaciones se desconocen.

UNDÉCIMO: Que de acuerdo con lo antes expuesto y razonado, resulta evidente que la información de inteligencia puede ser incorporada a un proceso penal, en la medida que se cumpla con los requisitos que para ello exige la Ley N° 19.974, entre ellas –a la luz de lo preceptuado en sus artículos 24 y 25-, que en el procedimiento de obtención de información y de acceso a antecedentes relevantes contenidos en fuentes cerradas o que provienen de ellas, los directores o jefes de los organismos de inteligencia soliciten, personalmente o por intermedio de un funcionario de su dependencia expresamente facultado para ello, la autorización judicial correspondiente a un Ministro de aquella Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional se realizará la diligencia o donde se inicie la misma.

DÉCIMO TERCERO: Que de los antes narrado, se colige que en autos no se acreditó suficientemente la existencia de la autorización judicial para la interceptación telefónica llevada a efecto respecto del acusado, ya que sólo se cuenta con el contenido del oficio de la Jefatura Nacional de Inteligencia Policial de la Policía de Investigaciones -en que se dice que ello fue autorizado por un ministro de corte-, correspondiendo aquello a la mera afirmación del emisor del oficio, quien ni siquiera declaró como testigo en el juicio, estando habilitado para ello en cuanto, como lo ha sostenido esta Corte previamente –en el ya citado pronunciamiento Rol N° 16.687-2018, de fecha 20 de diciembre de 2018- el deber de reserva de los funcionarios de inteligencia que participaron en las diligencias respectivas, no les impide deponer en juicio porque de sostenerse lo contrario, se estaría sería interpretando erradamente la norma contenida en el artículo 38 de la Ley N° 19.974, en cuanto la misma no produciría efecto alguno, lo que por cierto se aleja del sentido y alcance de que la ha dotado el legislador.

4.-Rol N° 84.247-2021: Acoge 27/04/2022. Testigos protegidos. Se invalidan tanto la sentencia como el juicio oral y se retrotrae la causa al estado de realizarse nuevamente la audiencia de preparación de juicio oral, debiendo el Ministerio Público -previo a su realización-, proporcionar a la defensa la identidad de los testigos protegidos singularizados con los Nos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 en la acusación fiscal.

Explica que habiendo asumido las gestiones policiacas el funcionario Reyes Gutiérrez, comparecen espontáneamente a su presencia otros testigos, días después de haberse suscitado los hechos, absolutamente ausentes e ignorados en el padrón primigenio, quienes prestan testimonio ante su presencia y luego en sede de la Fiscalía, los cuales no fueron identificados de manera alguna,



asignándoles la Fiscalía meramente un número, sindicándolos como testigos números 1, 2, 3, 4, 5 y 6, en relación a los cuales, en momento alguno de la sustanciación se pudo tomar conocimiento de su verdadera identidad, reserva que se mantuvo hasta su comparecencia a estrados. Sin perjuicio de que los atestados de los referidos testigos se insertaron en la carpeta Fiscal y pudieron ser conocidos por la defensa, ellos emanaban en estricto rigor de personas desconocidas que se autoproclamaron como testigos del hecho, a pesar de no haberse incluido en la nómina de aquellos que fueron empadronados al inicio del despliegue policial, circunstancia singular que de manera evidente generó un grave perjuicio procesal, en atención a que no obstante que se conoció lo por ellos declarado, no es menos cierto que la imposibilidad de tener cabal noción de sus identidades, acorde a la teoría del caso enarbolada desde el apertura por la defensa, conocer sus identidades resultaba un factor trascendental.

El tribunal, como se ha indicado, dio por acreditada la intervención del enjuiciado haciendo exclusivamente hincapié en lo declarado por los testigos numerados.

Segundo: durante todo el transcurso de la pesquisa, desconociéndose su género, edad y nombres, circunstancia que no subsanó la Fiscalía a pesar de lo dictaminado en múltiples audiencias de cautela de garantías instadas al efecto, privándose de esta forma de la opción de contrastarlos o anexar prueba vinculada con un presunto pre establecimiento probatorio,

Noveno: Que el instituto de los testigos protegidos o con reserva de identidad se encuentra reglamentado en los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal, permitiendo la adopción de las medidas que las normas citadas contemplan “en casos graves y calificados...” por “ ... el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario”, normativa que tiene su correlato en cuerpos penales especiales como la Ley N° 18.314, en su artículo 15 y siguientes; o la Ley 20.000, en los artículos 30 a 35 y no se encuentra restringida sólo a la época de la investigación, sino que también puede extenderse a sus fases posteriores e incluso hasta después de su término, todo ello como expresión de la obligación del Ministerio Público – Estado- de proteger a víctimas y testigos. Así, entonces, admitida por el ordenamiento jurídico la posible colisión entre el derecho a la protección de testigos y el de la defensa, lo relevante a efectos de desentrañar una efectiva conculcación de los derechos del acusado radica en las motivaciones para conceder la protección solicitada. En la especie el tribunal en su considerando décimo, al hacerse cargo de la alegación de la defensa, da razones de carácter genérico, pero no se da cuenta de manera específica de los motivos que justificaban tal medida, ello es relevante, toda vez que el instituto de la reserva de identidad es de carácter excepcional, por lo que al limitar el derecho de defensa debe existir necesariamente una razón, infringiendo con ello el deber de fundamentación que exige el artículo 36 del Código Procesal Penal.

Así las cosas, la forma de protección de los testigos mediante su identificación con un simple número aparece como arbitraria, de modo que no puede



considerarse como un medio de prueba idóneo para fundar la participación del sentenciado.



Rol N° 9533-22

Santiago, uno de abril de dos mil veintidós.

Al escrito folio 21234-2022: a todo, téngase presente

Vistos y teniendo únicamente presente:

1°) Que resulta improcedente la imposición de manera anticipada de la medida cautelar de prisión preventiva respecto de un imputado que no se encuentra cumpliendo una condena, como ordena el inciso primero, del literal c), del artículo 141 de código adjetivo, ni tampoco concurre la situación prevista en el inciso segundo de la citada disposición.

2°) Que, en efecto, las medidas cautelares personales solo pueden decretarse en los casos que específicamente establece la ley procesal, teniendo un carácter excepcional, por lo que la interpretación de las normas que la regulan debe ser restrictiva.

3°) Que en el caso de marras, el amparado ya se encuentra sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva, por lo que una segunda medida cautelar de dicha entidad, ahora a propósito de una causa diversa, no puede ser impuesta de forma anticipada toda vez que no existe antecedente que permita suponer que, de dejarse sin efecto, no permanecerá en el lugar del juicio o se ausentará de los actos del procedimiento.

Y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 21 de la Carta Fundamental, **se revoca** la sentencia apelada de diecisiete de marzo del año en curso, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte N° 389-22, y en su lugar se declara que **se acoge** la acción constitucional intentada en favor de Jeyson Antonio Calderón Benavente y, consecuencialmente, se deja



sin efecto la medida cautelar de prisión preventiva decretada en carácter de anticipada a su respecto en la causa RIT N° 1275-2022; RUC N°2200116703-4, seguida ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Dahm y del Abogado Integrante Sr. Munita, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada en virtud de sus propios fundamentos.

Regístrese, comuníquese por la vía más expedita y devuélvase.

Rol N° 9533-22

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S. y los Abogados (as) Integrantes Diego Antonio Munita L., Pía Verena Tavolari G. Santiago, uno de abril de dos mil veintidós.

En Santiago, a uno de abril de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.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.



Rol N° 7.423-22

Santiago, quince de marzo de dos mil veintidós.

Al escrito folio 16328-2022: a todo, téngase presente.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos cuarto a sexto que se eliminan:

Y se tiene en su lugar, y además presente:

1º) Que, la defensa del amparado cuestiona que se haya rechazado por el Juzgado de Garantía de Puente Alto la solicitud de fijar audiencia con el fin de debatir sobre la determinación de un plazo de investigación.

2º) Que, en la audiencia de 13 de febrero del presente año se controló la detención y se formalizó investigación respecto del amparado por los delitos de amenazas y daños, decretándose a su respecto la medida cautelar de prohibición de acercarse a la víctima, contemplada en el artículo 155 letra g) del Código Procesal Penal, sin que se haya fijado un plazo de investigación.

3º) Que la negativa del tribunal recurrido a fijar audiencia de discusión de plazo judicial de investigación es ilegal, pues, como lo indica en artículo 234 del Código Procesal Penal, la determinación de un plazo judicial que restrinja el término legal para investigar tiene por objeto “cautelar las garantías de los intervinientes”, previo debate de los intervinientes, haciendo referencia a la audiencia de formalización de la investigación, pero ello no significa que es la única oportunidad para realizar esta petición, por cuanto este precepto se encuentra en consonancia con la garantía del debido proceso que importa ser juzgado dentro de un plazo razonable, cautela que puede revisarse en



cualquier etapa del procedimiento, atento a lo dispuesto en el artículo 10 del referido cuerpo legal, que otorga la facultar al juez de garantía de adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir el ejercicio de las garantías judiciales que contempla el ordenamiento jurídico.

Por estos fundamentos y conforme a lo previsto por el artículo 21 de la Carta Política, **se revoca** la sentencia de veinticuatro de febrero de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en el Ingreso Corte 69-2022, que rechazó el recurso de amparo interpuesto en favor de Maicol Eduardo Hernández Oporto, y en su lugar se declara que **se acoge** la acción constitucional de amparo interpuesta a su favor, en el sentido que el Juzgado de Garantía de Puente Alto deberá fijar audiencia a fin de que los intervinientes discutan sobre la solicitud de la defensa de determinar un plazo de investigación.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sr. Valderrama y Sra. Letelier, quienes fueron del parecer de confirmar la resolución apelada, teniendo únicamente presente que lo denunciado en el recurso no corresponde a alguno de los atentados contra la libertad personal o seguridad individual que se cautelan mediante la acción del artículo 21 de la Constitución Política de la República.

Comuníquese de inmediato por la vía más expedita, regístrese y devuélvase.



Rol N° 7.423-22.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los

Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. Santiago, quince de marzo de dos mil veintidós.

En Santiago, a quince de marzo de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.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.



N° 8.925-2022.

Santiago, veintiocho de marzo de dos mil veintidós.

A los escritos folios 20204-2022, 21630-2022, 21725-2022 y 21757-2022:
a todo, téngase presente.

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 la Resolución Exenta N° 5492/2021 de 27 de octubre de 2021 de la Subdirección Operativa de Gendarmería de Chile, ordena el traslado de al menos 60 internos del C.C.P. Alto Hospicio a otras unidades penales, fundándose en un plan de descongestionamiento implementado.

2°.- Que la facultad de la autoridad administrativa de Gendarmería de Chile para disponer el traslado de los condenados contemplada en el artículo 6, N° 12 de su Ley Orgánica y en el artículo 28 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios supone una ponderación de las circunstancias de hecho que conducen al ejercicio de esa prerrogativa, evaluación que pertenece a la motivación del acto administrativo, cuya ausencia contravendrá el principio de razonabilidad y devendrá por ello en ilegal. Tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad que se caracteriza por otorgar un margen de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una actuación que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6° de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas



las normas del texto constitucional, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal, a la seguridad individual y al debido proceso. La Constitución Política, en su artículo 19, N° 26, dispone que sólo una habilitación expresa de la ley puede autorizar una afectación en el ejercicio de derechos fundamentales y en tal caso, los hechos y fundamentos de derecho del acto de la autoridad que los limite, restrinja, prive, perturbe o amenace "deberán siempre expresarse", de acuerdo a lo que dispone el inciso segundo del artículo 11 de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos.

3°.- Que, asimismo, Gendarmería debe orientar su labor a la resocialización de los internos que tiene a su cuidado, lo que importa, en la medida de lo posible, llevar a cabo la privación de libertad respetando el arraigo del condenado a su lugar de residencia y el de sus familiares que pudieran contribuir a dicho fin, aspecto que en este caso debió ser sopesado pues su ficha indica un domicilio en Iquique, por lo que los motivos expuestos de manera genérica en la resolución administrativa en estudio que no aparecen de tal entidad para justificar el consiguiente desarraigo que el traslado conlleva.

4°.- Que, en este contexto, aparece que la medida de traslado es de carácter genérica y carece de motivos suficientes que la justifiquen, deficiencia que hace que aquella sea ilegal y, también, desproporcionada al ejecutarse considerando un traslado que supera los dos mil kilómetros, alejándose de lo dispuesto en el artículo 53 inciso segundo del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios que establece que *"En resguardo del derecho a visitas, los condenados deberán permanecer reclusos preferentemente cerca de su lugar habitual de residencia"*, frustrando toda posibilidad de resocialización y apoyo familiar, a lo que se suma que ello afecta también derechos relacionados al



debido proceso, como lo es el derecho a defensa en su modalidad de mantener la debida comunicación con la persona que la ejerza, considerados en el artículo 44 de dicho Reglamento al disponer que las comunicaciones entre el privado de libertad y su letrado no pueden suspenderse salvo que exista causa legal para ello.

5°.- Que, finalmente, Gendarmería no dio cumplimiento a lo que dispone el artículo 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en cuanto dispone que *“El régimen de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la ley procesal pertinente, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento”*.

En la especie, la medida impugnada evidentemente no se ajusta no solo a las disposiciones constitucionales, sino que además se aparta de tratados internacionales sobre derechos humanos. En particular, atenta contra la vinculación del amparado a su núcleo familiar y de la relación de aquellos con sus cercanos, trasgrediendo con ello el inciso segundo del artículo 1° de la Carta Fundamental, en cuanto se reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, su protección y fortalecimiento; y el artículo 9 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, en tanto dispone que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres, y respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo en ambos casos si ello es contrario al interés superior del niño. Tales derechos pueden verse conculcados en la especie, toda vez que de una parte no se ha



justificado que el traslado dispuesto sea necesario para garantizar la vida e integridad física o psíquica del amparado, de otros internos, o afecte de manera justificada el orden y seguridad del recinto — como exige el artículo 28 del reglamentos antes citado—; y de otra, porque las actuales restricciones derivadas de la sanitaria dificultan notablemente el traslado de la familia que hayan formado el recurrente a un recinto penitenciario localizado a miles de kilómetros de su domicilio, en otra región del país.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1° y 21 de la Constitución Política de la República; **se revoca** la sentencia apelada de once de marzo dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Iquique, en el Ingreso Corte N° Amparo 66-2022, y en su lugar se decide que se acoge el recurso de amparo deducido en favor del amparado **Jorge Antonio Mancilla Moraga**, solo en cuanto el señor Juez de Garantía deberá disponer, dentro del plazo de quinto día, de una audiencia a fin de resolver el traslado pedido por la defensa, debiendo Gendarmería de Chile informar sobre la factibilidad de traslado a un recinto penitenciario cercano a su domicilio.

Comuníquese inmediatamente lo resuelto, regístrese y devuélvase.

N° 8.925-2022.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. y Abogado Integrante Ricardo Alfredo Abuauad D. Santiago, veintiocho de marzo de dos mil veintidós.

En Santiago, a veintiocho de marzo de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente. Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la h



Rol N° 39.732-2021

Santiago, cuatro de abril de dos mil veintidós.

Vistos:

En estos antecedentes RUC 2000366566-7, RIT 14-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, por sentencia de uno de junio del año dos mil veintiuno, resolvió que:

I.- Se impone al adolescente infractor F.I.G.E. la sanción de quinientos cuarenta y un días de libertad asistida como autor de un delito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9 en relación al artículo 2 letra b) de la Ley N° 17.798, ocurrido el 30 de abril de 2020, en Melipilla.

II.- Se condena a Matías Amadil Aranda Cavieres como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en pequeñas cantidades, en grado consumado, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, al pago de una multa ascendente a cuatro unidades tributarias mensuales, la que se tiene por cumplida por los días que ha permanecido privado de libertad en razón de esta causa en arresto domiciliario nocturno, equivalente a doce días de privación de libertad, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, ocurrido en esta ciudad el 30 de abril de 2020.

III.- Se condena a Gonzalo Esteban Aranda Cavieres como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en pequeñas



cantidades, en grado consumado, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, al pago de una multa ascendente a cuatro unidades tributarias mensuales, la que se tiene por cumplida por los días que ha permanecido privado de libertad en razón de esta causa en prisión preventiva, equivalente a doce días de privación de libertad, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, ocurrido en esta ciudad el 30 de abril de 2020.

Las defensas de los sentenciados dedujeron recursos de nulidad contra la indicada sentencia, los que fueron admitidos a tramitación y se conocieron en la audiencia del día quince de marzo pasado, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en forma principal, el recurso impetrado por la defensa de Gonzalo Aranda Cavieres, se funda en la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, pues, a juicio del recurrente se infringieron los artículos 7 y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en relación a los artículos 329, 330 y 389 del Código Procesal Penal; artículos 8.2 letra f) y 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por cuanto al finalizar el testimonio del funcionario policial Claudio Jofré Cabrera, el tribunal procede a interrogarlo, haciéndole preguntas que exceden las prerrogativas del artículo 329 inciso cuarto del Código Procesal Penal, al no ser aclaratorias, realizando



preguntas sugestivas con una sola línea argumentativa, eminentemente de carácter incriminatorias en relación a su representado.

Agrega que la juez que efectuaba las interrogaciones, resuelve de plano y en forma unilateral la objeción planteada por la defensa al proceder del tribunal, sin que verbalmente se les pregunte la opinión de los otros jueces y menos que la expresen.

Precisa que en el caso concreto, la sentencia definitiva que se impugna ha sido dictada con vulneración del derecho a ser juzgado por un juez imparcial, transgrediéndose la esfera objetiva de este derecho al extralimitar sus facultades jurisdiccionales.

Indica que la trascendencia de la infracción resulta precisamente de la intervención de una de las juzgadoras, la que mejora la prueba del órgano encargado exclusivamente de la pesquisa criminal, entrometiéndose en el debido desarrollo del proceso, transgrediendo el principio de contradicción y, de paso, afectando su propia imparcialidad.

Termina solicitando se acoja el recurso, se anule la sentencia definitiva y el juicio oral, y se disponga la realización de un nuevo juicio por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

En subsidio, interpone la causal establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del citado código.



Señala que en la sentencia hay una ausencia de fundamentación del dictamen condenatorio, puesto que el tribunal no da razón suficiente y omite indicar el por qué le concede preeminencia a las versiones brindadas exclusivamente por testigos indirectos o de oídas por sobre las del acusado, en circunstancias que la de este último aparece corroborada por otras pruebas rendidas en el juicio y que resultan consistentes con ella.

Finaliza pidiendo se acoja el recurso por la causal subsidiaria invocada, ordenando la anulación de la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, y se sirva ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

SEGUNDO: Que la defensa del acusado Francisco Gutiérrez Espinoza, funda de manera principal su recurso en la causal prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por cuanto los funcionarios en el juicio señalan que al encontrar el arma, la madre del imputado manifiesta que no es de ella y que su hijo anda en malos pasos, reconociendo espontáneamente el acusado que el arma le pertenecía, sin embargo esas circunstancias no se registraron en los antecedentes que estaban en la investigación, por lo que la defensa en ese momento tomó conocimiento de ellos.

Precisa que lo sorpresivo de la información entregada por los funcionarios en el juicio, impidió a la defensa controvertirla y, lo más importante, imposibilitó solicitar se excluyese en la audiencia de preparación de juicio oral, pues los



funcionarios policiales participaron en el interrogatorio de un imputado adolescente, sin delegación del fiscal, y sin la presencia de su abogado defensor, y que habrían obtenido una declaración de su madre inculcando a su hijo, sin ser advertida de sus derechos.

Concluye solicitando se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia, y se proceda a excluir los testimonios de los funcionarios policiales Rodrigo Valdebenito Tudela, y Viviana Echeverría Mayea, se disponga la realización de un nuevo juicio por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

En subsidio, interpone la causal del artículo 374 letra e) en relación a los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, expresando que los jueces apreciaron de manera deficitaria la prueba rendida en el transcurso del juicio, no pudiendo estimarse superada la presunción de inocencia, pues se estableció la ocurrencia de un delito y se condenó a su representado, en función de apreciaciones que desde el punto de vista de reproducción del razonamiento no pueden dar una explicación, pudiendo efectuarse una valoración distinta.

Concluye pidiendo se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia, disponiéndose la realización de un nuevo juicio oral ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

TERCERO: Que el arbitrio impetrado por la defensa de Matías Aranda Cavieres se funda en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues el Tribunal Oral en lo Penal condenó al imputado obviando la exigencia de antijuricidad material en la conducta a la cual se busca atribuir



reproche penal, por cuanto no se estableció que su actuar configurara el delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes.

Explica que la tenencia en el dormitorio del acusado de 1,48 gramos de marihuana y 3,05 gramos de clorhidrato de cocaína, ambos pesos brutos, no es indicio suficiente para sostener que se está frente al delito de tráfico en pequeñas cantidades, pues para quien consume droga, es de toda lógica que dicha cantidad es para consumo próximo.

Precisa que para que el porte o posesión de una cantidad pequeña de estupefacientes logre configurar el tipo penal del artículo 4 de la Ley N° 20.000, es menester que ello se dé en un contexto en el que dicho porte o posesión sean en sí mismos indiciarios del propósito de comercializarla, reconociendo los testigos que no tenía pesa, papelillos, dinero u otros elementos para la dosificación, prescindiendo el Tribunal de un aspecto de la esencia del tipo penal.

Culmina pidiendo en el caso de acogerse el recurso, que el tribunal ad quem invalide aquella parte de la sentencia del juicio oral que condenó a su representado por el delito de tráfico en pequeñas cantidades del artículo 4 de la Ley N° 20.000, procediendo a dictar en forma inmediata pero por separado, sentencia de reemplazo, declarando que se le absuelve del delito mencionado.

CUARTO: Que de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, para acreditar las circunstancias constitutivas de las causales esgrimidas, las defensas de Gonzalo Aranda Cavieres y Francisco Gutiérrez Espinoza incorporaron como prueba pasajes de los registros de audio de declaraciones



prestadas por testigos y de documentos que se refieren al informe policial evacuado con motivo de la detención de los acusados y que contiene las deposiciones de los funcionarios policiales.

QUINTO: Que analizando la causal principal hecha valer por la defensa del acusado Aranda Cavieres, aparece que se objeta que se haya efectuado por el tribunal la interrogación de un testigo funcionario policial más allá de las atribuciones que la ley le confiere, recabando, bajo la fórmula de un verdadero interrogatorio, antecedentes suficientes para reafirmar la postura de los acusadores, todo ello en auxilio de la fiscalía, evidenciando un compromiso con la tesis acusadora que no es propio de la posición institucional que debe asumir el sentenciador frente al conflicto, lo que en concepto del recurrente vulnera las garantías constitucionales referidas a su derecho a un debido proceso, específicamente en lo que dice relación con la imparcialidad del tribunal.

SEXTO: Que tal como ha tenido oportunidad de señalar este tribunal en los ingresos N° 4954-08, N° 1414-09, N° 5922-2012 y N° 4909-2013, entre otros, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo legalmente tramitado, y el artículo 19 N° 3°, inciso sexto de esa Carta Fundamental, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso, se ha indicado que no hay discrepancias en aceptar que, a lo menos, lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución



Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y las leyes entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que se dicten veredictos motivados o fundados, etc.; en tanto que por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber: el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referido principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho delictivo, sin que otro poder del Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece involucrado el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente. Este interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye, por cierto, la promoción de la acción penal pública y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, de manera que no abandone su posición equidistante de las partes y desinteresada respecto del objeto de la causa.



En el aspecto que se analiza, no cabe duda que la concepción del proceso acusatorio como contienda que rige en el sistema procesal penal, da cuenta de la consagración de los valores democráticos de respeto a la persona del imputado y la presunción de inocencia que le ampara, la que se tutela mediante la asignación de la carga de la prueba sobre el acusador y la posibilidad que asiste a la defensa de refutar la imputación, para lo cual se le reconoce capacidad de contradicción en todo momento y en relación con cualquier acto probatorio, aspectos todos que plasman el reconocimiento procedimental de la igualdad de las partes ante el tribunal.

SÉPTIMO: Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, el motivo de invalidación que se propone asilado en tal causal requiere la infracción sustancial de derechos y garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales ratificados en Chile que se encuentren vigentes.

Al respecto, se ha fallado uniformemente que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrabe, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Además, la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso. Es así como la nulidad, en tanto constituye una sanción legal, supone



un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (SCS 2866-2013, 4909-2013 entre otras).

OCTAVO: Que en este mismo orden de lineamientos, acorde a lo propuesto por el compareciente, conviene destacar lo sostenido por Julio Maier, que señala que la palabra “juez” no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de “imparcial”. De otro modo, tal adjetivo integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto “juez”, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo (permanente o accidental) requiere. (Derecho Procesal Penal. Tomo I.

Fundamentos, Ediciones del Puerto s.r.l., 2002, 2ª edición, pág. 739)

NOVENO: Que, asimismo, a partir de una lectura armónica de diversas disposiciones del Código Procesal Penal pertinentes al punto (artículos 3, 12, 70, 77, 140, 151, 155, 166, 170, 180, 182, 183, 222, 276, , 292, 328, 329, entre otros) surge con nitidez que el tribunal del juicio oral en lo penal constituye un sujeto procesal que, en cuanto conductor del procedimiento desde una posición neutral, no tiene la calidad de interviniente y, por tanto, se encuentra impedido de actuar como sujeto productor de evidencia y, con mayor razón, de prueba en juicio. Es decir, sólo puede decretar y/o recibir las probanzas que hubiesen sido ofrecidas



y/o pedidas por los intervinientes, siendo la razón del veto a tal impulso o iniciativa probatoria el resguardo del deber de imparcialidad del juzgador -cuya contrapartida es un derecho para el imputado-, con lo cual, se garantiza, a su vez, el carácter adversarial del actual proceso penal, que es una manifestación del principio acusatorio que informa nuestro sistema.

DÉCIMO: Que, del mérito de los antecedentes entregados por los intervinientes al momento de la vista del recurso y luego de oída la prueba producida, resulta inconcuso que la actuación del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que ha sido reprochada, puso al acusado Gonzalo Aranda Cavieres en una situación desventajosa o desfavorable, ya que incorporó de oficio antecedentes que no fueron hechos valer por la parte acusadora en aval de su teoría del caso, como se advierte de las pistas de audio reproducidas, en las que se la escucha consultar sobre la descripción de las dependencias del inmueble donde ocurrieron los hechos, el lugar donde se encontró la sustancia estupefaciente, si se trataba de un dormitorio, insistiendo sobre el punto cuando el testigo dice que no recuerda cuantos dormitorios tiene el inmueble, elaborando una nueva línea de indagación al consultarle sobre lo que habitualmente usa para esclarecer el punto que, posteriormente, le permite en la sentencia recurrida acreditar los hechos descritos en la acusación efectuada por el Ministerio Público; formulando incluso preguntas sugestivas respecto del lugar donde acontecieron los hechos al funcionario policial, que pretenden evidenciar la aparente falta de credibilidad del acusado



Gonzalo Aranda Cavieres y de su hermano Matías Aranda Cavieres, labor que es propia de los intervinientes, en defensa de sus particulares intereses, pero no de un tribunal que debe aquilatar la credibilidad de la declaración del imputado en la sentencia sólo sobre la base de la información proporcionada por los intervinientes.

El tenor de tales indagaciones claramente exceden el ámbito excepcional que el artículo 329 del Código Procesal Penal permite para intervención de los jueces, al habilitarlos para formular preguntas al declarante con el fin de aclarar sus dichos, toda vez que el supuesto de la norma es que la prueba respectiva haya sido presentada por alguno de los intervinientes en la controversia, sin tener en su producción ninguna injerencia el tribunal ante el cual se rinde y, por otro lado, sus preguntas aclaratorias sólo se producen luego de ejecutado el examen y contraexamen pertinente, potestad que, sin lugar a dudas, en los casos que se decida ejercerla -como ya se ha tenido oportunidad de advertir-, deberá serlo con la mayor prudencia posible, recordando los jueces siempre que es función exclusiva de las partes incorporar la evidencia en juicio, y su deber el de mantenerse ajenos al debate.

UNDÉCIMO: Que, como ya se anticipó, esta Corte, luego de escuchar atentamente la prueba de audio ofrecida por la oponente y oída la intervención de uno de los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal respectivo, es dable concluir que ella se ha asemejado al examen que la ley sólo franquea al Ministerio Público, al querellante particular o a la defensa en su caso, lo que



evidencia que la referida intervención no fue dirigida a “aclarar” aspectos puntuales entregados por los deponentes, efectuando incluso preguntas sugestivas, por lo que significó en los hechos la producción de prueba por parte del tribunal, dado que la actividad desplegada no se ciñó precisamente a “disipar, quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo”, (acepción de “aclarar”, según la Real Academia de la Lengua Española) ni procedió a hacer perceptibles, manifiestos, inteligibles temas ya introducidos, sino que se propuso derechamente obtenerlos por sí misma, para así apoyar su decisión, aspectos que sin duda van más allá de la claridad del examen y contra examen a los testigos, conclusión que permite que el presente reclamo pueda prosperar.

DUODÉCIMO: Que, de este modo, ha resultado agravante para el debido proceso que el tribunal concurriera a suplir o corregir eventuales deficiencias del acusador, sumando a su cometido de órgano jurisdiccional objetivo e imparcial, una actividad ajena al mismo, particularmente cuando se trata de la incorporación de oficio de información que debió ser producida legalmente en el proceso por quien pretende servirse de ella. Emerge así una especie de “subsidio procesal” brindado por el juez en beneficio de la posición de una de las partes, pues suple las omisiones de ella, conducta totalmente contraria a la garantía de la imparcialidad del juzgador, y que en los hechos priva a aquel que queda en situación desventajosa de la igualdad de armas, producto de las indagaciones de oficio y de resolver en base a ellas.



DÉCIMO TERCERO: Que el registro de audio deja de manifiesto que la objeción de la defensa es real, porque han olvidado los sentenciadores que sus dudas debían ser satisfechas por las partes, de suerte que de subsistir cualquiera dificultad o de haberse verificado alguna inexactitud, el tribunal pregunte a los mismos comparecientes en la audiencia, sobre lo que le ha resultado oscuro o desconocido, fórmula de llevar adelante la audiencia que es manifestación del principio contradictorio que rige en el sistema procesal penal y que constituye un elemento del debido proceso, por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a su iniciativa probatoria, de modo que su transgresión afecta el principio de contradicción y, de paso, compromete su propia imparcialidad, lo que no puede ser tolerado.

DÉCIMO CUARTO: Que, como se ha analizado hasta aquí, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla incurrió en una violación de las garantías constitucionales que aseguran el respeto al debido proceso, sin que pueda determinarse qué prueba, si la de las partes o la obtenida por el tribunal, permitió arribar a la determinación final, todo lo cual configura la causal propuesta en autos, vicio que aparece revestido de la relevancia necesaria para acoger el remedio procesal sustentado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que sólo es reparable por la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia objetada.

DÉCIMO QUINTO: Que en lo que respecta a la causal principal interpuesta por la defensa de Gutiérrez Espinoza, basada en la causal



contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, se funda en la falta de registro de actuaciones efectuadas por los funcionarios policiales y en la omisión de las advertencias contempladas en la ley previas a prestar cualquier tipo de declaración respecto del imputado y su madre.

DÉCIMO SEXTO: Que, como se advierte, la causal principal invocada por el recurso de Gutiérrez Espinoza denuncia la configuración de la hipótesis de nulidad fundada en el agravio a la garantía constitucional del debido proceso, por no respetar que la decisión fuera fundada en prueba obtenida y producida de conformidad a la ley.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que de la propia declaración de uno de los funcionarios policiales que intervino en el procedimiento policial que culminó con la detención de Gutiérrez Espinoza, aparece que los policías cuestionados omitieron dar cumplimiento a la obligación de registro que los grava, de acuerdo a lo que impone el artículo 228 del Código Procesal Penal, toda vez que reconoció que se les olvidó “dejar constancia” de lo expresado por el imputado y su madre, limitándose a señalar que fue un descuido por la premura en efectuar el informe y que existen detalles de los que a veces no se deja constancia por la gran cantidad de información que deben consignar, respuesta claramente insuficiente para demostrar el cumplimiento de la obligación funcionaria que les afecta.

Dicha situación, entonces, no sólo infringe sus propias obligaciones funcionarias, sino que además vicia de ilegalidad el procedimiento adoptado, ya



que el solo hallazgo del arma de fuego en dependencias de un inmueble que es habitado por varias personas, dos de ellas adultas, no habilita para la detención del adolescente.

DÉCIMO OCTAVO: Que en lo concerniente a la omisión por parte de los funcionarios policiales de advertir a la madre del imputado de la facultad de no declarar establecida en el artículo 302 del Código Procesal Penal, asentada en la existencia de esa relación de parentesco con el acusado, que es uno de los fundamentos de la causal en análisis, cabe indicar que el propio funcionario policial es quien reconoce haber omitido señalar en el informe y sus anexos la circunstancia que aquella fue quien síndico a su hijo y que producto de ella, el acusado reconoció tal tenencia, por lo que mal puede haberse dejado noticia de haberse efectuado tal advertencia, siendo uno de los antecedentes que sirven de base para fundar la condena, según se lee de los motivos décimo y décimo tercero de la sentencia impugnada, por lo que aparece que tal información resulta trascendente para obtener la decisión de condena del adolescente Gutiérrez Espinoza.

DÉCIMO NOVENO: Que por último, en relación al deber de no afectar el derecho a la prohibición de no autoincriminación que también se esgrime como sustento de la causal principal de nulidad, es del caso traer a colación la premisa básica prevista en el artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, cual es el derecho a no ser obligado a declarar contra sí



mismo ni a declararse culpable, lo que recoge también el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tal contenido es acogido en el Código Procesal Penal al prevenir el derecho a guardar silencio como consecuencia de entenderse que el deber de probar asiste únicamente al acusador, lo que luego también hace el artículo 31 de la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, que reza: "Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas. La audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación. El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad".

Esta última norma, entonces, solo previene condiciones particulares para el procesamiento de adolescentes que se explican por tratarse de personas en desarrollo que requieren de un sistema legal que garantice una reacción penal adecuada a su condición que no les permite tomar decisiones con entera libertad ni comprender necesariamente las consecuencias procesales de las mismas, sobre todo cuando se ven enfrentados a persecución penal. La norma legal refuerza la garantía del debido proceso en su variante de la legalidad del



procedimiento, en cuanto previene que el adolescente únicamente puede prestar declaración ante el Fiscal y en presencia de un defensor, ciertamente porque, cual ocurre según la regla general ya referida, habrá de declarar por interés propio. De allí que la participación del abogado defensor será indispensable en cualquier actuación que se requiera al adolescente y que exceda la mera acreditación de su identidad, cual no es lo que aconteció, pues al momento de la detención el joven, sin ninguna advertencia y luego de escuchar la incriminación de su madre, expresó que el arma le pertenecía.

Desde otro punto de observación, la actuación policial también generó indebidamente la autoincriminación del adolescente que recurre, al ignorar los aprehensores la pertinencia de la norma procesal antes transcrita, que les prohíbe todo interrogatorio que sobrepase la identificación personal cuando, como es el caso, se trata de imputados adolescentes.

En tales circunstancias, es evidente la falta de adecuación del procedimiento policial a la ley que lo regula, pues sólo correspondía obrar del modo que la propia ley previene, esto es mediante el interrogatorio del Fiscal y en presencia de un abogado defensor.

VIGÉSIMO: Que los hechos ya referidos, desarrollados con ilegalidad según ha sido explicado, también importan transgresiones a la garantía constitucional del debido proceso, en cuanto esta comprende la legalidad del procedimiento. Ya ha sido declarado en esta sentencia que el interrogatorio al menor fue ejecutado con transgresión a la norma del artículo 31 de la Ley N°



20.084, que previene formalidades para tal diligencia. Dicha situación además vulnera la legalidad en cuanto condujo a una probanza obtenida al margen de las normas del proceso: la declaración del imputado en cuanto a su relación con el arma de fuego encontrada, pues la Policía estaba impedida de interrogarlo de la manera que lo hizo, en ausencia del Fiscal y del Defensor de la adolescente, tanto porque se contradecía la norma de procedimiento cuanto porque la inobservancia permitió la autoincriminación del adolescente. Tal hecho, entonces, es ilegal por todos estos motivos, y desconoce la mencionada garantía constitucional de debido proceso en su aspecto legalidad del procedimiento, conforme se ha venido razonando.

Finalmente, tal transgresión a dichos aspectos de la garantía constitucional de un racional y justo procedimiento es de carácter sustancial, porque de la lectura del fallo impugnado deriva que aquel antecedente permitió al acusador sostener los cargos y obtener sentencia condenatoria, por lo que es claro que tales circunstancias quedan subsumidas en la exigencia de trascendencia que fórmula la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que la premisa en que se sustenta la causal impetrada por el sentenciado Matías Aranda Cavieres es que en la audiencia de juicio oral no se logró acreditar los supuestos fácticos del delito de tráfico de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades que describe y castiga el artículo 4 de la Ley N° 20.000, como quiera que éste se enmarca,



indefectiblemente, en una intencionalidad de comerciar, de traficar, de enajenar el psicotrópico de que se trata, actitud que en el caso de Aranda no habría sido establecida.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que en esta materia la sentencia afirma en su considerando undécimo que *"se encuentran acreditados con la prueba rendida en juicio, referida latamente y del análisis coherente de las probanzas rendidas se concluye, sin lugar a dudas, que se trata de un delito de tráfico de sustancias ilícitas porque se probó que los acusados mantenían en su poder sin contar con las autorizaciones legales sustancia estupefaciente, por lo demás, cabe tener presente, que en nuestro país no existe ninguna persona natural o jurídica autorizada para portar, guardar, mantener, distribuir o vender tales sustancias ilícitas y las importaciones son autorizadas por el Instituto de Salud Pública con fines estrictamente analíticos y excepcionalmente con fines científicos, tal como lo indican los informes sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo. El delito de tráfico de drogas no sólo se limita a la venta de drogas, como erradamente se sostiene por algunas defensas, la venta es una forma de comisión del delito, pero no la única, por eso, no obstante, no existir pesas, papellitos, dinero u otros elementos para la dosificación, no significa que no se esté frente a un delito de tráfico de drogas, basta que se pruebe que una persona posea, guarde o transporte droga sin las autorizaciones legales."* Para luego afirmar en el motivo décimo tercero que *"la defensa de Matías Aranda Cavieres sostuvo que su representado debía ser absuelto porque la cantidad que se le*



encontró es propia de un consumo privado, asegurando que probó el consumo de su defendido con los dichos de la testigo Gloria Carreño, quien precisó en estrados que por cahuines sabía que Matías consumía, nunca lo vio ni menos sabe cuánto consume. La sola utilización de la expresión cahuín por parte de la testigo, resta valor a sus dichos porque el significado de la palabra, según el diccionario de la RAE, edición del tricentenario, actualización 2020, “cahuín: 1. m. coloq. Chile. intriga (|| enredo). 2. m. coloq. Chile. Situación confusa. Es decir, no hay certeza, unido a la falta de otros antecedentes, no siendo, por cierto, suficiente que el acusado haya dicho que se encontraba internado en un centro de rehabilitación hace 4 días, no existe informe médico o del encargado del lugar, ni siquiera hay indicios físicos en el acusado que den cuenta de un consumo. La falta de elementos indiciarios de la venta de tráfico fue analizada al momento de referirnos a la calificación jurídica del delito.”

VIGÉSIMO TERCERO: Que conforme a su propio intitulado, la Ley 20.000 sanciona "el tráfico ilícito" de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

En general, su articulado revela la manifiesta intención de prohibir y, en su caso, castigar, los intentos de trascendencia de la vinculación que cualquiera tenga con psicotrópicos.

Para el derecho sancionatorio relativo a drogas, la alteridad es un baluarte insustituible. Se pune en la medida que ello alcanza o afecta a otro.

Es por eso que el artículo 3 de la preceptiva en análisis consigna que las penas que establece el artículo 1 se aplican, también, a quienes "trafiquen" con



tales sustancias y a los que, por cualquier medio "induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias." No hace falta hurgar en el significado del verbo traficar para inferir su natural trascendencia; no se trafica consigo mismo. Al mismo tiempo, no presenta mayor dificultad la inteligencia de las formas verbales "inducir", "promover" o "facilitar" el uso o consumo de los elementos cuestionados.

En suma, siempre el legislador está avizorando el resultado perverso del que incurre en la mala y delictiva práctica de comercializar droga para un uso o consumo no legitimados terapéuticamente.

VIGÉSIMO CUARTO: Que lo anterior explica la redacción conferida al artículo 4 de la ley, que el fallo impugnado considera se ha configurado en el comportamiento de Matías Aranda Cavieres.

La figura atiende a aquel que no obstante carecer de autorización, posee, transporta, guarda o porta pequeñas cantidades de droga.

El tipo penal se encuentra ya descrito en el inciso segundo del artículo 3 pero, a diferencia del 4, en aquél no se discrimina cantidad. Entonces, el legislador se vio enfrentado a la posibilidad real de ocurrencia de personas que poseyesen o portasen pequeñas cantidades de droga con la única intención de usarla o consumirla ellas mismas en un tiempo próximo, lo que abrió la disyuntiva que aquí atañe.

Por algo el texto de la ley, en el inciso segundo y en el tercero de los artículos 3 y 4, respectivamente, comienza con las palabras "Se entenderá", lo



que constituye una ficción que, por su naturaleza de tal, es análoga con una especie de presunción; la convención social contenida en el mandato legislativo señaló que no obstante por sí mismo no estar vedado, se entenderá, se asumirá, se considerará, que lo está.

VIGÉSIMO QUINTO: Que siendo así, el legislador hubo de estatuir lo que caía por su propio peso, al enseñar en dicho inciso final del artículo 4 que no puede entenderse que hay “uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo... cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.”

Para que el porte o posesión de una cantidad pequeña de estupefaciente logre configurar el tipo penal del comentado artículo 4, es menester que ello se dé en un contexto circunstancial en el que dicho porte o posesión sean en sí mismos indiciarios del propósito comercializador.

En este sentido la Corte no puede hacer suyo el criterio plasmado en la sentencia atacada, en orden a que el portar y poseer gocen de un rango de auto suficiencia para acreditar el ilícito, lo que queda reiteradamente manifestado en la sentencia, para la cual basta que ellos queden acreditados, sin que sea necesaria la transferencia intentada o consumada.

VIGÉSIMO SEXTO: Que una primera idea que surge en torno al tema es que la resolución que se objeta dejó establecido que en poder de Matías Aranda Cavieres se halló 1,48 gramos de marihuana y 3,05 gramos de clorhidrato de cocaína, ambos pesos brutos.



Una segunda idea es que, concluido como lo habían dejado los juzgadores, que bastaba el hecho del porte y la posesión para configurar, desde luego, el tipo penal del artículo 4, no necesitaron escudriñar mayormente en lo que exige el epílogo de ese precepto, a saber, si comparecían indicios suficientes para inferir el propósito traficante.

No obstante, ya en los alegatos de apertura la defensa de Matías Aranda Cavieres había dado a conocer al tribunal su condición de consumidor y la inexistencia de otras evidencias que dieran cuenta de alguna actividad de venta de droga, argumentos que reprodujo en la clausura, los que el tribunal desechó.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que de los considerados undécimo y décimo tercero, se constata que el fallo no se hace cargo, con el rigor que exige el juicio condenatorio, de lo que el acusado y su defensa, señalaron en torno a la tesis del consumo personal y próximo en el tiempo y a la inexistencia de evidencias que permitan sospechar de la actividad de comercialización de droga. En el razonamiento undécimo de la sentencia se afirma que la inexistencia de pesas, papelillos, dinero u otros elementos para la dosificación, no significa que no se esté frente a un delito de tráfico de drogas, pues basta que se acredite que una persona posea, guarde o transporte droga sin las autorizaciones legales para que se configure el delito.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que como puede apreciarse, la resolución en alzada prescindió de un aspecto de la esencia del tipo penal, como lo es el descarte de que el porte y posesión de tan exigua muestra de cannabis sativa y



clorhidrato de cocaína, atendido su contexto circunstancial, hayan sido indiciarios del propósito de traficar, que es, como se dijo, el leit motiv de la Ley N° 20.000 con miras al resguardo de la salud pública.

De esta manera, se ha infringido dicho artículo 4, por habérselo aplicado a los hechos del fallo ya reseñados, sin estricta sujeción a su contenido substantivo, lo que conduce a la Corte a acceder al resorte invalidatorio en estudio.

VIGÉSIMO NOVENO: Que conforme lo señalado resulta innecesario pronunciarse respecto de las causales subsidiarias esgrimidas en los recursos interpuestos por las defensas de Gonzalo Aranda Cavieres y Francisco Gutiérrez Espinoza.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letras a) y b), 376, 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que:

I.- Se acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Gonzalo Esteban Aranda Cavieres y en consecuencia, se invalida la sentencia de uno de junio de dos mil veintiuno y el juicio oral que le antecedió, en el proceso RIT N° 14-2021, RUC N° 2000366566-7, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado.

II.- Se acoge el recurso de nulidad promovido por la defensa del imputado Francisco Ignacio Gutiérrez Espinoza y, en consecuencia, se anula la sentencia de uno de junio de dos mil veintiuno, pronunciada en la causa RUC N°



20003665667, RIT N° 14-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, y se invalida, asimismo, el juicio oral que le sirvió de antecedente, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse un nuevo juicio ante el tribunal no inhabilitado que corresponda, excluyéndose del auto de apertura del juicio los testigos funcionarios policiales Rodrigo Valdebenito Tudela y Viviana Echeverría

Mayea.

III.- Se acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Matías Amadil Aranda Cavieres y, en consecuencia, se anula la sentencia de uno de junio de dos mil veintiuno y el juicio oral que le antecedió, en la causa RUC 2000366566-7, RIT 14-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, por lo que se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Acordado con el voto en contra de los Ministros señor Valderrama y señora Letelier, quienes estuvieron por rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de Matías Aranda Cavieres fundado en la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por las siguientes consideraciones:

1º) Que, en cuanto a la causal invocada por el imputado Matías Aranda Cavieres en cuanto a la aseveración de ser el acusado consumidor de sustancias estupefacientes necesariamente ha de asimilarse a la demostración, mediante la prueba de descargo que se rinda en la audiencia, de la alegación concreta de esa clase de uso. Lo contrario, esto es, la determinación de su concurrencia sin



antecedentes que la evidencien, no está permitido a los sentenciadores del tribunal oral en lo penal que, insertos en un sistema adversarial, deben atenerse, para resolver la imputación efectuada por el Ministerio Público, a las alegaciones efectivamente realizadas en el proceso y a la evidencia rendida, que debe estudiarse conforme ordena el artículo 297 del Código Procesal Penal.

2° Que en el caso concreto, resulta que el acusado alegó un uso personal exclusivo y próximo en el tiempo. Esta alegación fue explicada mediante su declaración en juicio como medio de defensa y la declaración de una testigo, vecina del imputado, quien afirma, entre otras cosas, que nunca lo vio consumir, más no fueron acompañadas de otra actividad probatoria que sustente tales asertos, tal como indica la sentencia recurrida en su motivo décimo tercero. En esas circunstancias, y conforme con lo que se ha ido señalando, no puede estimarse suficiente para justificar el consumo de las sustancias encontradas en su poder, la mera afirmación de tal circunstancia, hecha en el contexto de la teoría del caso de la defensa, pero desprovista de evidencias que confirmen dicha aseveración. A esto cabe añadir que, conforme fue asentado por los sentenciadores, el contexto en que el acusado fue detenido y la cantidad de droga encontrada en su poder, permiten descartar tal alegación, así como estimar que por el hecho de encontrarse en su poder las sustancias estupefaciente sin contar con autorización para ello, era suficiente para acreditar la existencia del delito, más aún, si se considera que no fue acreditada la circunstancia que el acusado presentara un consumo problemático.



Regístrese y devuélvanse.

Redacción a cargo del Ministro señor Dahm y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 39.732-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. Santiago, cuatro de abril de dos mil veintidós.

En Santiago, a cuatro de abril de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente. Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta



Rol N° 39.732-2021 Sentencia de reemplazo

Santiago, a cuatro de abril de dos mil veintidós.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de nulidad que precede y lo estatuido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

De la sentencia de uno de junio de dos mil veintiuno pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Quillota, se mantiene su parte expositiva y sus considerandos primero a décimo, eliminándose todo lo demás, y de la sentencia de nulidad se reproducen los motivos vigésimo segundo a vigésimo séptimo.

Y considerando:

1º) Que aun cuando se ha demostrado que el acusado Matías Amadil Aranda Cavieres, careciendo de la debida autorización, mantenía en su poder 1,48 gramos de marihuana y 3,05 gramos de clorhidrato de cocaína, ambos pesos brutos, la conducta del imputado no puede ser calificada aisladamente sin considerar el lugar en que fue encontrada (dormitorio) y sin que existieran otros elementos que sean empleados para su dosificación, así como la cantidad de la misma.

2º) Que de ese modo, el consumo que se haría de la droga debe calificarse como uno de carácter “personal exclusivo”, sin poner en riesgo a una cantidad indeterminada o al menos considerable de



individuos, como tampoco a la distribución descontrolada de la sustancia en cuestión.

3°) Que encontrándose justificado en estos autos que el acusado tenía las sustancias estupefacientes para ser consumida por él, no se puso en riesgo el bien jurídico protegido por el artículo 4 de la Ley N° 20.000.

4°) Que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 2, 14, 15 y 16 del Código Penal; 1 y 4 de la Ley N° 20.000; 48, 373 letra b) y 385 del Código Procesal Penal, se declara que:

I.- Se absuelve a Matías Amadil Aranda Cavieres de la acusación que le fuera formulada por el Ministerio Público de ser autor del delito de tráfico de sustancias estupefacientes en pequeñas



cantidades, previsto y sancionado en los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000.

II.- Se exime del pago de las costas al Ministerio Público por estimar que tuvo razones plausibles para someter a enjuiciamiento al acusado.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señor Valderrama y señora Letelier, quienes en consideración a lo expuesto en su disidencia del fallo de nulidad, estuvieron por sancionar al imputado Matías Amadil Aranda Cavieres como autor del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, en la forma que lo hace el fallo impugnado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Dahm y de la disidencia, sus autores.

N° 39.732-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. Santiago, cuatro de abril de dos mil veintidós.

En Santiago, a cuatro de abril de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente. Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta



Rol N° 75.670-2021

Santiago, dieciséis de marzo de dos mil veintidós.

VISTOS:

En los antecedentes RUC N° **1900684927-2**, RIT N° **266-2021**, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, se dictó sentencia el catorce de septiembre de dos mil veintiuno, por la que se condenó a la acusada **Jacqueline Margaret Silva Reyes**, a sufrir una pena única de doce años de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales, por su responsabilidad como autora de **tres delitos consumados de tortura**, previsto y sancionado en el artículo 150 A del Código Penal, cometidos el día 20 de junio de 2019 en la avanzada aduanera del Río Loa, en las personas de María Figueredo, Galia Pérez y Teodora Colque; y como autora de **dos delitos de apremios ilegítimos**, previstos en el artículo 150 D del mismo Código, cometidos el día 23 de agosto de 2019 en la misma avanzada aduanera, en perjuicio de Nile Mocho Quispe y Dionicia Mamani Laura.

El citado fallo, dispuso el cumplimiento efectivo de la sanción corporal impuesta.

En contra de esa decisión, la defensa de la sentenciada interpuso recurso de nulidad, el que fue conocido en la audiencia pública de diecisiete de febrero del actual, disponiéndose *-luego de la vista-* la notificación del presente fallo vía



correo electrónico a los intervinientes, según consta del acta levantada en su oportunidad.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en el recurso de nulidad en estudio se invoca como causal principal, la contenida en el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, por cuanto estima que durante el juicio y la dictación de la sentencia se ha infringido sustancialmente el derecho fundamental de su representada al debido proceso, desde que la defensa se vio impedida de rendir prueba sobre prueba, en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 336 del Código Procesal Penal, tendientes a desvirtuar la veracidad, autenticidad e integridad del informe pericial presentado por la perito químico Carolina Pinto Infante, alegación que formaba parte central de la teoría del caso de la defensa, particularmente sobre el punto referido a haberse encontrado material genético combinado de las tres supuestas víctimas de tortura en el cuerpo de la manguera, objeto material con que se habrían cometido los delitos de tortura, pero no en sus extremos, particularmente aquél por donde sale el agua, en circunstancia que éste fue el que habría sido introducido en el cuerpo de las víctimas de ese ilícito.

No obstante lo anterior, el tribunal rechazó el incidente en atención a que la perito ya no se encontraba en las dependencias del Tribunal, resolviendo en virtud de una suerte de preclusión temporal para contra examinar, en circunstancias que el juicio oral aún continuaba, infringiéndose con ello la



garantía fundamental de la acusada a un juicio racional y justo, en su componente de poder presentar evidencia de descargo pertinente, negándosele el derecho a confrontar la prueba de cargo, con otras que la defensa sólo pudo obtener luego de escuchar el informe pericial antes aludido, vicio que resultó trascendente y determinante, por cuanto el tribunal formó convicción de condena teniendo en consideración la prueba pericial antedicha.

En un segundo apartado, denuncia que la garantía fundamental al debido proceso también fue infringida, al haberse liberado la carga probatoria de los acusadores, trasgrediendo con ello la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, al haberse empleado una presunción general de dolo al momento de dictarse la sentencia contra la que recurre.

Sobre el particular, asegura que el Tribunal de Juicio Oral de Iquique, para fundar su decisión de condena, debió adecuar los hechos objeto de la acusación, particularmente en lo referente al dolo y la finalidad delictiva necesarios para configurar los ilícitos de tortura y de apremios ilegítimos, incorporando un elemento de hecho nuevo, que no emanó de la evidencia ofertada, y que consistió en atribuir a la acusada la intención de haber realizado los hechos para lograr obtener reconocimientos en su hoja de vida funcionaria.

Agrega que la decisión de condenar a su defendida como autora del delito de torturas, parte del supuesto de haberse acreditado el dolo específico y la voluntad interna intensificada de la acusada para realizar las conductas que le fueron atribuidas en la acusación, estimando concurrente una presunción



general de dolo, al inferir indebidamente que la actividad fiscalizadora que ejercía habría incurrido en actos propios de torturas y apremios ilegítimos para obtener reconocimiento en su hoja de vida y para obtener evidencia o confesiones de sus víctimas, estableciéndolo como hechos probados, liberando para ello de la carga probatoria a los acusadores al aplicar una presunción general del dolo y dándoles ventajas en perjuicio de la sentenciada.

Solicita, se anule la sentencia definitiva y el juicio oral, y se ordene la realización de un nuevo juicio oral ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

SEGUNDO: Que, en subsidio, la defensa de la encartada invoca la causal del artículo 374, letras f) y e), del Código Procesal Penal, desde que, por una parte, se ha infringido el principio de congruencia y, por otra, no se ha dado cumplimiento a los requisitos previstos en la ley procesal para la dictación de la sentencia.

En cuanto a la infracción al principio de congruencia alegada, explica que la decisión de condena se basó en hechos o circunstancias no contenidos en la acusación fiscal y particular, excediendo la decisión de condena de ese marco factual y extendiéndolos a hechos distintos, vulnerando con ello lo previsto en los artículos 340 y 341 del Código Procesal Penal. Asegura que la sentencia, al tratar de explicar y justificar cómo es que se había logrado convicción sobre el aspecto “voluntad” del tipo penal subjetivo de torturas y de apremios ilegítimos, introduce un hecho que no fue materia de la acusación presentada por el Ministerio Público



y por el querellante particular, infringiendo con ello el principio de congruencia en los términos ya expresados respecto a la causa de nulidad principal.

Además, denuncia que la sentencia adolece en su dictación de los requisitos previstos en el artículo 342 del Código Procesal Penal, al no señalar cuáles son los medios de prueba de los cuales los sentenciadores infieren el dolo directo específico que se requiere para tener por configurados los tipos penales por los cuales su defendida resultó condenada, sin que se haya expresado de manera clara, lógica y completa cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados.

Solicita, se acoja el recurso, se anule el juicio oral y la sentencia dictada, disponiéndose la realización de uno nuevo ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

TERCERO: Que, previo al análisis de los motivos de nulidad ya reseñados, es preciso señalar que el hecho que se ha tenido por establecido por los sentenciadores del grado, en el motivo duodécimo de la sentencia que se impugna, son los siguientes:

I. Hechos del día 20 de junio de 2019 (relacionados con los delitos de tortura).

1.- Que cerca de las 11:00 horas del día 20 de junio de 2019, en la avanzada aduanera del Río Loa, durante la fiscalización de un bus de la empresa Ciktur con itinerario Iquique a Santiago, los funcionarios del Servicio Nacional de Aduanas, SNA, Jacqueline Silva Reyes y Eduardo Carrasco Lillo seleccionaron,



entre otros, a la pasajera de nacionalidad boliviana Maria Figueredo Figueredo, y la llevaron a la sala de revisión informándole el motivo de la fiscalización, y al pedirle Silva Reyes que se bajara la ropa, fue sorprendida portando en sus piernas un paquete con 262,5 gramos de cocaína, según arrojó la prueba de campo, adicionando que portaba otras porciones dentro de su ano, introducidas vía rectal, para transportarlos hasta la ciudad de Santiago, procediendo la funcionaria a extraerle el paquete, posteriormente la llevó a otro cuarto, la hizo desvestirse, le pidió abrir las piernas y le introdujo los dedos en la vagina, luego la llevó al baño donde la hizo sentarse en un balde, expulsando algunos ovoides, y al no poder evacuar el resto, la fiscalizadora la hizo inclinarse hacia adelante y le introdujo la manguera de la ducha por el recto, dando el agua, cuya presión la hizo evacuar otros ovoides, posteriormente y con el mismo fin, la funcionaria volvió a introducirle la manguera por el recto, y al pedirle María que parara porque le dolía el estómago, le indicó que aguantara, y al terminar, le ordenó lavar los ovoides y vestirse.

2. Que en la misma fecha y lugar, pero cerca de las 15:15 horas, la acusada controló a la pasajera de nacionalidad boliviana Galia Pérez Romero que viajaba en un bus interurbano que se dirigía de Iquique a Santiago, llevándola a la caseta de revisión, donde luego de preguntarle si portaba droga, le tocó el estómago, y posteriormente volvió a revisarla en otro cuarto haciendo que se desvistiera, que se recostara sobre una mesa, que abriera sus piernas, y colocándose guantes, le tocó el estómago y le introdujo los dedos en su vagina



y en el ano, resultando con trauma vaginal, percibiendo que portaba ovoides dentro de su organismo, llevándola al baño, haciéndola sentarse en un balde para que evacuara los ovoides, y como no pudo, la funcionaria le introdujo una manguera de ducha en su ano sin su parte superior, dando el agua, siendo llamada en ese instante por alguien desde el exterior, logrando la fiscalizada evacuar algunos ovoides.

3.- Que en la misma oportunidad, la acusada controló a la pasajera de nacionalidad boliviana que se presentó como Ana Claros Saavedra, siendo su nombre real Teodora Colque Meza, la que viajaba en el mismo bus interurbano que se dirigía de Iquique a Santiago, a quien ingresó a un cuarto donde le apretó el estómago, la hizo quietarse sus prendas de vestir inferiores, recostarse sobre una mesa, y abrir las piernas, y usando guantes le introdujo sus dedos en la vagina, resultando con una lesión en el área genital. y a continuación la llevó al baño, donde la hizo inclinarse sobre el piso en posición cuatro, introduciéndole una manguera por el recto, dando el agua, lo que le provocó un fuerte dolor, logrando que expulsara en un balde parte de los ovoides con droga que llevaba ingeridos, operación que repitió, cambiándola a la posición de espaldas en el suelo con las piernas abiertas, donde volvió a introducirle la manguera por el ano dando el agua, expulsando la afectada otros adminículos de los señalados.

II. Hechos del día 23 de agosto de 2019 (relacionados con los delitos de apremios ilegítimos).



1.- Que cerca de la una de la madrugada del día 23 de agosto de 2019, en la avanzada aduanera del Río Loa, durante la fiscalización de un bus de la empresa Expreso Norte de itinerario Arica-Santiago, los funcionarios del Servicio Nacional de Aduanas, SNA, Jacqueline Silva Reyes y Segismundo Jara Fernández seleccionaron, entre otros, a la pasajera de nacionalidad peruana Nile Mocho Quispe, llevándola a la sala de revisión, donde Silva Reyes le preguntó si llevaba algo, ocupando ambas manos para hacer presión en el pecho y hundir sus dedos en las costillas de la fiscalizada, ocasionándole mucho dolor, propinándole también fuertes golpes de puño en el estómago, aumentando el dolor, confesándole la fiscalizada que portaba ovoides al interior de su estómago, para no seguir siendo golpeada, la que resultó con una lesión de carácter contusa, coloración violácea compatible con relato de la paciente según el diagnóstico clínico.

2.- Que en la misma fecha, hora y lugar del hecho anterior, la acusada Jacqueline Silva, junto al funcionario Segismundo Jara, controló a la pasajera de nacionalidad peruana Dionicia Mamani Laura, a la que Silva llevó a una sala de revisión, donde luego de hacer que se bajara los pantalones y cuadros, le preguntó si llevaba droga, y al no responderle, aquella la golpeó fuertemente en el estómago, diciéndole que si no hablaba llamaría a los carabineros para que fueran a golpearla, dándole otros golpes de puño en el estómago, evacuando la afectada 17 ovoides con droga, confesando que los había tragado junto a otra



cantidad, resultando con una lesión de carácter contusa de color violácea, compatible con el relato de la paciente según el diagnóstico clínico” (sic).

CUARTO: Que las protestas fundantes del arbitrio en estudio dicen relación, en primer término, con la circunstancia de que durante la audiencia de juicio oral, no se le permitió confrontar la prueba pericial de cargo, con la prueba nueva aportada por la defensa, proceder que habría importado infringir los principios y garantías que informan el debido proceso y, en un segundo orden de ideas, con la infracción al principio de congruencia que debe existir entre los hechos objeto de la acusación y los establecidos en la sentencia, incorporándose en ésta hechos no contenidos en la acusación fiscal o particular, relacionados con el elemento subjetivo de los delitos por los que Silva Reyes resultó condenada, así como falta al deber de fundamentación de la sentencia respecto a este mismo tópico.

QUINTO: Que, según se consignó, las causales de nulidad antes referidas fueron interpuestas en forma principal y subsidiarias, por lo que no obstante el orden señalado, resulta conveniente para su análisis general previo y de lo que en definitiva se resolverá, revisar y pronunciarse primero, sobre la causal del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 341 del mismo cuerpo legal por la que se denuncia la vulneración al principio de congruencia.

SEXTO: Que, razonando a propósito de la causal de nulidad contemplada en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, para demandar la nulidad



del juicio y la sentencia, el recurrente postula que se tuvieron por establecidos hechos que no se encontraban comprendidos en la propuesta fáctica del Ministerio Público ni del acusador particular, especialmente la ejecución por parte de la acusada de los hechos que le fueron atribuidos, con el propósito de obtener una confesión, evidencia o reconocimiento en su hoja de vida funcionaria en los términos que fue constatado en la sentencia.

SÉPTIMO: Que, para resolver si se ha configurado el vicio de nulidad en examen, es preciso recordar que éste se relaciona con la necesidad de resguardar la garantía fundamental del debido proceso al interior del proceso penal, manifestada en el hecho que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, infringiéndose este derecho cuando una de las partes queda situada en una posición de desigualdad o impedida del ejercicio efectivo de sus prerrogativas, siendo deber del juzgador velar porque se establezca un real equilibrio, sin ningún tipo de discriminaciones entre el imputado y la parte acusadora, representada por el fiscal o el querellante particular.

En este contexto, resulta también relevante tener en consideración que la garantía judicial de que se trata, asegura la concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa (artículo 8.2 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos) e implica la prohibición de sorpresa que perturbe el derecho de defensa material de que es titular todo inculpado de un delito.



A propósito de lo anterior, la Corte Interamericana en el caso *Fermín Ramírez*, sostuvo que: “la descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar acabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contempladas en la acusación”. (Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. 20/06/2005 párrafo 67).

OCTAVO: Que, las directrices anotadas subyacen en los artículos 259 y 341 del Código Procesal Penal que constituyen una manifestación del derecho de defensa que opera en favor del acusado, a quien le asiste la facultad de conocer el contenido de la imputación que se le hace desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, por lo que supone, entonces, conformidad, concordancia o correspondencia entre la determinación fáctica del fallo con relación a los hechos y circunstancias penalmente relevantes que han sido objeto de la imputación contenida en la acusación, que fueren de



importancia para su calificación jurídica (SCS Rol N° 819-05 de 18 de abril de 2005).

En este contexto, cabe consignar que el principio de congruencia invocado por la defensa se encuentra establecido en el artículo 341 del Código Procesal Penal, conforme al cual la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación; en consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no considerados en ella. Sin embargo, el tribunal puede dar al hecho una calificación jurídica distinta de la realizada en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

Consecuencia de lo anterior es que el sustrato fáctico de la acusación debe contener un hecho básico para que su correlato resguarde de un modo efectivo el derecho de defensa del acusado que hace posible la contradicción de los hechos incluidos en la formulación de cargos. En definitiva, se busca mantener la relación de igualdad entre los hechos por los cuales fue acusado el imputado y aquellos por los cuales fue efectivamente condenado, *"a fin de que tenga conocimiento preciso de los hechos que se le imputan y la información necesaria que permita una efectiva defensa"* (Andrés Rieutord Alvarado: "El Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal, Editorial Jurídica, primera edición, año 2007, p. 76).



Sobre esta materia Alberto Binder, expresa: *“el principio de congruencia es una manifestación muy rica del derecho de defensa, es uno de los principios estructurales que fundan un juicio republicano y surge del principio de inviolabilidad de la defensa previsto en la Constitución, que puede ser ejercido si, luego del debate, la sentencia se refiere a cualquier otro hecho, diferente de los tenidos en cuenta durante este”* (Binder, Alberto: Introducción al Derecho procesal penal, p. 159).

Por ello, *“el apercibimiento de la acusación es necesario para poner al imputado en condiciones de ejercer útilmente su derecho de defensa, porque sin esta nunca podrá haber confianza de que el juicio criminal conduzca al conocimiento de la verdad, que interesa no solo al imputado, sino a la sociedad toda, y por esto es de orden público primario. La utilidad de la intimación consiste en llenar todas y cada una de las condiciones que sean indispensables para que el imputado pueda oponer eficazmente sus medios de defensa e impugnar así los medios que la acusación haya empleado en su contra”* (Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte general, Volumen II, Editorial Temis, Colombia, 1996, parágrafo 892, pág. 363).

Esta regla fija el alcance del fallo penal, en cuanto a su ámbito máximo de decisión, que debe corresponderse con el hecho descrito en la acusación y cuya base de interpretación, al decir del profesor Julio Maier, *“está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su*



defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado” (Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2° edición, 3° reimpresión, año 2004, página 568). Por ello, el principio de congruencia es un límite a la actividad requirente del actor penal y a la actividad jurisdiccional de los jueces.

En conclusión, el principio de congruencia procura evitar la lesión de los derechos del encartado, por lo cual no debe encontrar en el debate variaciones al marco fáctico, que constituyan sorpresas y le impidan el ejercicio de la defensa ya que de poco serviría ser oído sobre una acusación o cargo que pueda ser mutada y convertirse en otra diferente. (Julián Horacio Langevin: Nuevas Formulaciones del Principio de Congruencia: Correlación entre Acusación, Defensa y Sentencia, Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, p. 47).

NOVENO: Que, en tal entendimiento, para que la causal propuesta pueda ser atendida, la variación fáctica consignada en el fallo debe ser idónea para viciar el pronunciamiento, lo que acontecerá cuando medie una alteración trascendental de circunstancias aptas para sorprender a la defensa, que de haber sido conocidas, le habrían permitido representarse otros elementos probatorios y/o argumentos, adecuando su alegato en lo material y técnico o bien, al mismo imputado para ejercer su derecho a ser oído sobre otros supuestos. Entonces, el reconocimiento de este principio supone que se haga conocer al imputado oportunamente y en forma detallada los hechos que constituyen la base y naturaleza de la acusación, lo cual implica que pueda



contar con información suficiente para comprender los cargos y para preparar una defensa adecuada.

Sobre esta materia, la Corte Suprema ha señalado que *“la congruencia no es identidad gramatical, es una correspondencia entre los cargos y lo resolutivo del fallo que opera a favor de la defensa, para no ser condenado al margen de lo que postula la acusación, porque cuando ello ocurre la defensa queda inerte”* (SCS Rol N° 6247-14 de 12 de mayo de 2014).

Al respecto, Claría Olmedo refiere: *“la voz correlación no es utilizada aquí como sinónimo de identidad o adecuación perfecta en toda su extensión. No se entiende más allá de los elementos fácticos esenciales y de las circunstancias y modalidades realmente influyentes en ellos hasta el punto de que la defensa haya podido ser afectada si la sentencia condenatoria se aparta de ese material”* (Claría Olmedo, José A: Tratado de Derecho Procesal Penal, pp.508 y 509).

DÉCIMO: Que el análisis detenido de la sentencia, en especial de las secciones reproducidas precedentemente, pone de manifiesto que el sustrato fáctico de la acusación del Ministerio Público y de la querellante, que no incluyó hechos relacionados con el especial ánimo delictivo con el que habría actuado la encartada, fue excedido ampliamente, vulnerándose la concordancia o correspondencia impuesta como límite infranqueable a la decisión condenatoria, pues las particularidades del hecho y participación de la acusada que se dieron por probados, conducentes a calificarlos de determinada manera, difieren de la



acusación propuesta por el persecutor y del acusador particular, cercenando, finalmente, el derecho de defensa de que es titular todo inculpado de un delito.

En efecto, en el motivo décimo cuarto de la sentencia recurrida, sexto lugar, los sentenciadores constatan: *“...en cuanto a los fines perseguidos por la acusada mediante las acciones de tortura, quedó claro con el mérito de la prueba rendida, que consistió en obtener de las víctimas información, confesión o declaración, para averiguar o extraer de la ellas un dato, la cantidad de ovoides con droga que transportaban tragadas en sus organismos, y también hacerse de prueba para acreditar el tráfico ilícito, mediante la expulsión de ovoides por medios invasivos y violentos, lo que sabía que conseguiría realizándoles tactos vaginales, rectales e irrigación anal, en pleno conocimiento que eran conductas prohibidas a los fiscalizadores por el servicio, instrumentalizando a sus víctimas para lograr el reconocimiento de los decomisos en su hoja de vida, como permitió establecer la prueba aportada”*.

Como se advierte, el arbitrio recurrido analiza los hechos que ha tenido por acreditados, constatando que la acusada actuó con el propósito de obtener de sus víctimas información, una confesión, evidencia incriminatoria o con el ánimo de lograr un reconocimiento en su hoja de vida funcionaria; sin embargo este especial ánimo que tiñe de un mayor desvalor la conducta externa que habría desplegado la encartada, y que resulta una particularidad del delito de tortura, no fue descrito en las imputaciones de hechos relacionados en las acusaciones dirigidas en su contra, limitándose los acusadores a describir en



idénticos términos, las acciones físicas que habría desplegado la acusada respecto a sus víctimas, sin hacer mención alguna, ni aún tangencialmente, a la finalidad, objetivo o propósito perseguido por la encartada, elemento subjetivo del delito de tortura que resulta esencial, desde que precisamente su concurrencia resulta el elemento que lo distingue de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero que son menor gravedad, como es el delito de apremios ilegítimos del artículo 150 D del Código punitivo, por el que también la sentenciada fue acusada.

En efecto, las acciones descritas en la acusación fiscal y particular no da cuenta de hechos que permitiera a la defensa entender por qué los hechos descritos en el acápite denominado “Hechos del día 20 de junio de 2019” son constitutivos del delito de tortura, a diferencia de aquellos descritos bajo el epígrafe “Hechos día 23 de agosto de 2019”, calificados como constitutivos de apremios ilegítimos, máxime si cualquiera de ellos pudieron cometerse por una afán discriminatorio, como castigo por el acto cometido, o con el especial ánimo atribuido en la sentencia, esto es, obtener una confesión, evidencia incriminatoria y reconocimiento en la hoja de vida funcionaria de la encartada.

Al resolver en los términos reseñados, los jueces del Tribunal Oral se han excedido del contenido de las acusaciones, introduciendo un elemento esencial propio del delito de torturas que se ha tenido por configurado, que en aquellas no se contiene, y que es -nada menos- aquello que distingue el delito de tortura del apremio ilegítimo, de manera que la defensa no estaba en condiciones de



realizar su labor, si ignora cuál elemento del delito del artículo 150 A del Código Penal es aquel que le fue atribuido.

“Desde el punto de vista del hecho punible, el respeto a la congruencia exige que la sentencia se pronuncie sobre los mismos hechos por los que se ha acusado, que a su turno no pueden referirse sino a los hechos por los que se ha sometido a proceso; en otras palabras, el contenido de la sentencia está constreñido por los hechos por los que se ha perseguido criminalmente”. (Letelier Loaiza, “Los principios del proceso penal relativos al ejercicio de la acción y la pretensión: reflexiones y críticas a la luz de algunos ordenamientos vigentes”.

Revista de Derecho UCN, año 16, Nro 2, 2009, p. 215).

En consecuencia, como la acusada no fue perseguida criminalmente por hechos que diera cuenta de haber realizado los acometimientos que se le atribuyen en la acusación, *“con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación...”*, según expresa el artículo 150 A del Código Penal, propósito que distingue la tortura de otros apremios ilegítimos, se ha configurado en la especie la infracción al principio de congruencia. Obviamente, no es lo mismo, en cuanto a los hechos, ser perseguido como autor de apremios ilegítimos, que, en calidad de autor de hechos constitutivos de torturas, pues las posibilidades de defensa varían en uno y otro caso.



Así las cosas, en el proceso de subsunción de los hechos aparece que los acontecimientos demostrados materia de la condena no satisfacen los parámetros de concordancia requeridos por el principio de congruencia, dado que los hechos que se juzgaron y que aquí se cuestionan, en cuanto habrían sido cometidos con una finalidad específica o propósito que otorga mayor desvalor a la conducta, no son los mismos que aquellos objeto de imputación y debate, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los intervinientes desplegaron su actividad acusatoria y defensiva.

Todo aquello significó una sorpresa para el recurrente, pues constituye un dato de relevancia que el imputado y su defensa no pudieron enfrentar probatoriamente en el proceso, mediante la facultad de refutación y ejercicio de la prueba, lo que afectó su estrategia del caso y lesionó el principio de congruencia.

UNDÉCIMO: Que, en lo que concierne al recurso de nulidad impetrado, debe tenerse en consideración que ha sido instituido por el legislador para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley, esto es, por contravenciones precisas y categóricas cometidas en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, abriendo paso a una solución de ineficacia de todos aquellos actos en que se hubieren violentado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes - artículo 373, letra a), o



cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una inexacta aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo - artículo 373, letra b), o, se expida la decisión con la concurrencia de alguno de los motivos absolutos de nulidad reglados en el artículo 374 de la ley.

Sobre el particular, esta Corte ha sostenido que el recurso de nulidad está regido por los mismos principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal; por consiguiente, para su procedencia deben concurrir sus presupuestos básicos, entre los cuales se encuentra el llamado “principio de trascendencia” que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, en virtud del cual la trasgresión que sustente un recurso de la naturaleza como el de la especie, debe constituir un atentado de entidad tal que importe un perjuicio al litigante afectado que se traduzca en un resultado lesivo para sus intereses en la decisión del asunto, desde que exige que el defecto denunciado tenga influencia en la parte resolutive del fallo (SCS Roles Nos 12.885-15 de 13 de octubre de 2015 y 5363-16 de 03 de marzo de 2016). Así, se ha resuelto también que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso y, en el caso sub judice, el derecho a defensa (SSCS Rol N° 2866-2013 de 17 de junio de 2013, Rol N° 4909-2013 de 17 de septiembre de 2013, Rol N° 4554-14 de 10 de abril de 2014 y Rol N° 6298-15 de 23 de junio de 2015).



Esa sustancialidad no dice relación con lo resolutivo del fallo, ya que ello en la especie obligaría a ponderar prueba para verificar una eventual y diversa conclusión fáctica, sino con la entidad o dimensión de la vulneración de que trate. La situación es similar a los motivos absolutos: no se precisa demostrar perjuicio - porque se le presume cuando se trata de esta clase de infracciones- ni incidencia en lo resolutivo, pero debe constatar que se trata de una infracción relevante de los derechos o garantías establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales.

No se trata, simplemente de establecer que los delitos que habría ejecutado Silva Reyes son constitutivos únicamente de apremios ilegítimos, sino que va más allá, pues lo relevante es cómo este cambio permite adecuar la estrategia defensiva, la que se construye sobre la precisa imputación de los acusadores y la mutación de los cargos, circunstancia que impiden a la imputada y su defensor enfrentar y cuestionar probatoriamente dicha alteración, lo que transgrede, en definitiva, el derecho a defensa, requisito *sine qua non* para asegurar un procedimiento justo en los términos del artículo 19, N° 3, inciso quinto, de la Constitución Política de la República.

DUODECIMO: Que, según todo lo expuesto, el vicio denunciado por la defensa de la acusada aparece revestido de la relevancia necesaria para acoger el remedio procesal, sustentado en la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal.



DÉCIMO TERCERO: Que, si bien es cierto, que, por el precedente análisis, únicamente se estableció la vulneración del principio de congruencia en relación con los hechos contenidos en la acusación, que habrían acaecido el 20 de junio de 2019 y que fueron calificados como constitutivos de tres delitos de tortura, previsto y sancionado en el artículo 150 A del Código Penal, de su descripción es posible advertir que se tratan de situaciones estrechamente concatenadas entre sí con los hechos descritos en la acusación y que habrían ocurrido el día 23 de agosto de 2019, desde que tienen su origen en los mismos antecedentes de contexto, por lo que no son susceptibles de ser desvinculadas una de la otra, no obstante que se refieran a episodios diversos.

Por otra parte, la causal contemplada en la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal y que resultó acogida dispone: *“El juicio y la sentencia serán siempre anulados: “cuando la sentencia hubiere sido dictada con infracción de lo prescrito en el artículo 341”*, por lo que habiéndose verificado la hipótesis prescrita en la letra f) del citado artículo, que sólo es reparable por la declaración de nulidad de la sentencia y del juicio cuestionado, se anulará la sentencia recurrida íntegramente y el juicio oral que le antecedió.

DÉCIMO CUARTO: Que, por haberse acogido la causal contemplada en la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, no se emitirá pronunciamiento sobre las demás causales de nulidad impetradas por la defensa.



Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 374 letra f), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada Jacqueline Margaret Silva Reyes y, en consecuencia, se invalida la sentencia de catorce de septiembre de dos mil veintiuno y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N°1900684927-2, RIT 266-2021, del Tribunal Oral en Lo Penal de Iquique y se restablece la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Manuel Antonio Valderrama R.

Rol N° 75.670-2021

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y el Ministro Suplente Sr. Miguel Vázquez P. No firma el Ministro Suplente Sr. Vázquez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber concluido su período de suplencia.



Rol N° 85.832-2021

Santiago, veinte de abril de dos mil veintidós.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, por sentencia de veinte de octubre de dos mil veintiuno, en los antecedentes RIT N° 120-2019, RUC N° 1700454024-7, condenó, en primer término, a los acusados **Pablo Ignacio Bahamondes Ortiz** y **Henry Jacob Méndez Uribe** a sufrir cada uno de ellos la pena de quince (15) años y un (1) día de presidio mayor en su grado máximo y accesorias legales, como coautores del delito de transporte de armas de fuego y municiones, previsto y sancionado en el artículo 10 inciso 2°, en relación con el inciso 1° del mismo artículo y con el artículo 3, inciso 3°, todos de la Ley sobre Control de Armas, perpetrado en la comuna de Padre Hurtado, el día 8 de septiembre de 2018.

El mismo fallo, sentenció al acusado Henry Jacob Méndez Uribe a purgar una pena única de cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales, por su responsabilidad en calidad de autor de los delitos consumados de tenencia ilegal de armas de fuego prohibidas y de tenencia ilegal de municiones, cometidos en la comuna de Cerrillos, el día 8 de septiembre de 2018

El citado pronunciamiento, además, absolvió al encartado Bahamondes Ortiz de los cargos formulados en su contra como autor del delito de colocación, activación, detonación y explosión de artefacto explosivo en edificio público, descrito y penado en el artículo 14 D, inciso 1°, de la Ley sobre Control de Armas, perpetrado en la comuna de Melipilla, el día 14 de mayo de 2017



En contra de la sentencia antes individualizada, las defensas de ambos sentenciados dedujeron sendos recursos de nulidad, los que se conocieron en la audiencia pública de tres de marzo último, quedando la causa en estudio hasta el día, oportunidad en la que se convocó a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso interpuesto por la defensa del sentenciado Henry Jacob Méndez Uribe se sustenta, únicamente, en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, en relación con lo preceptuado en los artículos 1, 5, 6, 7 y 19 N°s 3, 4 y 7 de la Constitución Política de la República; 7 N° 1, N° 2 y N° 3 de la C.A.D.H.; 9 y 17 N°1 P.I.D.C.P. y; 5, 83, 84, 85, 130, 181, 227, 228, 295 y 297 Código Procesal Penal, en cuanto se ha denunciado como vulnerada la garantía del debido proceso.

Se expone en el arbitrio que, en el caso de autos, la vinculación de los imputados con la investigación tiene su origen en un oficio secreto enviado por la Jefatura Nacional de Inteligencia Policial de la Policía de Investigaciones, oficio que contiene información obtenida conforme a la Ley del Sistema Nacional de Inteligencia, el que se pone en conocimiento del Ministerio Público y que consta de un CD con grabaciones de interceptaciones telefónicas respecto del número de teléfono 990926953.

Arguye que en el citado oficio no consta la autorización judicial que exige la Ley del Sistema Nacional de Inteligencia Policial para realizar este tipo de actuaciones y



que, en el mismo documento, se expresa que dicha información, no constituye medios probatorios para ser presentados en un proceso penal, de lo que se sigue que no se acreditó en autos la existencia de una resolución judicial, que habilite una injerencia en las garantías fundamentales de los acusados.

Explica que todas las diligencias investigativas que vinculan a su representado con los hechos investigados tienen su origen en el oficio tanta veces aludidos, y que todos los funcionario policiales que declararon en juicio y cada uno de los informes policiales evacuados hacen expresa referencia al mismo, sin que conste mención alguna a la autorización judicial que se echa en falta.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y el juicio oral que la precede, disponiéndose que el procedimiento se retrotraiga hasta el estado procesal de realizarse una nueva audiencia de juicio oral, ante un tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura toda la prueba de cargo obtenida con infracción de garantías fundamentales.

En Idéntica causal se funda, en su motivación principal, el arbitrio interpuesto por la defensa del acusado Pablo Ignacio Bahamondes Ortiz, dándose por reproducidas tantas sus alegaciones como su parte petitoria.

SEGUNDO: Que la defensa del sentenciado Pablo Ignacio Bahamondes Ortiz invocó, además, la causal subsidiaria prevista en el artículo 373 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en el artículo 342 c) del mismo cuerpo normativo, toda vez que el tribunal no explicó cómo tuvo por acreditada la existencia de la autorización judicial previa requerida para interceptar la comunicaciones telefónicas de su representado por parte del aparato de inteligencia y mucho menos su contenido, en especial respecto de las condiciones específicas de su otorgamiento, trasgrediendo con ello el principio de razón



suficiente.

Pide que se anule el juicio oral y la sentencia recurrida y se ordene la remisión de los autos al Tribunal del Juicio Oral en lo Penal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral

TERCERO: Que el tribunal de la instancia, en el motivo décimo de la sentencia impugnada, tuvo por establecidos los siguientes hechos:

“HECHO 1: Que “el día 14 de mayo de 2017, alrededor de las 23:19 horas, una o más personas desconocidas colocaron, activaron, detonaron e hicieron explotar un artefacto explosivo en el inmueble ubicado en calle Valdés N° 880, comuna de Melipilla, donde funcionaban las oficinas de la Corporación de Asistencia Judicial, ocasionando daños al inmueble”.

HECHO 2: Que “el día 8 de septiembre de 2018, alrededor de las 20:40 horas, PABLO IGNACIO BAHAMONDES ORTIZ, HENRY JACOB MENDEZ URIBE y HÉCTOR HUGO MORAGA RUIZ se desplazaban al interior del vehículo motorizado placa patente CYSW.75, del tipo automóvil, marca Chevrolet, modelo Optra en la vía pública por la ruta Camino a Melipilla, a la altura del N° 206, comuna de Padre Hurtado.

El automóvil era conducido por HÉCTOR HUGO MORAGA RUIZ, teniendo como copiloto a PABLO IGNACIO BAHAMONDES ORTIZ y como ocupante en el asiento trasero a HENRY JACOB MÉNDEZ URIBE.

Producto de investigación en curso a cargo de la Policía de Investigaciones de Chile, los ocupantes del vehículo singularizado fueron controlados y revisados, lo mismo que el automóvil en que se desplazaban, siendo halladas las siguientes especies, respecto de las cuales BAHAMONDES ORTIZ y MÉNDEZ URIBE carecían de cualquier autorización y en torno a las cuales mantenían concierto previo:



En el maletero del automóvil, al interior de una mochila: 6 (seis) escopetas de fabricación artesanal, embaladas individualmente.

Sobre el asiento trasero del automóvil, al interior de una mochila que estaba junto a HENRY JACOB MÉNDEZ URIBE: 26 (veintiséis) cartuchos de escopeta calibre 12, sin percutir. Al interior del bolsillo de la parte posterior del asiento del copiloto: un arma de fuego del tipo revólver, marca Taurus, calibre 38, serie número LC 594750 con 6 (seis) cartuchos calibre .38 especial sin percutir, en su interior.

Al interior de un bolsillo de la prenda de vestir del tipo polerón que PABLO IGNACIO BAHAMONDES ORTIZ llevaba puesta: 6 (seis) cartuchos calibre .38 especial, sin percutir, quien además llevaba consigo una funda para arma de fuego corta.”

HECHO 3: *Que “el día 08 de septiembre de 2018, alrededor de las 23:30 horas, personal de la Policía de Investigaciones de Chile, debidamente autorizados, hicieron ingreso al domicilio de HENRY JACOB MÉNDEZ URIBE, ubicado en calle Los Alquimistas N° 447, Cerrillos, en cuyo interior, y más específicamente en el dormitorio del imputado, hallaron las siguientes especies, respecto de las cuales carecía de cualquier autorización:*

2 (dos) escopetas de fabricación artesanal.

Un arma de fuego del tipo pistola, marca Pachmayr, calibre 32, sin número de serie, con 6 (seis) cartuchos del mismo calibre en su cargador.

6 (seis) cartuchos calibre 12, uno de ellos percutido, los demás sin percutir”
(Sic).

CUARTO: *Que, en lo que respecta a la protesta que en común hicieron valer los impugnantes, consistente en que la única vinculación de los imputados con los*



hechos investigados tiene como único origen un oficio secreto enviado por la Jefatura Nacional de Inteligencia Policial de la Policía de Investigaciones, en el que se hace referencia a una autorización judicial supuestamente otorgado para interceptar la comunicaciones telefónicas del acusado Bahamondes Ortiz, cuyo contenido y motivaciones se desconocen, es menester señalar que en el considerando décimo cuarto del fallo impugnado, los juzgadores del grado tuvieron presente para desestimar tal defensa, en primer término, que del análisis de la prueba de cargo fue posible *“advertir que la investigación fiscal tuvo dos vertientes de información: la que se origina del propio sitio del suceso y que fue levantada por funcionarios de Carabineros de distintas unidades especializadas y, por otra parte, aquella evidencia que fue obtenida a través del desarrollo de la indagación efectuada por funcionarios de la Brigada de Investigaciones Policiales Especiales de la Policía de Investigaciones de Chile, y que surge de la comprobación de los antecedentes contenidos en un oficio dirigido al Señor Fiscal Nacional por la Jefatura Nacional de Inteligencia Policial, información que fue generada para dar cumplimiento a los fines y objetivos propios del Sistema de Inteligencia del Estado”*.

En un segundo orden de ideas, y en lo tocante a la existencia y legitimidad de la autorización judicial otorgada en el marco de la actividad de inteligencia policial, el fallo en revisión sostiene que: *“En la especie, Jefatura Nacional de Inteligencia Policial informó al Sr. Fiscal Nacional mediante Oficio N°99 de 19 de junio de 2017, que se recopilaron antecedentes que podrían estar relacionados con el artefacto explosivo detonado el 14 de mayo de 2017, en la Corporación de Asistencia Judicial, ubicado en calle Valdés N°880, comuna de Melipilla y en este contexto, a través de la intervención del teléfono móvil N° 9- 909 289 53 utilizado por Pablo Ignacio BAHAMONDES ORTIZ, cédula de identidad N°15.632.989-4”, pudo establecer que*



“la semana previa y momentos antes del incidente, mantuvo contacto con Henry Jacob MÉNDEZ URIBE, cédula de identidad N° 13.919,222-2;

Carol Lisette OJEDA GÓMEZ, cédula de identidad N°13.756.813-6 y Alejandra Paz NOGUERA ROJAS, cédula de identidad N° 14.161.699-4; obteniendo por monitoreos telefónicos antecedentes que los vincularían al hecho en cuestión”, remitiendo un disco compacto con cinco conversaciones telefónicas, señalando respecto de las dos primeras, además de su fecha y hora, la indicación de la antena de conexión del fono intervenido.

La misma Jefatura Nacional contestó al Ministerio Público el 23 de octubre 2018 a través del Oficio N°418, que la intervención de las comunicaciones telefónicas del número 990928953, fue autorizada judicialmente por S.S Iltma. Señor Juan Antonio POBLETE MÉNDEZ, mediante oficio N°42-2017 de fecha 23 de marzo de 2017, de la Corte de Apelaciones de Santiago, por un plazo de 90 días (...)

En la especie, es posible constatar inequívocamente que la información contenida en el Oficio N°99 de 19 de junio de 2017 fue objeto de la garantía democrática desde la perspectiva formal, por cuanto fue autorizada de conformidad a la ley, cuyo registro consta en un documento oficial determinado – y eventualmente disponible por distintas vías jurisdiccionales - esto es, el Oficio N°42-2017 de 23 de marzo de 2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago, por un plazo de 90 días.

(...) De la información proporcionada por el Ministerio Público, se desprende que la autorización judicial se pronunció afirmativamente respecto de una diligencia determinada, en relación con un fono específico vinculado a un sujeto individualizado y por un tiempo limitado, verificándose la intervención de sus comunicaciones los días 7 y 14 de mayo de 2017, esto es, dentro del plazo ordinario” (sic).



QUINTO: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

SEXTO: Que, en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario proceder a su análisis a efectos de poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales de los acusados, como denunciaron sus defensas.

SÉPTIMO: Que, en primer término, y para los efectos de enmarcarla controversia –*en lo tocante al control jurisdiccional de la actividad desplegada por los organismos de inteligencia-*, resulta preciso tener en cuenta lo preceptuado por el inciso 2° del artículo 22 de la Ley N° 19.974, en cuanto dispone que la inteligencia policial “*Comprende el procesamiento de la información relacionada con las actividades de personas, grupos y organizaciones que de cualquier manera afecten o puedan afectar las condiciones del orden público y de la*



seguridad pública interior”.

A su turno, de la lectura de los artículos 33 y 36 del mismo cuerpo de normas se colige que los organismos de inteligencia que integran el Sistema estarán sujetos a control interno y externo y que el control externo corresponde, entre otros, a los tribunales de justicia.

En tal sentido, y respecto del último de los preceptos legales citados, el Tribunal Constitucional, en su pronunciamiento ROL N° 417.09-004, de tres de septiembre de dos mil cuatro, estableció lo siguiente: *“DECIMO SEPTIMO.- Que, siguiendo el mismo principio indicado en el considerando ante precedente se decidirá que el precepto del proyecto reproducido en el razonamiento anterior, es constitucional, pero en el entendido que deja a salvo, plenamente, las atribuciones que la Carta Fundamental otorga a la Corte Suprema, así como también las acciones jurisdiccionales y los controles administrativos que ella contempla para la salvaguardia de quienes puedan verse afectados, en el ejercicio de sus derechos esenciales, por aplicación del proyecto de ley respectivo”.*

De tal pronunciamiento se desprende que *“las personas que se sientan afectadas por la actividad de los organismos de inteligencia (vgr. Si se ejecuta un procedimiento especial de obtención de información, en forma abusiva o sin autorización judicial previa o cualquier otra clase de actividad que lesione Derechos Fundamentales y que sea arbitraria o ilegal) perfectamente puede acudir a los tribunales de justicia según las reglas generales y, en definitiva, hacer efectiva las responsabilidades que corresponda. Así, además de los recursos de protección y de amparo, se pueden perseguir responsabilidades penales...”* (Rodrigo Vera Lama, Sistema de Inteligencia del Estado a la luz del Derecho, Capítulo VII: Control de los Organismos de Inteligencia, Librotecnia, año 2008, p. 260 y 261).



OCTAVO: Que de la lectura de los preceptos en comento y del análisis de los mismos aparece de manifiesto que quienes se vean afectados en sus garantías constitucionales por el actuar de la inteligencia policial, pueden ejercer todas las acciones que la legislación les granjea para poder dar remedio a tal afectación.

Así, por lo demás lo ha sostenido con anterioridad esta Corte en el pronunciamiento Rol N° 151-2019, de 14 de febrero de 2019.

NOVENO: Que, siguiendo con el análisis de la Ley N° 19.974, en lo que respecta al secreto o reserva de los antecedentes, informaciones y registros que obran en poder de los órganos que conforman el Sistema de Inteligencia del Estado, es menester señalar que en su artículo 38 dispone que *“Se considerarán secretos y de circulación restringida, para todos los efectos legales, los antecedentes, informaciones y registros que obren en poder de los organismos que conforman el Sistema o de su personal, cualquiera que sea su cargo o la naturaleza de su vinculación jurídica con éstos. Asimismo, tendrán dicho carácter aquellos otros antecedentes de que el personal de tales organismos tome conocimiento en el desempeño de sus funciones o con ocasión de éstas.*

Los estudios e informes que elaboren los organismos de inteligencia sólo podrán eximirse de dicho carácter con la autorización del Director o Jefe respectivo, en las condiciones que éste indique.

Los funcionarios de los organismos de inteligencia que hubieren tomado conocimiento de los antecedentes a que se refiere el inciso primero, estarán obligados a mantener el carácter secreto de su existencia y contenido aun después del término de sus funciones en los respectivos servicios”.

En el mismo sentido, su artículo 39 preceptúa que: *“Lo dispuesto en el artículo anterior no obstará a la entrega de antecedentes e informaciones que soliciten la*



Cámara de Diputados o el Senado, o que requieran los Tribunales de Justicia, el Ministerio Público a través del Fiscal Nacional, o la Contraloría General de la República, en uso de sus respectivas facultades, los que se proporcionarán sólo por intermedio de los Ministros del Interior, de Defensa Nacional y del Director de la Agencia, en la forma prevista en el inciso segundo del artículo 9º de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, o por medio de oficios reservados dirigidos al organismo competente, según el caso.

Las autoridades y los funcionarios que hubieran tomado conocimiento de los antecedentes a que se refiere el inciso anterior, estarán obligados a mantener el carácter secreto de su existencia y contenido aun después del término de sus funciones en los respectivos servicios”.

DECIMO: Que de la lectura de los preceptos legales en estudio resulta evidente, en un primer orden de ideas, que la obligación de reserva relativa a todos los antecedentes, informaciones y registros que obran en poder de los órganos que conforman el Sistema de Inteligencia del Estado o de su personal, tiene como excepción la liberación de antecedentes e informaciones en favor, entre otros, del Ministerio Público o de los Tribunales de Justicia.

Y, en un segundo orden de ideas, que tal excepción a la reserva o secreto se produce en dos situaciones, a saber, cuando una de dichas entidades solicita directamente a la Agencia Nacional de Inteligencia la entrega de antecedentes e informaciones emanados de los órganos de inteligencia –situación prevista en el artículo 39 de la Ley N° 19.974-, o cuando el Director o Jefe de dichos órganos exime de ese carácter a los estudios o informes por ellos elaborado –hipótesis del inciso 2º del artículo 38 del precitado cuerpo normativo-.

Así, por lo demás, lo ha resuelto esta Corte en la sentencia ROL N° 16.687-



2018, de fecha 20 de diciembre de 2018.

UNDÉCIMO: Que de acuerdo con lo antes expuesto y razonado, resulta evidente que la información de inteligencia puede ser incorporada a un proceso penal, en la medida que se cumpla con los requisitos que para ello exige la Ley N° 19.974, entre ellas *–a la luz de lo preceptuado en sus artículos 24 y 25–*, que en el procedimiento de obtención de información y de acceso a antecedentes relevantes contenidos en fuentes cerradas o que provienen de ellas, los directores o jefes de los organismos de inteligencia soliciten, personalmente o por intermedio de un funcionario de su dependencia expresamente facultado para ello, la autorización judicial correspondiente a un Ministro de aquella Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional se realizará la diligencia o donde se inicie la misma

DUODÉCIMO: Que, conforme se lee del fallo en análisis, en la especie se encuentra establecido que la Jefatura Nacional de Inteligencia Policial informó al Fiscal Nacional, mediante Oficio N°99 de 19 de junio de 2017, que se habían recopilado antecedentes que podrían estar relacionados con el artefacto explosivo detonado el 14 de mayo de 2017, en la Corporación de Asistencia Judicial, ubicado en calle Valdés N°880, comuna de Melipilla y que, en ese contexto, a través de la intervención del teléfono móvil N° 990928953 utilizado por Pablo Ignacio Bahamondes Ortiz, se pudo constatar que la semana previa y momentos antes del incidente, mantuvo contacto, entre otras personas con Henry Jacob Méndez Uribe, obteniendo por monitoreos telefónicos antecedentes que los vincularían al hecho en cuestión.

Luego, y ante el requerimiento de información adicional efectuado por el Ente Persecutor, la misma Jefatura Nacional contestó, con fecha 23 de octubre 2018, mediante Oficio N°418, que la intervención de las comunicaciones telefónicas del número 990928953, fue autorizada judicialmente por el Ministro de la Corte de



Apelaciones de Santiago don Juan Antonio Poblete Méndez, mediante oficio N°42-2017 de fecha 23 de marzo de 2017, por un plazo de 90 días.

DÉCIMO TERCERO: Que de los antes narrado, se colige que en autos no se acreditó suficientemente la existencia de la autorización judicial para la interceptación telefónica llevada a efecto respecto del acusado Pablo Ignacio Bahamondes Ortiz, ya que sólo se cuenta con el contenido del oficio de la Jefatura Nacional de Inteligencia Policial de la Policía de Investigaciones *-en que se dice que ello fue autorizado por un ministro de corte-*, correspondiendo aquello a la mera afirmación del emisor del oficio, quien ni siquiera declaró como testigo en el juicio, estando habilitado para ello en cuanto, como lo ha sostenido esta Corte previamente *-en el ya citado pronunciamiento Rol N° 16.687-2018, de fecha 20 de diciembre de 2018-* el deber de reserva de los funcionarios de inteligencia que participaron en las diligencias respectivas, no les impide deponer en juicio porque de sostenerse lo contrario, se estaría sería interpretando erradamente la norma contenida en el artículo 38 de la Ley N° 19.974, en cuanto la misma no produciría efecto alguno, lo que por cierto se aleja del sentido y alcance de que la ha dotado el legislador.

En una segunda línea argumentativa, dado lo escueto de la información proporcionada por la inteligencia policial en los dos oficios referidos en el motivo que antecede, tampoco es posible determinar si dicha autorización judicial cumple con los requisitos formales del art. 28 de la Ley de Inteligencia. Es por ello que habiéndose cuestionado la existencia de la autorización judicial en comento, el peso de la prueba para acreditarla recaía sobre el Ministerio Público, resultando insuficiente para tal efecto los dos oficios incorporados al juicio oral mediante su lectura. Para salvar tal inconsistencia la Fiscalía, como ya señaló previamente, pudo hacer declarar al jefe



de inteligencia y exhibirle los oficios N° 99 de 19 de junio de 2017 y N°418, de 23 de octubre 2018 N°418, en los términos que dispone el art. 334 del Código Procesal Penal.

En el mismo sentido, y suponiendo la labor de inteligencia estatal desplegada respecto de los acusados una afectación de sus garantías fundamentales, necesariamente debió sujetarse a un control jurisdiccional efectivo – *aquel previsto en el artículo 25 de la Ley N° 19.974-*, porque solo de esa forma se habría legitimado la actuación investigativa de órgano policial al margen de la normativa prevista en el Código Procesal Penal, de tal modo tal que al no haberse verificado en la especie dicho control mediante la correspondiente autorización judicial, la vulneración de garantías constitucionales de que fueron objeto los impugnantes carece de todo fundamento y, por ende, se torna en ilegítima.

DÉCIMO CUARTO: Que a lo ya razonado debe adicionarse que del mérito de los antecedentes no es posible sostener –*como erradamente lo argumentan los juzgadores de la instancia-* la existencia de una vertiente independiente de investigación, toda vez que los funcionarios policiales a cargo de la investigación del primero de los hechos narrados en la acusación fiscal, aquel ocurrido el día 14 de mayo de 2017, en la comuna de Melipilla, no dieron cuenta en estrados de la existencia de probanza alguna que permitiera vincular a los acusados con la comisión del mismo. Tal es así, que el encartado Bahamondes Ortiz, quien fue acusado como autor de tal ilícito fue en definitiva absuelto de dichos cargos.

Lo anteriormente expuesto permite concluir que la interceptación telefónica que dio origen a la investigación y, consecuentemente, las medidas intrusivas dispuestas durante su transcurso, que culminaron con la detención de los acusados, previo registro del vehículo en que se desplazaban, de sus vestimentas y domicilios, además de la incautación de las armas, adolece de ilicitud, así como también todo lo que de



ella deriva, de lo que necesariamente se sigue que a través del proceder policial se trasgredieron de manera injustificada los derechos fundamentales al debido proceso, a la intimidad y a la libertad ambulatoria de los encartados.

DÉCIMO QUINTO: Que, así las cosas, la conclusión a la que arribaron los juzgadores de la instancia, no resulta aceptable para este tribunal, ya que se ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

Lo anterior es así porque *“sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”*. (Vives Antón: *“Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”*, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en *“Tratado de Derecho procesal penal”*, Thompson Aranzadi, 2004, página 947).

Semejante comprensión de los intereses en juego en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, tiene su adecuada recepción en el inciso 3° del



artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el “*juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales*”.

DÉCIMO SEXTO: Que, en consecuencia, habiéndose vulnerando el derecho de los imputados a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, así como también sus derechos a la intimidad y a la libertad ambulatoria, toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto del acusado resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. Esta misma calidad tiene, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo.



DÉCIMO OCTAVO: Que habiéndose acogido la causal principal de nulidad común a ambos arbitrios, al tenor de lo preceptuado en el artículo 384 del Código Procesal Penal, se omitirá pronunciamiento respecto de la causal subsidiaria hecha valer por la defensa del acusado Bahamondes Ortiz.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se acogen** los recursos de nulidad deducidos por las defensas de los acusados **Pablo Ignacio Bahamondes Ortiz y Henry Jacob Méndez Uribe** y, en consecuencia, se invalidan tanto la sentencia de veinte de octubre de dos mil veintiuno, como el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 1202019, RUC N° 1700454024-7, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la totalidad de la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

Se previene que el Abogado Integrante Sr. Munita, si bien concurre a la acogimiento de los recursos de nulidad deducidos por las defensas de los acusados Pablo Ignacio Bahamondes Ortiz y Henry Jacob Méndez Uribe, no comparte los argumentos vertidos en los motivos décimo tercero y décimo cuarto del presente fallo, toda vez que, en su parecer, la única razón que permite determinar la existencia de la infracción de garantías fundamentales por éstos denunciada, radica en que los funcionarios policiales a cargo de la investigación al deponer en estrados, no dieron cuenta acerca de cuál fue el indicio que les permitió controlar la identidad de los acusados cuando éstos se desplazaban en un automóvil, presupuesto previo al registro del mismo y al hallazgo de las armas incautadas, vulnerándose de tal manera el derecho al debido proceso de los encartados ya individualizados, en cuanto los



agentes policiales realizaron una diligencia autónoma de investigación en un caso no previsto por el legislador.

Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Abuauad, quienes estuvo por rechazar los recursos de nulidad interpuestos en autos, teniendo para ello presente lo siguientes fundamentos:

1.- Que, en primer lugar *–respecto de la causal de infracción de garantías fundamentales esbozada por ambos encartados-*, y tal como quedó asentado en el fallo recurrido, la investigación fiscal tuvo dos vertientes de información: la que se origina del propio sitio del suceso y que fue levantada por funcionarios de Carabineros de distintas unidades especializadas y, por otra parte, aquella evidencia que fue obtenida a través del desarrollo de la indagación efectuada por funcionarios de la Brigada de Investigaciones Policiales Especiales de la Policía de Investigaciones de Chile, y que surge de la comprobación de los antecedentes contenidos en un oficio dirigido al Fiscal Nacional por la Jefatura Nacional de Inteligencia Policial, información que fue generada para dar cumplimiento a los fines y objetivos propios del Sistema de Inteligencia del Estado.

2.- Que la información contenida en el Oficio N°99 de 19 de junio de 2017 fue objeto de la garantía democrática desde la perspectiva formal, por cuanto fue autorizada de conformidad a la ley, cuyo registro consta en un documento oficial determinado *–y eventualmente disponible por distintas vías jurisdiccionales-* esto es, el Oficio N°42-2017 de 23 de marzo de 2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago, por un plazo de 90 días.

Por lo demás, de la respuesta contenida en el Oficio N°418 de 23 de octubre de 2018, se colige que la información comprendida en el Oficio N°99 de 19 de junio de 2017 corresponde a aquella obtenida en el marco del Sistema de Inteligencia



dentro de la legalidad y que fue eximida del carácter de secreto en virtud de la facultad conferida al Jefe Nacional de Inteligencia Policial en el artículo 38 inciso 2º de la ley N°19.974.

3.- Que, por lo demás, del mérito de los antecedentes se desprende que la autorización judicial se pronunció afirmativamente respecto de una diligencia determinada, en relación con un teléfono específico vinculado a un sujeto debidamente individualizado y por un tiempo limitado, verificándose la intervención de sus comunicaciones los días 7 y 14 de mayo de 2017, esto es, dentro del plazo ordinario, lo que descarta la ilegalidad en su otorgamiento y ejecución.

4.- Que, respecto de la causal subsidiaria hecha valer por la defensa del acusado Bahamondes Ortiz, de su sola lectura, es posible colegir que a través de su reclamo lo que se pretende es revertir una calificación jurídica no compartida por las defensas, más no la inexistencia de *“La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dicha conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”* como contempla la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, por lo que careciendo de sustento el motivo de nulidad en comento, en opinión de este disidente, el mismo no podrá prosperar.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Munita y de la disidencia, de su autor.

Rol N° 85.832-2021

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y los Abogados Integrantes Sres. Diego



Munita L., y Ricardo Abuauad D. No firma el Abogado Integrante Sr. Abuauad, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

n Santiago, a veinte de abril de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.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.



Rol N° 84.247-2021

Santiago, veintisiete de abril de dos mil veintidós.

Vistos:

En esta causa Ruc N° 2010033799-2 y RIT 398-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, por sentencia de catorce de octubre de dos mil veintiuno, se condenó a Pedro Salgado Colil, a cumplir la pena de diez (10) años y un (1) día de presidio mayor en su grado medio y accesorias legales, como autor del delito consumado de homicidio simple, cometido en esta jurisdicción el día 17 de septiembre de 2017, en contra de Héctor Igor Huerta Carrasco y a la sanción de sesenta y un (61) días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales, por su responsabilidad como autor del delito de lesiones menos graves, en grado de consumado, cometido en esta jurisdicción el día 17 de septiembre de 2017, en perjuicio de la ofendida de identidad reservada JAVP. Pena corporal de cumplimiento efectivo.

En contra de las mencionadas decisiones, la defensa del encausado interpuso recurso de nulidad, el que se conoció en audiencia pública de siete de abril de dos mil veintidós, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy.

Y considerando:

Primero: Que el recurso sustenta como causal principal de nulidad, aquella prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 19 N° 2 y 3, incisos 2 y 6 de la Constitución Política de la República; 7, 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8°, apartado 1° del



Pacto de San José de Costa Rica; 2 y 14, apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 182 y 307 y siguientes del Código Procesal Penal. Estimando conculcadas las garantías fundamentales del debido proceso, de igualdad ante la ley y de igualdad en el ejercicio legítimo de sus derechos.

Refiere que acorde a las prerrogativas que se le conceden al persecutor en el compendio antes citado, en el ámbito de protección a testigos, la Fiscalía decreto respecto de los enrolados la reserva de su identidad, identificándolos solo por las iniciales de sus nombres, insertando sus declaraciones en la carpeta respectiva.

Expone que la actuación policial se torna trascendental en toda pesquisa y ella comprende el reclutamiento de los probables testigos de toda índole que hubieren presenciado o tomado conocimiento de alguna forma de los sucesos que se indagan, siendo relevante que su registro sea coetáneo y próximo en el tiempo a la comisión del ilícito que se investiga.

Explica que habiendo asumido las gestiones policiacas el funcionario Reyes Gutiérrez, comparecen espontáneamente a su presencia otros testigos, días después de haberse suscitado los hechos, absolutamente ausentes e ignorados en el padrón primigenio, quienes prestan testimonio ante su presencia y luego en sede de la Fiscalía, los cuales no fueron identificados de manera alguna, asignándoles la Fiscalía meramente un número, sindicándolos como testigos números 1, 2, 3, 4, 5 y 6, en relación a los cuales, en momento alguno de la sustanciación se pudo tomar conocimiento de su verdadera identidad, reserva que se mantuvo hasta su comparecencia a estrados.

Sin perjuicio de que los atestados de los referidos testigos se insertaron en la carpeta Fiscal y pudieron ser conocidos por la defensa, ellos emanaban en estricto



rigor de personas desconocidas que se autoproclamaron como testigos del hecho, a pesar de no haberse incluido en la nómina de aquellos que fueron empadronados al inicio del despliegue policial, circunstancia singular que de manera evidente generó un grave perjuicio procesal, en atención a que no obstante que se conoció lo por ellos declarado, no es menos cierto que la imposibilidad de tener cabal noción de sus identidades, acorde a la teoría del caso enarbolada desde el apertura por la defensa, conocer sus identidades resultaba un factor trascendental, puesto que el trasfondo de las imputaciones que se efectuaron a Salgado Colil, decían relación con una especie de *vendetta* que habría incentivado su actuar por la eventual intervención del occiso en la agresión que había sufrido con antelación su hermana, hecho por el cual los integrantes del círculo del fallecido, Ariel Cabello, quien se encuentra en la actualidad cumpliendo una condena efectiva, pudiendo constatarse al escucharse los testimonios de los testigos numerarios, específicamente el correspondiente al número 6 que además es el único que singularmente ilustra el actuar de Salgado Colil en el interior de la fonda, que éste era un sujeto cercano al entorno del occiso y a Cabello a través de quien éste último le habría ofrecido a la familia del enjuiciado un importe económico a fin de que se abstuvieran de atestiguar en el juicio sustanciado en contra del agresor de su hermana Valentina, como lo asevero el propio enjuiciado y la testigo Cecilia Salgado Colil.

El tribunal, como se ha indicado, dio por acreditada la intervención del enjuiciado haciendo exclusivamente hincapié en lo declarado por los testigos numerados, prescindiendo del análisis de todos los presupuestos antes referidos, en especial de su origen espurio y la no entrega de sus identidades, vulnerando de esta forma los derechos del encartado de marras en la forma argüida precedentemente.



Pide, acogerlo y anular tanto el fallo como el juicio oral, restableciendo la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral, excluyéndose del auto de apertura los testigos sin identificación enumerados como testigos n° 1, 2, 3, 4, 5 y 6.

Segundo: Que, como primera causal subsidiaria invoca la circunstancia primera del artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, esto es haber impedido a la defensa ejercer las facultades que por ley le asisten.

Que de lo analizado en los motivos sexto, séptimo y décimo de la sentencia recurrida, en relación a lo esgrimido como sustento de la causal principal, se desprende que la decisión del tribunal se basó únicamente en los dichos aportados por los deponentes numerarios, específicamente en aquellos que ostentaban los números 5 y 6, cuyos atestados se consignan en el primer basamento indicado, a los que se les otorga una plena credibilidad, en especial al último de los referidos. Se le impidió a la defensa en base al hermetismo reparado, demostrar de manera más palmaria tales singulares vicisitudes, no en virtud de una ausencia de actividad reclamando aquello, sino que propiamente en consideración a la reserva absoluta de las identidades de los testigos en comento durante todo el transcurso de la pesquisa, desconociéndose su género, edad y nombres, circunstancia que no subsanó la Fiscalía a pesar de lo dictaminado en múltiples audiencias de cautela de garantías instadas al efecto, privándose de esta forma de la opción de contrastarlos o anexar prueba vinculada con un presunto pre establecimiento probatorio,

Se colige indefectiblemente de lo inferido que a la defensa implícitamente se le impidió en base a la reserva incólume de los testigos que sirvieron de base a la incriminación culpable, ejercer los derechos correspondientes durante la secuela del juicio, en la forma que se ha explicitado precedentemente, enmarcándose tal situación



en la hipótesis de invalidación que se ha invocado como primera causal subsidiaria, haciéndose procedente la nulidad del dictamen reseñado y el juicio del que derivó.

Pide, acogerlo y anular tanto el fallo como el juicio oral, restableciendo la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral.

Tercero: Como segunda causal subsidiaria alega la circunstancia segunda del Artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal en relación a los artículos 297 y 342 letra c) del mismo cuerpo de leyes, esto es, la ausencia de fundamentación.

Expone que, del laudo en cuestión para cuyas inferencias incriminatorias se utilizaron exclusivamente los dichos de los testigos sindicados como los números 5 y 6, cuyos atestados han sido objeto de la censura y sustento de la nulidad primordial y primera subsidiaria que se han ejercitado, de cuya lectura es factible develar inconsistencias insalvables en el sentido de develarse la ausencia manifiesta de una fundamentación correcta de lo decidido, denotándose discrepancias entre lo apreciado por el Tribunal y lo resuelto, en lo que respecta a la convicción de culpabilidad del encartado en el injusto que fue materia del juzgamiento, constatándose contrariedades que develan que la ponderación efectuada por los juzgadores fue anómala, distante de los axiomas de la lógica, máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, los que como se ha anotado, conforman las pautas mínimas que regulan la faena cognitiva de la estima probatoria encargada a aquellos, circunstancia que hace que en el laudo en examen se vea sustancialmente afectado el principio de razonabilidad o razón suficiente, al advertirse en el mismo una falta de fundamentación tendiente a explicitar convincentemente y no en la forma indeterminada que lo verificaron, el razonamiento que se usó para concluir el juicio de condena respecto de González Colil por el ilícito en comento.



Pide, acoger el recurso y anular fallo y juicio oral, restableciendo la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral.

Cuarto: Que, como se advierte, la causal principal del recurso interpuesto denuncia la configuración de la hipótesis de nulidad fundada en el agravio a la garantía constitucional del debido proceso, en sus aristas del derecho a defensa.

Al respecto, esta Corte ya ha señalado que es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y el artículo 19, N° 3°, inciso sexto de esa Carta Fundamental, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso, este tribunal ha sostenido que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y las leyes que entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que se dicten veredictos motivados o fundados, etcétera. Así, entonces, no hay discrepancias en aceptar que sin duda el derecho al debido proceso está integrado por la obligación de respetar los procedimientos fijados en la ley, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente de acuerdo a una serie de actos de carácter formal y preestablecidos, que den garantías del respeto de la presunción de inocencia, la independencia del tribunal, la igualdad entre las partes y la protección de los intereses del afectado. Este interés debe ser tutelado por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el



Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, de manera que no abandone su posición equidistante de las partes y desinteresada respecto del objeto de la causa;

Quinto: Que, por otra parte, los elementos del debido proceso también han sido desarrollados mediante la incorporación al procedimiento de una serie de resguardos tendientes a garantizar que el imputado goce, desde el momento en que se le atribuya participación en un hecho punible, de una serie de derechos que materialicen el respeto de la presunción de inocencia que lo ampara y la igualdad de armas, entre los cuales se encuentra el ser oído, que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan para ejercer adecuadamente su derecho a defenderse de todos los hechos y circunstancias que se le imputan y formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa, el derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo, a probar los hechos que él invoca, y la prohibición de ser sancionado por presupuestos diversos de los contenidos en la formalización y en la acusación, aspectos -entre otros- que han sido consagrados en los artículos 8, 93, 229, 259, 270 y 341 del Código Procesal Penal.

Sexto: Que en relación al agravio a la garantía del debido proceso, esta Corte ha resuelto uniformemente que su agravio debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, límite o elimine su derecho constitucional al debido proceso.

Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal,



supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento. (SCS Roles N° 2866-2013, N° 4909- 2013, N° 21408-2014, N° 4269-19, N° 76689-20, N° 92059-20 y N° 112392-20)

Que, en este entendido, la declaración de nulidad requiere que sea formalmente establecida alguna actuación defectuosa que sirva de fundamento a la invalidez, pues de ésta han de derivar las consecuencias lesivas para el ejercicio de los derechos de que se trate, y que a estos efectos se entiendan vinculados al artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

Séptimo: Que a mayor abundamiento la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal supone, para su aceptación, una infracción sustancial producida en el procedimiento o en la dictación de la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

La doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que la infracción de derechos o garantías sea sustancial, implica que no toda vulneración determina automáticamente la nulidad del juicio oral y la sentencia, sino que ésta debe ser de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad. En otros términos, la afectación constitucional alegada debe perjudicar en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente y no ser de una importancia secundaria o que no tenga importancia alguna para él (*Horvitz-López, Derecho Procesal Penal Chileno, T.II, pp. 414-415*).

Estas opiniones han sido compartidas por esta Corte en innumerables pronunciamientos pretéritos, al dictaminar que el agravio a la garantía del debido



proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrabe, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso (SCS Roles N° 1.237-2010, de 17 de mayo de 2010 y N° 45.313-2021, de 4 de febrero de 2022).

Se ha expresado también que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.

Octavo: Que se debe tener presente que los sentenciadores en el considerando décimo de la sentencia recurrida, a efectos de atribuir la participación del acusado, han tenido la declaración del testigo signado con el número 6 como determinante, en efecto de una atenta lectura de la argumentación dada por los sentenciadores, el testigo en referencia es el único que habría visto al sentenciado sacar el arma y disparar contra las víctimas, siendo la única fuente directa de tal acontecimiento y en base a dicho testimonio se le atribuye participación en calidad de autor al encartado.

Así las cosas, la infracción denunciada por la defensa consistente en la imposibilidad de tener cabal noción de las identidades de los testigos identificados solo con un guarismo, en especial aquel asignado con el número 6, conforme la teoría del caso enarbolada desde el apertura por la defensa, conocer sus identidades resultaba un factor trascendental, dada las supuestas rencillas previas entre bandas rivales y un supuesto motivo personal, lo anterior se traduce en un perjuicio que es



transcendental, ya que el único medio probatorio en que se funda la participación del acusado, es el signado con el número 6 y dada la forma en que fue individualizado se restringió el derecho de defensa.

Noveno: Que el instituto de los testigos protegidos o con reserva de identidad se encuentra reglamentado en los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal, permitiendo la adopción de las medidas que las normas citadas contemplan “*en casos graves y calificados...*” por “*... el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario*”, normativa que tiene su correlato en cuerpos penales especiales como la Ley N° 18.314, en su artículo 15 y siguientes; o la Ley 20.000, en los artículos 30 a 35 y no se encuentra restringida sólo a la época de la investigación, sino que también puede extenderse a sus fases posteriores e incluso hasta después de su término, todo ello como expresión de la obligación del Ministerio Público – Estado- de proteger a víctimas y testigos.

Así, entonces, admitida por el ordenamiento jurídico la posible colisión entre el derecho a la protección de testigos y el de la defensa, lo relevante a efectos de desentrañar una efectiva conculcación de los derechos del acusado radica en las motivaciones para conceder la protección solicitada.

En la especie el tribunal en su considerando décimo, al hacerse cargo de la alegación de la defensa, da razones de carácter genérico, pero no se da cuenta de manera específica de los motivos que justificaban tal medida, ello es relevante, toda vez que el instituto de la reserva de identidad es de carácter excepcional, por lo que al limitar el derecho de defensa debe existir necesariamente una razón, infringiendo con ello el deber de fundamentación que exige el artículo 36 del Código Procesal Penal, obligación que no se satisface con referencias formales de compartir o adherir a la tesis de alguno de los intervinientes ni con la mera enunciación de citas legales



si no se dota de contenido a la decisión en términos, de indicar, en cada caso y con precisión, cuáles son los fundamentos de hecho y de derecho que fundan las resoluciones adoptadas, de esta manera no solo se explicitan las razones, sino que además se permite determinar la proporcionalidad de la medida.

Así las cosas, la forma de protección de los testigos mediante su identificación con un simple número aparece como arbitraria, de modo que no puede considerarse como un medio de prueba idóneo para fundar la participación del sentenciado, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, debiendo retrotraerse la tramitación de la causa al estado que se determinará en lo resolutivo del presente fallo.

Décimo: Que, habiéndose acogido la causal principal del arbitrio de nulidad deducido por la defensa del encartado, al tenor de lo preceptuado en el artículo 384 del Código Procesal Penal, resulta innecesario pronunciarse respecto de los motivos subsidiarios en que el mismo se sustenta.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa a favor de Pedro Salgado Colil y en consecuencia, **se invalidan** tanto la sentencia de catorce de octubre de dos mil veintiuno, como el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT 398-2021y RUC: 2010033799-2 del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, y se retrotrae la causa al estado de realizarse nuevamente la audiencia de preparación de juicio oral, debiendo el Ministerio Público *-previo a su realización-*, proporcionar a la defensa la identidad de los testigos protegidos singularizados con los N^{os} 1, 2, 3, 4, 5 y 6 en la acusación fiscal.



Acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. Letelier, quien estuvo por rechazar íntegramente el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Salgado Colil, teniendo presente para ello los siguientes fundamentos:

1.- Que la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal supone, para su aceptación, una infracción sustancial producida en el procedimiento o en la dictación de la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Conforme a lo anterior no toda vulneración determina automáticamente la nulidad del juicio oral y la sentencia, sino que ésta debe ser de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad.

2.- Que, en ese entendido, no obstante no encontrarse plenamente justificado que se haya impedido a la defensa conocer la identidad de los testigos singularizados con los N°s 1, 2, 3, 4, 5 y 6 en la acusación fiscal, no puede obviarse que de la simple lectura de los fundamentos noveno y décimo del fallo en revisión, se colige que la declaración del deponente N° 6 estuvo lejos de ser el único antecedentes tenido en vista por los juzgadores del grado para establecer la responsabilidad del acusado en los ilícitos que se le atribuyeron, desvirtuándose con ello lo argumentado por la defensa en su impugnación.

Es así como la testigo de iniciales C.D.L.A.S.M. *–amiga del occiso y recepcionista del servicio de urgencia donde éste fue ingresado–*, refiere que terceros le señalaron que el autor de los disparos que le causaron la muerte fue el sujeto apodado “El Huevo”, justamente el apodo que porta el encartado; por su parte, el deponente de iniciales LAIC *–primo del ofendido–* expuso que éste tenía problemas anteriores con el acusado y que presencié que este último amenazó a su primo en



una discotheque, una semana antes de la ocurrencia de los hechos; a su vez la declarante signada con el N° 5 en la acusación del ente persecutor – *encontrándose en compañía del testigo N° 6 en el lugar de ocurrencia de los hechos*-, no obstante haber declarado en la investigación haber visto quien fue el autor de los disparos, aportando sus características físicas y de vestuario, en el juicio se desdijo, sin dar verdaderas razones para su retractación, siendo contrastada por el fiscal en tal sentido. Lo mismo ocurre con el deponente de iniciales J.J.A.A. y con la testigo referida con el N° 2 en el auto de apertura del juicio oral.

Es decir, resulta evidente que la participación del encartado en los delitos que se le imputan fue determinada en base a múltiples indicios, precisos y concordantes entre sí, los que por cierto encuentran correlato en la declaración del tantas veces mencionado testigo N° 6, siendo falaz la premisa vertida en el recurso de nulidad, en orden a que el atestado de este último habría sido la única probanza que permitía vincular al acusado con la comisión de los hechos punibles investigados.

3.- Que los indicios antes referidos, hacen concluir –*sin lugar a dudas*- que se han reunido los elementos suficientes, para tener por acreditada la participación culpable de Pedro Salgado Colil, en calidad de autor de los delitos que se le atribuyen, más allá de toda duda razonable, como lo exige el artículo 340 del Código Procesal Penal.

4.- A mayor abundamiento la motivación de la sentencia hecha por los jueces del grado, en el fallo que se impugna, permite conocer las razones que sustentan su decisión de condena, fundamentación que esta disidente comparte. En efecto, de ella se desprende con claridad, las razones que tuvo el tribunal del grado, para estimar probada la participación que al encartado le cupo, en calidad de autor de los hechos establecidos por el tribunal.



5.- Que, en consecuencia, la infracción de garantías fundamentales denunciada por el recurrente carece *–para la disidente–* de la sustancialidad exigida por el legislador y, consecuencialmente, lleva al rechazo de la causal de nulidad en estudio.

6.- Que las argumentaciones antes vertidas sirven también para desestimar el primer motivo subsidiario de nulidad invocado por el recurrente, respecto de la supuesta afectación del derecho a defensa *–en cuanto se le habría impedido ejercer las facultades que por ley le asisten–*, la que se funda en las mismas alegaciones que sirven de basamento a la reclamación principal del arbitrio en análisis.

7.- Que, en lo relativo a la segunda causal subsidiaria de nulidad hecha valer por la defensa del acusado, esto es, la prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 297 y 342 letra c) del mismo cuerpo normativo, hecha consistir en la ausencia de fundamentación del fallo impugnado, sin perjuicio de reiterar la ya señalado en el motivo 4°, es preciso indicar que, de su sola lectura, es posible colegir que a través de su reclamo lo que se pretende es revertir una calificación jurídica no compartida por las defensas, mas no la inexistencia de *“La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dicha conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”* como contempla la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, por lo que careciendo de sustento el motivo de nulidad en comento, en opinión de esta disidente, el mismo no podrá prosperar.

Redacción a cargo de la Ministra señora María Teresa Letelier Ramírez.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 84.247-2021



Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y Sra. María Teresa Letelier R. No firma el Ministro Sr. Valderrama, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

En Santiago, a veintisiete de abril de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente. Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.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.



ASOCIACIÓN DE DEFENSORES PÚBLICOS DE CHILE

Corte Suprema acoge recurso de nulidad del Art. 373 letra a) CPP presentado por la defensa en contra de sentencia dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal al haberse realizado un control de identidad por funcionarios policiales sin existir un indicio objetivo de comisión de un delito

(CS Rol N°85.886-2021, 06.04.2022).

Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por el condenado en contra de sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio por considerarse que el motivo invocado por funcionarios policiales para realizar el control de identidad al imputado, consistente en que el imputado cambió de dirección al percatarse de la presencia de las policías, no configuraría un indicio objetivo requerido por el Art. 85 CPP para dar lugar a un control de identidad.

Texto completo del fallo:

Santiago, seis de abril de dos mil veintidós.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, por sentencia de veintidós de octubre de dos mil veintiuno, en los antecedentes RIT N° 213-20201, RUC N° 1800561218-3, condenó al acusado **Marco Antonio Vivar Herrera** a sufrir la pena de quinientos cuarenta y un (541) días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y multa de dos (2) unidades tributarias mensuales, como autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, en grado de consumado, previsto en el artículo 4, en relación con el artículo



1 de la Ley N° 20.000, perpetrado el día 09 de junio de 2018, en la comuna de Cartagena, concediéndosele la pena sustitutiva de reclusión parcial nocturna, por el mismo lapso de tiempo de la pena privativa de libertad.

En contra del citado fallo, la defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de diez de marzo último, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso interpuesto se sustenta, únicamente, en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, en relación con lo preceptuado en los artículos 83, 85, 91, 93 letra g) y 205 del Código Procesal Penal, en cuanto se ha denunciado como vulneradas las garantías del debido proceso, del derecho a la libertad ambulatoria y del derecho a la intimidad, en cuanto se realizaron por los funcionarios policiales diligencias autónomas de investigación fuera del marco legal, en particular, un control de identidad sin la existencia del indicio exigido por el legislador para su procedencia.

Se expone en el arbitrio que, en el caso de autos, el control de identidad y posterior registro de vestimentas de que fue objeto el acusado fue realizado con infracción de garantías fundamentales, fuera de los



límites señalados por el artículo 85° del Código Procesal Penal, toda vez que de las declaraciones vertidas en el juicio oral por el funcionario policial, *-y sin alterar los hechos establecidos por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal San Antonio-*, se puede inferir que el único indicio que tuvieron presente los carabineros al momento de realizar el control de identidad fue la presencia de un sujeto en sector de Avenida Central en la ciudad de Cartagena, a eso de las 06:00 horas, quien al ver la presencia policial se devuelve, conducta neutra que en caso alguno puede ser estimada como un nexo entre el imputado y la comisión de un hecho punible.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y el juicio oral que la precede, disponiéndose que el procedimiento se retrotraiga hasta el estado procesal de realizarse una nueva audiencia de juicio oral, ante un tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público, en cuanto deriva de la actuación policial cuya legalidad se impugna.

SEGUNDO: Que el tribunal de la instancia, en el motivo séptimo de la sentencia impugnada, tuvo por establecido el siguiente hecho:

“El día 09 de junio de 2018, aproximadamente a las 06:00 horas, el acusado MARCO ANTONIO VIVAR HERRERA se encontraba en Avenida Central con 3ra Oriente Playa, Cartagena, manteniendo en su poder, en el bolsillo del pantalón una bolsa de nylon contenedora de 38 envoltorios de papel cuadriculado contenedores de 3.65 gramos neto de pasta base de cocaína, droga que no puede estimarse para su uso personal, exclusivo y próximo en el tiempo”. (sic)



TERCERO: Que es menester señalar que en el considerando octavo del fallo impugnado, los juzgadores del grado tuvieron presente para adoptar su decisión, la declaración del funcionario policial Víctor Santis Díaz, quien dio cuenta de manera pormenorizada del procedimiento en que intervino y que culminó con la detención del acusado.

En base a tal atestado, los sentenciadores de la instancia concluyeron, en el motivo undécimo, que el control de identidad practicado al recurrente –*que luego mutó en su detención*- no constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Para fundar tal aserto, argumentaron en el antes referido fundamento que:

“(...) En efecto, sobre este punto es necesario destacar que el funcionario policial fue claro en indicar que mientras se encontraban efectuando un patrullaje preventivo alrededor de las 06:00 am, del día 9 de junio de 2018 por av. Central al llegar a la calle Tercera Oriente Playa, en Cartagena, divisan a un individuo, quien al ver la presencia del dispositivo policial se devuelve por la calle, por lo cual le dan alcance, le preguntan porque huye del lugar y les señala que le había dado miedo, procediendo a su fiscalización y no mantenía su cédula de identidad. En este sentido, la actitud del acusado de huir al advertir la presencia policial, en un horario de madrugada (06:00 am) y sin mantener su cédula de identidad, constituye a juicio de estos jueces, sucesos que conforman a lo menos un indicio de actividad delictiva que autoriza el control de identidad, conforme al artículo 85 del Código Procesal Penal, en cuanto faculta los funcionarios policiales para



registrar sus vestimentas con el fin de lograr verificar su identidad, pudiendo incluso trasladarlo a la unidad respectiva para tales fines, por lo que no se advierte

en la especie una ilegalidad en el control de identidad efectuado por carabineros (...)" (sic).

CUARTO: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

QUINTO: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como lo referido al respeto del debido proceso y la intimidad, esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la



negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja de manera sustancial dicho sistema debe ser excluido del mismo.

SEXTO: Que en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario proceder a su análisis a efectos de poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado, como denunció su defensa.

SÉPTIMO: Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (*Sentencias Corte Suprema Roles N° 7178-17, de 13 de abril de 2017; N° 9167-17, de 27 de abril de 2017; N°*

20286-18, de 01 de octubre de 2018; N° 28.126-18, de 13 de diciembre de 2018 y

N° 13.881-19, de 25 de julio de 2019).

Es así como el artículo 83 del citado cuerpo normativo establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden



previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera, (letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f). Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

A su vez, los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla,



procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 *-que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia-* así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

OCTAVO: Que las disposiciones recién expuestas tratan, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado *-y sometido a control jurisdiccional-* en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

NOVENO: Que a fin de dirimir lo planteado en el recurso, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal. Aclarado lo anterior, se procederá al estudio de las protestas fundantes del



recurso con arreglo a los hechos que en la decisión se tienen por demostrados.

DÉCIMO: Que resulta relevante para ello señalar que la sentencia impugnada, en su motivo octavo, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron como establecidos, consistentes en que el día 09 de junio de 2018, aproximadamente a las 06:00 horas, dos agentes policiales que realizaban un patrullaje preventivo en la comuna de Cartagena *-por avenida Central en dirección a la costa-*, al llegar a la calle Tercera Oriente Playa divisaron a un individuo que, al ver la presencia policial, se devolvió por dicha arteria, motivo por el que lo fiscalizaron, constatando que no portaba su cédula de identidad, para luego revisar superficialmente sus vestimentas, encontrando en uno de sus bolsillos una bolsa de nylon con 38 envoltorios que mantenían en su interior una sustancia similar a la pasta base, la que sometida a la prueba de campo por el OS7 arrojó resultado positivo para cocaína base.

UNDÉCIMO: Que una vez sentado lo anterior, conviene tener presente que en la especie la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que al practicar éstos un control de identidad al acusado sin que existiera indicio para ello *-por cuanto éste no se fundó en circunstancias objetivas y verificables que se hayan presentado ex ante, sino que es algo meramente subjetivo y propio del funcionario policial-*, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que implicara que todas las pruebas derivadas de tales



diligencias son ilícitas, y por ende, debieron ser valoradas negativamente por los juzgadores de la instancia.

DUODÉCIMO: Que, en este contexto, según asienta el fallo en estudio, el indicio que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro de sus vestimentas, consistió en que éste al percatarse de la presencia policial, se devolvió por la misma calle por la que transitaba. Desde luego, tal conducta, no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que el acusado intentaba o se disponía a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hacen los policías de una conducta neutra –*el devolverse al ver de frente a los funcionarios policiales-*, desprovista de señal o signo de actividad delictiva alguna, ni presente, ni pasada ni futura, máxime si los agentes no presenciaron ninguna acción del imputado que permitiera estimar que éste hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, o de que se dispusiere a cometerlo.

En el mismo sentido, debe tenerse en consideración que el único funcionario policial que depuso en estrados, el cabo 1° de carabineros Víctor Santis Díaz, fue enfático en señalar que al ser divisados –los aprehensores- por el sentenciado, éste “*se devuelve por la calle, por lo cual le dan alcance, procediendo a su fiscalización*”, lo que descarta que haya huido del lugar como erradamente se sostiene en el fallo impugnado.



Por lo anterior, y como lo ha sostenido con anterioridad esta Corte, entre otros, en los pronunciamientos Roles N° 30.718-2016, de fecha trece de julio de dos mil dieciséis y, N° 4.058-2021, de veintiuno de julio de dos mil veintiuno, en el caso de marras aparece de manifiesto que el elemento indiciario empleado por los funcionarios policiales se condice con una afirmación del todo subjetiva, no verificable y, por lo mismo, al margen de los rigurosos extremos de la norma yacitada, por cuanto una actuación autónoma e intrusiva como el control de identidad debe necesariamente *-y dado que afecta garantías constitucionales como el derecho a la intimidad-*, sostenerse en circunstancias objetivas y demostrables, puesto que sólo de esa manera es posible dotar de validez, a la luz de los derechos de los justiciables, una actuación de carácter excepcional como la de la especie.

Por lo demás, es preciso señalar que las restantes circunstancias argumentadas por los funcionarios aprehensores para motivar el control de identidad practicado, esto es, el haber ocurrido el hecho en un horario de madrugada (06:00 horas) y no haber portado el acusado su cédula de identidad, obedecen a simples conjeturas que no encuentran respaldo alguno en las máximas de la experiencia, por lo que aceptar tal razonamiento implicaría argumentar que todas aquellas conductas que normalmente coincidiríamos en motejar de neutrales, triviales u ordinarias, pasen a estimarse sintomáticas de criminalidad y, aquí lo capital, justificando la restricción temporal de la libertad ambulatoria de todos quienes transiten por la vía pública



en horas de la madrugada sin portar su identificación, como podría ser por ejemplo, un ciudadano que sale de su domicilio a ejercitarse.

En síntesis, las conductas apreciadas por los funcionarios policiales en la especie y que los llevaron a efectuar un control de identidad al acusado, no pueden ser consideradas como constitutivas de un indicio, entendido éste *“como una conducta determinada y concreta que se comunica con la comisión del hecho punible, de aquellos que habilitan para efectuar un control de identidad en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal”* (SCS Rol N° 30.159-2020, de 27 de mayo de 2020).

DÉCIMO TERCERO: Que, conforme lo antes expuesto, la conclusión a la que arribaron los juzgadores de la instancia, no resulta aceptable para este tribunal, ya que se ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

Lo anterior es así porque *“sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en*



cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”. (Vives Antón: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho procesal penal”, Thompson Aranzadi, 2004, página 947).

Semejante comprensión de los intereses en juego en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, tiene su adecuada recepción en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el *“juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales”*.

DÉCIMO CUARTO: Que, por otra parte, de los hechos asentados tampoco se advierte ninguna de las restantes hipótesis que contempla el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no existen elementos distintos de aquellos que habrían apreciado los aprehensores, que habilitaran para efectuar un control de identidad, lo que impide considerar la concurrencia de alguna de esas figuras en el caso de autos.



DÉCIMO QUINTO: Que, además, las consideraciones previas permiten concluir que no resulta posible siquiera sostener una hipótesis de aquellas contempladas en el artículo 130 del Código Procesal Penal que habilite el personal policial para practicar el registro realizado habida cuenta del tenor de lo declarado en el juicio, de manera que ante la ausencia de indicio cualquier medida restrictiva de derechos del imputado ha debido ser autorizada por el juez competente, previa comunicación de lo obrado al encargado de dirigir las pesquisas para el examen de mérito pertinente, otorgando debida satisfacción al imperativo consagrado en la Constitución Política de la República y la ley de perseguir los delitos y de resguardar los derechos de los ciudadanos

DÉCIMO SEXTO: Que, en consecuencia, por no haber constatado indicio de la comisión de un delito ni haberse verificado situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que aquel se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto del acusado resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. Esta misma calidad tiene, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio.



En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública en favor de Marco Antonio Vivar Herrera y



en consecuencia, **se invalidan** tanto la sentencia de veintidós de octubre de dos mil veintiuno, como el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 213-2021, RUC N° 1800561218-3, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la totalidad de la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S. y Abogada Integrante Pía Verena Tavorari G. Santiago, seis de abril de dos mil veintidós.

Rol N° 85.886-2021

BLODEPM

Boletín de Jurisprudencia

PARAGUAY





MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA DEL PARAGUAY

PARÁMETRO	CONTENIDO
País	Paraguay
Tribunal	Juez Penal de la Adolescencia - Lambaré
Materia	Penal Adolescente
Derechos involucrados	Derecho a la propiedad – Derechos la Defensa – Interés superior del niño, niña y adolescente
Breve relación de los hechos	En fecha 05 de junio de 2.015 se presentó el requerimiento fiscal Nro 169, mediante el cual se formuló imputación. Por AI Nro 250 de la misma fecha el Juzgado dispone la aplicación de medidas provisorias (arresto domiciliario). En la misma fecha, el Juzgado remite el expediente a la oficina de Mediación de la Ciudad de Lambaré. En fecha 26 de junio del mismo año, el agente fiscal que llevaba el caso, luego de los procedimientos y antecedentes de rigor, manifiesta al Juzgado de que no se opone a ninguna salida procesal que pueda disponer el Juzgado. En fecha 16 de julio del mismo año, el agente fiscal de la causa, presenta al juzgado el pedido de aplicación de la figura de remisión, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 234 y 242 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay. En fecha 27 de julio del mismo año, el Juzgado por AI N° 332 hacer lugar al pedido y en consecuencia sobreseer definitivamente al adolescente imputado.
Fundamentos de derecho	Terminación anticipada del proceso
Resolución (Liga de enlace)	Se adjunta
Contexto social y económico del caso	Educación y Resocialización del Adolescente en conflicto con la ley
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Primera Instancia

Instrumento y/o criterio internacional invocado	Convención de los derechos del niño, niña y adolescente, Observación General N° 10 sobre los derechos del niño.
Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)	N/A
Votación por la que fue adoptada (si corresponde)	N/A
Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)	N/A
Otra observación	N/A

CAUSA N° 1603/2015: "VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE S/ HURTO AGRAVADO"

A.I. N° 332

Lambaré, 27 de julio de 2015.-

VISTO: El Procedimiento Penal formado a VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE, por la supuesta comisión del Hecho Punible de HURTO AGRAVADO,

CONSIDERANDO:

QUE, en fecha 16 de julio de 2015, el Agente Fiscal, Abg. DANIEL FLEITAS presento Requerimiento Conclusivo N° 105 en el cual solicita la abreviación de plazo, y ante el REQUERIMIENTO N° 106, igualmente requiere al Juzgado la aplicación del instituto procesal de la REMISION, en la presente causa penal, a favor de VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE.

POR providencia de fecha ____ de julio de 2015, ante el pedido de la Abreviación del plazo para la presentación del requerimiento conclusivo y consecuentemente la Actuaría Informa cuanto sigue: "...informo a V.S., sobre las siguientes circunstancias que obran en el presente juicio: 1) QUE, en fecha 5 de junio de 2015, se presenta el REQUERIMIENTO FISCAL N° 169, donde se formula IMPUTACION, contra el adolescente: VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE.- 2) Por providencia de fecha 05 de junio de 2015, se tiene por presentada la imputación e iniciado el procedimiento penal; se otorga el plazo de 4 (cuatro) meses, para la presentación del Requerimiento Conclusivo pertinente, se señala fecha y hora de audiencia, prevista en el art. 427 inc. 3° del C.P.P. y finalmente se ordena la realización de los estudios técnicos al adolescente, por parte del PROGRAMA PAI.- 3) Por A.I. N° 250, de fecha 05 de junio de 2015, el Juzgado, dispone la aplicación de medidas provisionales (ARRESTO DOMICILIARIO) al adolescente imputado.- 4) QUE, por providencia de fecha 05 de junio de 2015, el Juzgado remite estos autos a la OFICINA DE MEDIACION de la ciudad de Lambaré, a los efectos pertinentes.- 5) Que, en fecha 09 de junio de 2015, el PROGRAMA PAI, presenta los INFORMES PSICOLOGICOS Y SOCIO AMBIENTAL, del adolescente: VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE.- 6) QUE, en fecha 10 de junio de 2015, se realiza el ACTA DE ACUERDO, en la DIRECCION DE MEDIACION, bajo el ACUERDO JUDICIAL N° 1/15, entre VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE (en compañía de sus padres), la DEFENSORA PUBLICA ABOG. GLORIA BERNAL.- 7) Por providencia de fecha 11 de junio de 2015, se corre traslado al AGENTE FISCAL INTERVINIENTE, del escrito presentado por la MEDIADORA del PODER JUDICIAL de la ciudad de Lambaré, ABOG. LISA ROMINA BAREIRO DE MORINIGO; 8) QUE, se encuentra agregado en autos el RECIBO de entrega de la suma de gs.500.000 (quinientos mil guaraníes) efectuado por el adolescente: VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE; 9) Que, en fecha 26 de junio de 2015, el AGENTE FISCAL ABOG. DANIEL FLEITAS, presenta el escrito, donde contesta la Vista corrida por este Juzgado, expresando puntualmente: "...no se opone a ninguna salida procesal con la que pueda ser beneficiado el imputado VICTOR EDUARDO SERVIN, siempre y cuando se ajuste a las normas legales..."; 10) QUE, en fecha 16 de julio de 2015, el AGENTE FISCAL ABOG. DANIEL FLEITAS, presenta el REQUERIMIENTO N° 105, en la que solicita ABREVIACION DE PLAZO PARA PRESENTAR REQUERIMIENTO CONCLUSIVO; 11) QUE, en fecha 16 de julio de 2015, se presenta el REQUERIMIENTO FISCAL N° 106, donde se REQUIERE la aplicación del instituto de la REMISION, de conformidad a lo establecido en los Arts. 234 y 242 del C.N.A. a favor de VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE.- ES MI INFORME.- Lambaré, ____ de julio de 2015..."

QUE, el art. 241 del CNA, señala: "...DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO: El proceso terminará en forma anticipada: a) por las formas establecidas en el Código Procesal Penal; y, b) por la remisión..."

QUE, atento al Informe de la Actuaría citada más arriba, esta Magistratura procede al análisis de las disposiciones legales, a las circunstancias particulares del adolescente imputado, y cuestiones inherentes al presente proceso, primeramente

Abg. Mario Lucía Espinosa Correa
Actuaría Judicial

Abog. Mario Camilo Torres
Juez Penal de la Adolescencia

debemos posicionarnos en el proceso especializado y determinar sus fines: la educación y la resocialización de los adolescentes, teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente establecido en la Convención de los Derechos del Niño en su art. 3 que dispone cuanto sigue: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las Autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...". Principio que es recogido en el Art. 3 de C.N.A. que dice: "Del Principio Del Interés Superior: toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfruto pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevalente se respetaran sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderán además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo". Dicho principio no debe ser variado bajo ninguna circunstancia para afectar a los adolescentes que infringen la ley penal, ya que el mismo está destinado a garantizar, como se dijo el pleno desarrollo de los mismos.

La CONVENCIÓN de los DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE, en el ART. 40 inc. 3. Numeral b) establece: "...Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones aplicables específicamente a los niños que sean considerados, acusados o declarados culpables de infringir las leyes penales y, en particular, examinarán: b) Siempre que sea apropiado, la conveniencia de tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las salvaguardias jurídicas..."

Que, igualmente, las disposiciones incluidas en las "OBSERVACIONES GENERALES N° 10 SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EN LA JUSTICIA DE MENORES", menciona que: "...La remisión de casos (es decir, medidas para tratar a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes sin recurrir a procedimientos judiciales) sólo deberá utilizarse cuando se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, de que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, de que no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión y, por último, de que la admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior. - El niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de ésta. Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando el niño tenga menos de 16 años. - La legislación debe contener indicaciones concretas de cuándo es posible la remisión de casos, y deberán regularse y revisarse las facultades de la policía, los fiscales y otros organismos para adoptar decisiones a este respecto, en particular para proteger al niño de toda discriminación. ..."

QUE, en el planteamiento del AGENTE FISCAL, en su REQUERIMIENTO solicitó la aplicación del instituto de la REMISION, de conformidad al Art. 242 del C.N.A. ", la dispone que: "...En todas las etapas procesales, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el hecho punible estuviese sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad que no supere los dos años, basándose en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. En este caso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitiendo al adolescente a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice. Si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso". El citado Artículo es utilizado como un procedimiento dentro del C.N.A. el cual se ajusta al principio de celeridad y desjudicialización dentro del proceso penal juvenil. En este sentido, y para considerar la viabilidad en su aplicación, debemos efectuar ceñirnos al cumplimiento de la totalidad de los presupuestos necesarios para el efecto, que seguidamente exponemos:

Tenemos en relación al **daño causado** y la **reparación del mismo**, las partes han acudido a la DIRECCIÓN DE MEDIACION de la ciudad de Lambaré, a ...///...

Lucía Espinosa
Actuaria Judicial

Abog. Mario Casillo Torres
Juez Penal de la Adolescencia



Poder Judicial
Circunscripción Judicial Dpto. Central

CAUSA N° 1603/2015: "VICTOR EDUARDO
SERVIN INSAURRALDE S/ HURTO AGRAVADO"

A.I. N°

(Pág. 2).-

...///...iniciativa de este Juzgado Penal, celebrando voluntariamente un acuerdo, cuya acta de conciliación de fecha 10 de junio de 2015, y el adolescente: VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE, manifestó su arrepentimiento, pidió disculpas a la víctima, y se ha reparado el daño ocasionado a este; se deja constancia que tanto el adolescente imputado como la víctima han participado de dicha conciliación y firmado el acta de conformidad al arreglo judicial llegado con el adolescente, ya citado precedentemente, y con la apuencia igualmente de las demás partes, por lo que tenemos entonces que el presupuesto de reparación del daño causado se encuentra cumplido-----

Por otro lado, debemos hacer una valoración referente al **grado de responsabilidad** del adolescente en ocasión del hecho punible en cuestión, por lo que necesariamente debemos introducirnos en la esfera personal, es decir, subjetiva del mismo, en este sentido debemos iniciar afirmando la calidad de *persona en desarrollo*, del adolescente, y en el marco del proceso especializado esta Magistratura a través del Equipo Técnico del PROGRAMA PAI, ha realizado estudios psicológicos y socio ambientales al mismo y que es de gran utilidad para alcanzar un conocimiento acabado sobre sus condiciones psicosociales y socio ambientales, que influyen notablemente en su conducta y fundamentalmente en las directrices a ser tomadas para su resocialización y reeducación. En referencia al estudio psicosocial, la Lic. RAQUEL RUIZ DIAZ, Psicóloga Forense del Poder Judicial concluyó cuanto sigue: "...si bien el adolescente comprende las consecuencias de un actuar determinado, sus valores y pensamientos morales no han sido lo adecuadamente orientados. Durante la evaluación no se presentaron indicadores de alteración cognitiva, que limiten su capacidad de comprensión de la realidad. No obstante se pudo observar la falta de límites y la excesiva permisividad de parte de los padres, más el consumo de sustancias estupefacientes, las cuales podrían ser causal de conductas que se desvían de las normas, leyes preestablecidas y las consecuencias que podría derivar una conducta no asertiva..."

Asimismo el Trabajador Social del Programa E.A.J de la ciudad de Lambaré, ALDO LOPEZ, concluyó en su estudio socio ambiental cuanto sigue: "...que el adolescente posee arraigo correspondiente y la contención familiar por parte de la madre, su padre y hermanos..."

De esta manera vemos que en cuanto al grado de responsabilidad del adolescente a criterio de esta Magistratura es procedente la aplicación del instituto procesal especializado de la Remisión. Por último debemos referenciar el presupuesto de **marco penal necesario** que habla el 242 del C.N.A. mencionado anteriormente, y en este sentido debemos traer a colación lo establecido en el Art. 207 del C.N.A. que dispone claramente: **"A los efectos de la medición de la medida, no serán aplicables los marcos penales previstos en las disposiciones del Derecho Penal Común"**.-----

En atención a todo lo expuesto afirmamos que los presupuestos de viabilidad en la aplicación del instituto procesal se encuentran cumplidos, por lo que seguidamente debemos entender su conveniencia, es decir, por qué es esta la salida procesal apropiada y no otra al caso que nos ocupa, nos permitimos en este sentido manifestar cuanto sigue:-----

Esta Magistratura considera procedente optar por la aplicación de este instituto procesal propio del fuero especializado en el cual nos encontramos en relación al adolescente **VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE**, desde el inicio de la presente causa, y en toda la etapa preparatoria, ha cumplido efectivamente con las medidas impuestas por este Juzgado, asimismo según los informes técnicos precedentemente citados, posee arraigo y contención familiar, igualmente se ha presentado a los llamados del Juzgado, siempre en compañía de adulto responsable, haciéndose responsable por él.- En este sentido no es menos cierto, que la víctima de autos, ha acudido en reiteradas ocasiones durante la tramitación de las audiencias en la

Abog. María Gabriela Torres
Juzgado Penal de la Adolescencia

Abog. María Gabriela Torres
Juzgado Penal de la Adolescencia

Dirección de Mediación, razón por la cual esta Magistratura ha tenido en cuenta, para dictaminar sin más trámites todo lo relacionado al presente proceso, evitando así la victimización de este, por un periodo de tiempo más extenso.

Por otro lado, el instituto procesal especializado del fuero penal juvenil nos otorga una importante herramienta para alcanzar los fines las cuales son: la educación y la resocialización de los adolescentes, teniendo en cuenta que se contempla: "el Juez resolverá remitiendo al adolescente a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice", de esta manera la normativa exige que el Juez, en ocasión de aplicar la Remisión, remita a una institución pertinente para el seguimiento del proceso educativo del adolescente, con el apoyo de la familia y una vez finalizado el proceso, es decir, como medida de protección y apoyo, de manera extrajudicial. Desde este punto de vista, nada nos parece más acertado, ya que los avances en la resocialización y reeducación del adolescente durante la sustanciación del proceso penal juvenil podrían verse amenazados por la falta de seguimiento y acompañamiento una vez finalizado el mismo, y creemos que desde la CODENI cada municipio cuenta con una dependencia acorde para velar por estos fines, que funcionando óptimamente podría prestar un importante auxilio al plan educativo pactado, por lo en atención a lo señalado esta Magistratura considera procedente optar por la aplicación del instituto procesal de la REMISIÓN a favor del adolescente VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE.

QUE, seguidamente el Aquo expondrá en cuanto a los efectos de la salida procesal mencionada, y en este sentido se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Art. 359 inc. 2° del C.P.P. que dice: "Sobreseimiento Definitivo. Corresponderá el Sobreseimiento Definitivo... 3) por extinción de la acción penal:..., dado que éste Juzgado considera que lo señalado precedentemente constituye suficiente motivo para otorgar el Sobreseimiento Definitivo al adolescente VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 359 inc. 3° y el art. 361 del Código Procesal Penal.

QUE, en consecuencia, corresponde dictar resolución decretando el sobreseimiento definitivo del imputado mencionado en la presente causa, conforme al Art. 359 inc. 2° del C.P.P. y al art. 361 del mismo cuerpo legal, librando los oficios correspondientes con la expresa manifestación de que el presente procedimiento no afecta el buen nombre y honor de que goza el mismo, debiendo cancelarse y/o borrarse el registro de la presente causa.

Y asimismo, en atención al 342 del CNA corresponde ordenar como medida de protección y apoyo a la CODENI de la ciudad de LAMBARE y a favor del adolescente VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE el acompañamiento de la mencionada institución en el cumplimiento de las siguientes: 1) continuar con sus estudios en el COLEGIO NACIONAL DE LAMBARE u otra institución educativa; 2) Residir en el domicilio en la casa de la calle CARMEN DEL PARANA Y SAN ESTANISLAO – BARRIO SAN MIGUEL de la ciudad de Lambaré; 3) obligación de continuar con su tratamiento de desintoxicación, debiendo el adolescente presentarse a la CODENI de la ciudad de Lambaré, a tales efectos.

POR TANTO, atento a lo brevemente expuesto, a las constancias de autos y a las disposiciones legales mencionadas, el Juzgado;

RESUELVE:

1. HACER LUGAR a la Remisión de conformidad al Art 242 del C.N.A. y en consecuencia prescindir de la Acción Penal.

2. DECLARAR la Extinción de la Acción Penal Pública en la presente investigación, iniciada a VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE, con C.I. N° 6.043.678, paraguayo, de 17 años de edad, nacido en fecha 23 de mayo de 1998, soltero, estudiante domiciliado en la casa de la calle CARMEN DEL PARANA Y SAN ESTANISLAO – BARRIO SAN MIGUEL – LAMBARE, hijo de don: VICTOR SERVIN y de doña: SELCIA INSAURRALDE BARRIOS.

3. SOBRESEER DEFINITIVAMENTE a VICTOR EDUARDO SERVIN INSAURRALDE, con C.I. N° 6.043.678, paraguayo, de 17 años de edad, nacido en fecha 23 de mayo de 1998, soltero, estudiante domiciliado en la casa de la calle CARMEN...



[Handwritten signature]
Abog. Mario Camilo Torres
Juez Penal de la Adolescencia

Abog. Mario Camilo Torres
Juez Penal de la Adolescencia



ASOCIACIÓN DE DEFENSORES PÚBLICOS DEL PARAGUAY - ADEPPY

PARÁMETRO	CONTENIDO
País	Paraguay
Tribunal	Corte Suprema de Justicia
Materia	Penal
Derechos involucrados	Autonomía sexual, familia, debido proceso, tutela judicial efectiva, derecho al doble conforme
Breve relación de los hechos	<p>En el juicio oral y público el asistido de la Defensa Pública fue condenado a la pena privativa de libertad de 10 años por los hechos punibles de coacción sexual en grado de tentativa y violencia familiar. Contra esa decisión el Defensor Público interpuso Recurso de Apelación Especial, alegando varios agravios entre ellos el “error in procedendo”, por violación de reglas procesales que afectan el debido proceso penal, considerando que el procesado sufre de trastorno mental. El Tribunal de Apelaciones rechazó el Recurso de Apelación especial y confirmó la condena. Contra este fallo de segunda instancia el Defensor Público interpuso Recurso Extraordinario de Casación por considerar que la resolución fue infundada.</p> <p>La Excelentísima Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por Acuerdo y Sentencia N° 634 de fecha 25 de junio de 2021, declaró admisible el recurso y en cuanto a su procedencia expresó que el fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones contiene el vicio indicado como causal de casación dispuesto en el art. 403 inc. 4 del CPP, por lo que dispuso su nulidad y por decisión directa también declaró la nulidad de la Sentencia de primera instancia por el agravio invocado por la Defensa Pública, ordenando la realización de un nuevo juicio oral.</p>
Fundamentos de derecho	<p>La máxima instancia judicial expresó en el fallo que: “... <i>el Tribunal de Sentencia, en el y público, al momento del estudio de la Reprochabilidad como presupuesto de la punibili realizar el análisis de los dos niveles (biológico psiquiátrico - normativo) requerido por del CP. - El primer nivel "biológico psicológico psiquiátrico", consiste en verificar con de los profesionales de la ciencia médica, si efectivamente, existe una de las afecciones en el Art. 23 del CP. En este caso, se constató el retraso mental leve en el acusado según psiquiátrico obrante en autos. - Sin embargo, el Tribunal de Sentencia, en este caso co realizó el análisis del segundo nivel "jurídico normativo", establecido en el citado prec que consiste en constatar si efectivamente la afección en el acusado señalada por la forense (retraso mental leve), afectó su capacidad de motivación conforme a la norma a del hecho.-</i></p>
Resolución (Liga de enlace)	A y S N° 634 de fecha 25 de junio de 2021 (se acompaña resolución)

Contexto social y económico del caso	El hecho ocurrió en una ambiente familiar vulnerable, pues las víctimas son pareja y hijastra del victimario. Todos de escasos recursos económicos.
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Tercera y última instancia
Instrumento y/o criterio internacional invocado	Art. 8 inc. 2. h) de la Ley 1/89 Pacto de San José de Costa Rica, art. 14 inc. 5 de la Ley 5/92 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,
Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)	No se dio
Votación por la que fue adoptada (si corresponde)	Por mayoría de votos (2). Anular el fallo de primera y segunda instancia, reenviar para otro juicio oral.
Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)	En disidencia (1). Por anular el fallo de segunda instancia y reenviar la causa a otro Tribunal de Apelaciones para el estudio de la apelación especial
Otra observación	



EXPEDIENTE: RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO BENICIO RUÍZ ROMÁN EN LOS AUTOS: "FRANCISCO BENÍTEZ CHÁVEZ S/ COACCIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA Y VIOLENCIA FAMILIAR. N° 348/2015".-----



ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO... *Veidicenta treinta y cuatro* -----

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los *veidicenta* días de *Mayo* del año dos mil *veidicenta y cinco*, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los Excelentísimos Señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, los Dres. LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, MANUEL RAMÍREZ CANDIA Y MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS, por ante mí, la Secretaria autorizante, se trajo el expediente caratulado: "FRANCISCO BENÍTEZ CHÁVEZ S/ COACCIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA Y VIOLENCIA FAMILIAR. N° 348/2015", a fin de resolver el Recurso Extraordinario de Casación, interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 23 de abril de 2020, dictado por el Tribunal de Apelación Multifueros de la circunscripción judicial de Paraguari.-----

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes:-----

CUESTIONES:

Es admisible el recurso de casación interpuesto?-----

En su caso, ¿Resulta procedente?-----

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de la votación, arrojó el siguiente resultado: LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, MANUEL RAMÍREZ CANDIA Y MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS.-----

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el Ministro BENÍTEZ RIERA dijo: Para analizar las condiciones de admisibilidad del recurso se debe tener presente lo dispuesto por el Art. 477 del Código Procesal Penal que determina el "OBJETO" de la impugnación al señalar: "Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese Tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena".-----

Asimismo, el Art. 478 del mismo Código individualiza en sus tres incisos, los únicos y exclusivos MOTIVOS que hacen a la procedencia de la casación y a ese respecto dispone: "El recurso extraordinario de casación procederá exclusivamente: 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor a diez años, y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional, 2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia y 3) cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados".-----

Abog. Karinna Benoni
Secretaria

Dr. Manuel Domingo Ramírez Candia
Ministro

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

El Art. 480 del Código Procesal Penal, en concordancia con el Art. 468 del mismo cuerpo legal, dispone que el Recurso Extraordinario de Casación debe interponerse en el término de diez días de notificada la resolución que se impugna, ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.-----

No debe olvidarse que el Recurso de Casación es de carácter extraordinario, lo que implica que las normas que lo regulan son de interpretación restrictiva, sin posibilidad de ampliar lo que ellas expresan, ni entenderlas analógicamente, y más cuando las mismas son tan claras, transparentes y terminantes, como lo son los Art. 477, 478 y 480 del Código Procesal Penal.-----

Precisado de este modo los límites para la admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación; veremos seguidamente si el planteo del recurrente se halla o no circunscripto dentro del marco fijado por nuestra Ley penal de forma.-----

Lo que se desprende de la lectura de la presentación que obra a fs. 178/184 de autos, es que el Recurso Extraordinario de Casación fue interpuesto por el Defensor Público Benicio Ruíz Román, en representación del procesado Francisco Inocencio Benítez Chávez, contra el Acuerdo y Sentencia N° 10 del 23 de abril de 2020, dictado por el Tribunal de Apelación Multifueros de la circunscripción judicial de Paraguarí, que dispuso: "...3) **NO HACER LUGAR** al Recurso de Apelación Especial interpuesto por el Defensor Público Abg. BENICIO RUÍZ ROMÁN, contra la Sentencia Definitiva S.D. N° 38 de fecha 07 de junio de 2.019, dictada por el Tribunal Colegiado de Sentencia, constituido por los Magistrados: GERARDO RUÍZ DÍAZ RUÍZ DÍAZ (PRESIDENTE), HUGO IGNACIO RÍOS ALCARAZ (MIEMBRO) y JORGE DANIEL GIMÉNEZ SAMANIEGO (MIEMBRO) en consecuencia **CONFIRMAR** la Sentencia Definitiva recurrida, por los argumentos expuestos...". En ese sentido, por la resolución confirmada, el Tribunal de Mérito resolvió condenar a Francisco Inocencio Benítez Chávez a la pena privativa de libertad de Diez años.-----

El recurso fue presentado ante la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en fecha 10 de junio de 2020, estando dicha presentación planteada en tiempo, ya que la resolución le fue notificada al recurrente el día jueves 28 de mayo de 2020, y descontando los días inhábiles (sábados y domingos), el recurso fue planteado al noveno día siguiente a la fecha de notificación, conforme se desprende de la cédula obrante a fs. 155 de autos; cumpliéndose de esta forma con el plazo establecido en el Art. 468 del C.P.P.-----

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, el recurrente ejerce la defensa del procesado FRANCISCO BENÍTEZ CHÁVEZ, por lo que se halla debidamente legitimado a recurrir en casación, cumpliendo el requisito previsto en el Art. 449 del Código Procesal Penal.-----

Se impugna una resolución emanada de un Tribunal de Apelación que pone fin al procedimiento, pues se confirma la condena dispuesta al procesado; cumpliéndose con el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del Código Procesal Penal.-----

Por último, en lo que hace al escrito de interposición: La forma del mismo se rige por lo dispuesto en el Art. 468 del Código Procesal Penal, al cual remite el Art. 480 del mismo cuerpo legal. A la luz de esta norma, se puede ver que el motivo invocado como ...//...



EXPEDIENTE: RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO BENICIO RUÍZ ROMÁN EN LOS AUTOS: “FRANCISCO BENÍTEZ CHÁVEZ S/ COACCIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA Y VIOLENCIA FAMILIAR. N° 348/2015”.



...causal para la procedencia del recurso, es el establecido en el numeral 3 del Art. 478 del Código Procesal Penal (resolución manifiestamente infundada) éste se halla debidamente fundado, precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, cumpliendo así los requisitos legales. En consecuencia, al hallarse verificadas las exigencias formales, corresponde **DECLARAR ADMISIBLE** para su estudio el recurso deducido. **ES MI VOTO.**

A su turno, la Ministra **MARÍA CAROLINA LLANES O CAMPO** dijo:----

ANTECEDENTES:

Que, antes de pasar al estudio de la pretensión recursiva en sí, conviene señalar las principales actuaciones de la causa, a fin de exponer el contexto procesal en el cual es presentado el recurso. Así tenemos que por **Sentencia Definitiva 38 de fecha 07 de junio de 2019** el Tribunal de Sentencia ha resuelto condenar a **Francisco Benitez Chavez** a la pena privativa de libertad de diez años por los hechos punibles de coacción sexual, violación en grado de tentativa y violencia familiar.

Posteriormente, el Tribunal *Ad-quem*, por **Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 23 de abril del 2020** resolvió entre otras cosas confirmar la decisión de primera instancia. Contra la resolución Alzada se alzó el Defensor Público Benicio Rufz Román.

ANÁLISIS DE ÉSTA MAGISTRATURA:

En primer término, es importante recordar que, nuestro sistema procesal penal exige al casacionista el cumplimiento íntegro de los requisitos formales para la admisibilidad del recurso interpuesto -análisis previo- a la cuestión substancial. En rigor, es necesario que el recurrente exprese su voluntad de impugnar en el tiempo y lugar prescritos en la ley y que, además, realice una fundamentación de motivos, en atención a las exigencias establecidas en el Código Procesal Penal.

Sobre el punto, cabe señalar que, con relación a la impugnabilidad objetiva, el **Art. 449 del Código Procesal Penal** reza: “**Reglas generales. Las resoluciones judiciales serán impugnables solo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen gravamen al recurrente...**” en concordancia con el **Art. 477 del mismo cuerpo legal** que dispone: “**Objeto. Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del Tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena**”

Abog. Karinna Pineda
Secretaría

La Honorable Señora Ministra

Dr. Manuel Domingo Restrepo Gaudin
Ministro

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

En cuanto a la impugnabilidad subjetiva, el **Art. 449 del Código Procesal Penal** reza: *"Reglas generales...El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas".*-----

En lo referente al tiempo, lugar y forma de interposición del recurso, el **Art. 480 del Código Procesal Penal** reza: *"... se interpondrá ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para el trámite y la resolución de este recurso serán aplicables, analógicamente las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia..."* y, el **Art. 468** del mismo cuerpo legal establece: *"... en el término de diez días luego de notificada 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..."*; en ese sentido, se colige que la admisibilidad del recurso se halla supeditada al cumplimiento íntegro de éstas tres condiciones, además es necesario que el recurrente manifieste su voluntad de impugnar, individualice y fundamente cada uno de los motivos en forma concreta y separada y proponga la solución que pretende.-----

Asimismo, el **Art. 478 del Código Procesal Penal** prescribe con relación a los motivos: *"... procederá, exclusivamente: 1) Cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor de diez años, y se alegue inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional; 2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia, o 3) cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados".*-----

Al respecto, cabe señalar que si existe más de un motivo de casación, es imprescindible que el impugnante separadamente señale cada una de sus quejas, citando concretamente las disposiciones legales que estime violadas o erróneamente aplicadas, e indicando cual es la aplicación que se pretende, pues este órgano juzgador queda circunscripto a los agravios aducidos, de manera que si éstos, no se hallan consignados en el escrito respectivo o simplemente si los mismos no son argumentados, corresponderá declarar la inadmisibilidad del recurso.-----

En resumen, este recurso, es un acto procesal de orden jurisdiccional, que tiene por objetivo modificar otro acto procesal de orden jurisdiccional- sentencia- bajo las condiciones establecidas para su validez, ello quiere decir que, para que éste pretenda algún resultado decisorio debe ser planteado por escrito, ante la Sala Penal, por quien tenga interés en la causa por el detrimento ocasionado y que por su naturaleza sea recurrible en esta Instancia, dentro del plazo de 10 (diez) días con las copias de las cédulas de notificación pertinentes y las copias de los fallos impugnados a fin de determinar si existe, necesariamente, una congruencia entre el motivo invocado, los agravios expresados a través de los fundamentos y la pretensión propuesta.-----

Ya claramente determinado el marco normativo, corresponde examinar si la presentación del casacionista se halla encuadrada dentro del mismo, estudiando el mérito de la pretensión deducida.-----

Que, en la presente causa, la resolución recurrida es el **Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 23 de abril del 2020** dictada por el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Paraguari que resolvió confirmar íntegramente la resolución de primera ...//...



EXPEDIENTE: RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO BENICIO RUÍZ ROMÁN EN LOS AUTOS: "FRANCISCO BENÍTEZ CHÁVEZ S/ COACCIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA Y VIOLENCIA FAMILIAR. N° 348/2015".-----



... instancia con tal decisorio, es evidente la naturaleza conclusiva de la resolución (impugnabilidad objetiva).-----

Por otra parte, se constata que el recurrente es el Defensor Público Benicio Ruiz Román por la defensa de Francisco Inocencio Benítez Chávez, y conforme al Art. 449 del C.P.P., se encuentra habilitado para recurrir ante la Sala Penal, pues la resolución que impugna es desfavorable a su pretensión jurídica (impugnabilidad subjetiva).-----

Ahora bien, con respecto a los demás requisitos formales –tiempo- lugar y forma- se advierte que, el impugnante interpuso el recurso de casación en fecha 10 de junio del 2020 y notificado de la resolución objeto de apelación en fecha 28 de mayo del 2020 ante la secretaría de la Sala Penal, por escrito fundado, alegando que el órgano de Alzada, El Tribunal de Apelaciones no respondió los agravios respecto a: 1-) Violación del debido proceso, principio de inmediación, concentración y plazo razonables, pues la audiencia preliminar habría culminado en fecha 24 de abril del 2018 y el Art. 356 C.P.P establece que la resolución debe ser dictada inmediatamente, sin embargo, la misma ha sido expedida por A.I.N° 121 de fecha 09 de mayo del 2017. 2-) Error in procedendo al seguir las reglas del procedimiento general, pues debió aplicarse el procedimiento especial previsto para personas que padecen trastornos mentales, puesto que el acusado posee una disminución de las capacidades mentales. 3-) Violación del principio de imparcialidad y congruencia al aplicar una pena privativa de libertad a quien posee disminución de sus capacidades mentales, como también al haber aplicado el Tribunal de Sentencias una sanción de 10 años, pese a que el Ministerio Público solicitó se imponga la pena de 5 años. 4-) Error en la subsunción por parte del Tribunal de Sentencia pues condenó al incoado por una calificación que no fue contemplada en la acusación y tampoco solicitada por el Ministerio Público en el debate público. 5-) Falta de fundamentación al aplicar el *quantum* sancionatorio, pues el Tribunal de Sentencias no explicó la aplicación del Art. 70 del C.P, como también una errónea fundamentación al valorar los parámetros establecidos en el Art. 65 del C.P.-----

Conforme a todo lo expuesto precedentemente, corresponde declarar la admisibilidad del recurso planteado por el Defensor Público. **ES MI VOTO**.-----

A su turno, el Ministro **MANUEL RAMÍREZ CANDIA** dijo: Comparto la decisión de la Sra. Ministra, María Carolina Llanes Ocampos, en el sentido de declarar la ADMISIBILIDAD del presente Recurso de Casación. Comparto el análisis realizado acerca del plazo, y sobre la capacidad para recurrir del Defensor Público Abg. Benicio Ruiz Román, conforme a lo establecido en el voto de la citada Ministra.-----

Ahora bien, a diferencia de la referida Ministra, a mi criterio, el objeto del recurso de casación está dado en los términos del Art. 477 del CPP, en su primer inciso, por que el

Libro del Defensor Público

Dr. Manuel Ramírez Candia
Ministro

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

recurrente utiliza este medio de impugnación contra una sentencia del Tribunal de Apelaciones. ES MI VOTO. -----

A la segunda cuestión planteada el DOCTOR BENÍTEZ RIERA prosigue diciendo: El impugnante sostiene que el Tribunal de Apelaciones ha dictado una resolución manifiestamente infundada, básicamente por no haber dado respuesta concreta a los puntos de agravio señalados por la defensa técnica en el marco del Recurso de Apelación Especial. En ese sentido mencionó que en el escrito de Apelación Especial fueron atacados cinco puntos específicos que no obtuvieron respuesta por parte del tribunal de Alzada referentes a: **I. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO. Principio de inmediación, de concentración y de plazo razonable**, en razón de que se dictó el auto de apertura a juicio oral y público 15 días después de terminada la audiencia preliminar en violación a lo dispuesto en el Art. 356 del C.P.P.; **II. ERROR IN PROCEDENDO**, puesto que pese a que la psiquiatra forense del Poder Judicial diagnosticó a su defendido con trastorno y retraso mental, el mismo fue procesado, acusado y considerado como una persona reprochable y en oportunidad de realizarse el juicio oral y público, haciendo caso omiso a la solicitud realizada por el representante del Ministerio Público de que al mismo le sea impuesta una medida de internación en un hospital psiquiátrico por el plazo de 5 años por considerarlo irreprochable, el Tribunal lo declaró reprochable y lo condenó a 10 años de pena privativa de libertad; **III. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD Y CONGRUENCIA DE LA SANCIÓN Y SU CUANTÍA**, ya que el Tribunal de Sentencia se apartó de la petición final del órgano acusador al aplicar como sanción una pena privativa de libertad de 10 años, habiéndose requerido como medida de mejoramiento la internación del procesado por 5 años en un hospital psiquiátrico. **IV. ERROR IN IUDICANDO EN LA CALIFICACIÓN DEL HECHO**, dado que el Tribunal de Sentencia calificó el hecho punible atribuido a su defendido dentro de las previsiones del inc. 3° del art. 128 del C.P (violación agravada por la edad de la víctima), como hecho punible tentado, a pesar de que nunca fue acusado, ni admitida dicha calificación en el auto de apertura a juicio; y, **V. ERROR EN LA DETERMINACIÓN DEL MARCO PENAL Y LA PENA APLICADA**, puesto que considera que hubo una doble medición de la pena por parte de los miembros del tribunal de sentencia y que hubo una errónea aplicación de las reglas del concurso previstas en el Art. 70 del CP.-----

6/14

Señala que ninguno de los puntos de agravio expuestos por la defensa, respuesta por parte del Tribunal de Alzada, por lo que considera que el Acuerdo y Sentencia impugnado deviene manifiestamente infundado, considerando que el Ad quem se limitó a realizar consideraciones generales de los hechos y la descripción de medios de prueba omitiendo tratar de manera expresa los puntos cuestionados por la defensa. **Propone como solución**, se haga lugar al Recurso Extraordinario de Casación, anulando el Acuerdo y Sentencia impugnado y por decisión directa la nulidad de la Sentencia Definitiva de Primera instancia, decretando el Sobreseimiento Definitivo, por violación del debido proceso penal o, en su defecto el Reenvío de la causa a otro Tribunal de sentencia para la reposición del juicio conforme al Art. 473 del CPP.-----

Corrido el traslado de ley, la representante del Ministerio Público María Soledad Machuca Vidal, lo contestó en los términos del escrito obrante a fs. 193/198, en el que solicitó se haga lugar al Recurso Extraordinario de Casación y se reenvíe la presente causa a un nuevo Tribunal de Apelaciones a los efectos de que resuelva la apelación especial planteada en su oportunidad por la defensa, ya que los magistrados de segunda instancia no han contestado los planteamientos concretamente propuestos en oportunidad del estudio de la apelación especial de la sentencia, circunstancia que convierte a la decisión impugnada en una ...//...



EXPEDIENTE: RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO BENICIO RUÍZ ROMÁN EN LOS AUTOS: "FRANCISCO BENÍTEZ CHÁVEZ S/ COACCIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA Y VIOLENCIA FAMILIAR. N° 348/2015".-----



... resolución pasible de casación, puesto que no fue realizado con suficiencia el control de legalidad de la sentencia emitida por el mérito, dentro de los límites de los puntos impugnados por el recurrente.-----

Para verificar en el presente caso si la resolución impugnada por la vía casacional se ajusta o no a derecho, corresponde determinar si efectivamente el Tribunal Ad quem ha dictado una resolución manifiestamente infundada en el sentido de no haberse expedido de manera fundada sobre los agravios planteados por la defensa.-----

Al respecto, es conveniente delimitar la expresión "manifiestamente infundada" y en ese sentido decimos: "... Se halla inmotivado el auto cuando carece de los elementos de hecho y de derecho en que se basa la solución acordada" (Lino Enrique Palacio – Los recursos en el Proceso Penal, Abeledo Perrot, Bs. As. Pág. 112). Creemos que una sentencia definitiva o auto interlocutorio no está fundado cuando acaece sobre aquellos los vicios de fundamentación aparente, fundamentación incompleta, fundamentación arbitraria o de error en la congruencia que debe existir entre lo que se tiene por probado y el derecho aplicable al caso.-----

El Art. 256 de la Constitución Nacional dispone: "... Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley...". El art. 465 del C.P.P establece: "*la resolución del Tribunal de Apelaciones estará sujeta en lo pertinente, a las formalidades previstas para los autos y las sentencias y, en todo caso, fundamentará sus decisiones*". Con esta norma concuerda el Art. 125 del CPP, que expresa: "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 mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación".-----

La normativa citada concuerda igualmente con el Art. 398 inc. 2 y 3 del C.P.P, que expresan: 2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan; 3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado."-----

Abog. Karina Penoni
Secretaría

En ese sentido, "La motivación de la sentencia es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión". (Oscar R. Pandolfi. Recurso de Casación Penal Ed. La Rocca – Bs. As. 2001 – Pág. 419). Haciendo una conjunción de las normas mencionadas y con el conocimiento doctrinario, se ve que el proceso de fundamentación debe abarcar la eliminación de todos los vicios que puedan afectar al razonamiento humano y su clara explicación, eliminando problemas tales como argumentar decisiones que no se basen en pruebas, que dejen de analizar pruebas o que una vez analizadas éstas, se llegue a decisión contraria atentando a la congruencia entre la realidad y lo que de ella se dice.-----

...
...
...

Dr. Daniel Defensor Público General

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

De la atenta lectura de la resolución impugnada y del escrito de Apelación Especial presentado por el Defensor Técnico de Francisco Benítez Chávez, surge claramente que el Ad quem, si bien ha copiado en la resolución parte de los agravios planteados por la defensa en su escrito de apelación especial, al momento de abordar el estudio del recurso, no se ha expedido sobre ninguno de ellos, sino que se limitó a citar las pruebas producidas en el Juicio Oral y Público y extractos del Art. 65 del CP, para luego sostener de manera genérica que la decisión asumida por el Tribunal de sentencia se hallaba ajustada plenamente a derecho y que compartían el criterio de medición de la pena expuesto por el Tribunal de Sentencia, por lo que debía confirmarse la resolución de primera instancia.-----

En ese sentido, se observa que no han examinado si el razonamiento del A quo, respecto a dichos puntos, fue realizado conforme a la sana crítica racional y ajustado a derecho, sino que se limitaron a exponer argumentos generales, esgrimiendo consideraciones genéricas que justificaban la pena impuesta, evitando referirse a los agravios y la situación concreta expresada por el recurrente.-----

Es así que se puede afirmar que la conclusión a la cual ha arribado el Tribunal de Apelaciones respecto a que ***la Sentencia Definitiva debe ser confirmada íntegramente porque se halla ajustada plenamente a derecho***, es producto de una exposición generalizada de afirmaciones abstractas, sin entrar a analizar en concreto los agravios expuestos por el apelante; esto es verificable con la simple transcripción de algunos de los argumentos utilizados por el Ad quem tales como: “...los argumentos esgrimidos en sustento de la decisión asumida por el Tribunal Colegiado de Sentencia se halla ajustada enteramente a derecho, conforme a los medios probatorios ofrecidos y producidos consistentes en las testimoniales de los señores ..., ... Así como las instrumentales agregadas en autos, como ser: 1),2),3)...,14...” “... en ese sentido, asumiendo esta opinión que los fundamentos expuestos en la – Sentencia Definitiva N° 38 de fecha 07 de junio de 2019- recurrido- el tribunal encargado del Juzgamiento de la presente causa, para el sustento de la decisión asumida ha analizado entera y detalladamente los puntos a ser considerados en el Art. 65 del Código Penal ...” “...Igualmente comparte el criterio expuesto por el Tribunal Colegiado de sentencia en el punto de la MEDICIÓN DE LA PENA, específicamente en cuanto a los móviles y fines del autor, en que refieren, no habiendo disquisiciones a exponer, le motivan a confirmar la sanción aplicada por el Tribunal colegiado de sentencia...”.-----

De las argumentaciones vertidas por el Tribunal Ad quem, se colige que Éste no ha analizado los agravios referidos por la defensa y mucho menos la corrección del proceso lógico realizado por el Tribunal de Sentencia al momento de la imposición de la pena; incumpliendo en ese sentido su función de control de legalidad y consecuentemente privando al recurrente de obtener respuesta a sus agravios en segunda instancia; en consecuencia, corresponde que el fallo cuestionado sea anulado en virtud a las previsiones del Art. 478 inc. 3 del C.P.P.-----

En atención a los fundamentos expuestos y con sustento legal en el Art. 478 inc 3, del Código Procesal Penal, corresponde Hacer Lugar al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la defensa del procesado FRANCISCO BENÍTEZ CHÁVEZ, contra el Acuerdo y Sentencia N°10 del 23 de abril de 2020, dictado por el Tribunal de Apelación Multifueros de la circunscripción judicial de Paraguari, Anulándolo y Reenviando estos autos a otro Tribunal de Apelación (Art. 373 del C.P.P) a los efectos de que el recurso de ...//...



EXPEDIENTE: RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO BENICIO RUÍZ ROMÁN EN LOS AUTOS: “FRANCISCO BENÍTEZ CHÁVEZ S/ COACCIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA Y VIOLENCIA FAMILIAR. N° 348/2015”.



señalado. Es un voto especial impetrado contra la sentencia definitiva de primera instancia sea estudiado. Es un voto.

A su turno, la Ministra **MARÍA CAROLINA LLANES O CAMPO** dijo: En ese entorno se evidencia claramente que la cuestión principal versa en determinar si el fallo de la Alzada es manifiestamente infundado -previa distinción entre la fundamentación *ausente*, *defectuosa*, y *aparente o insuficiente*- pese al deber ineludible de formular una exposición lógicamente razonada de los argumentos en que apoya su conclusión.

Sobre el punto, resulta oportuno traer a colación lo dispuesto en el **Art. 256 de la Constitución Nacional**: “...*Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta constitución y en la ley...*” en concordancia con el **Art. 125 del CPP** que establece: “...*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...*” y, el **Art. 398 del mismo cuerpo legal** que reza: “... 2) *El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan; 3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima...*”.

Inclusive, deviene acertado puntualizar lo prescrito en el artículo **403 inc. 4° del CPP**: “**Vicios de la sentencia.** Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación y la casación, serán los siguientes: inc. 4. “*que carezca, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal. Se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales. Se entenderá que es contradictoria la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo...*”.

El ilustre doctrinario Cafferata Nores señala respecto a la fundamentación “...permite que los interesados puedan conocer las razones que sostienen el decisorio y las premisas que otorgan sustento al pronunciamiento, ya sea con el fin de resolver su acatamiento o para fundar la respectiva impugnación que el ordenamiento legal concede...” **CAFFERATA NORES, JOSÉ.** La prueba en el proceso penal; p. 51, Quinta Edición.

Abog. Karlo
Secretaría

En ese orden de ideas y en consonancia con las garantías enunciadas precedentemente, la fundamentación de una resolución judicial -sentencia o auto interlocutorio- está constituida por el plexo de razonamientos lógicos y coherentes que sustentan la decisión arribada por el juzgador; es decir, implica señalar los motivos jurídicos que reflejan el nexo entre las cuestiones de hecho y de derecho, atendiendo que, por un lado, permite el doble control en beneficio de las partes -que no se vean afectadas por decisiones arbitrarias- y la sociedad -para verificar la correcta aplicación de esta manifestación de la voluntad soberana- y, por el otro, posibilita al lector reconocer la concatenación del razonamiento empleado.

Dr. Manuel Domingo Rodríguez González
Ministro

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

Además, cuando cualquiera de las partes impetra la intervención del órgano jurisdiccional, está ejerciendo un derecho *-tutela judicial efectiva-* por lo que, basta que este último omita la oportuna y adecuada ponderación de los argumentos expuestos y capaces de gravitar en la decisión final, para considerarlo como un fallo carente o insuficiente o aparente de fundamentación.-----

Visto así, se desprende a todas luces que, el tribunal *Ad quem* confirmó el fallo del inferior evadiendo pronunciarse sobre aspectos específicamente atacados por el apelante, circunstancia que evidencia una deficitaria función motivadora que no resulta acorde con el deber de fundamentación ni el Principio *tantum apellatum quantum devolutum -exigencia íntimamente ligada al control de la resolución-* razón por la cual, corresponde casar el mentado Acuerdo y Sentencia *-al no sortear el contralor de la logicidad que imperiosamente debe revestir a todo pronunciamiento-* y, mediante decisión directa *sin reenvío*¹ resolver el recurso planteado contra la decisión del Tribunal de Sentencias a fin de evitar un superfluo dispendio de tiempo y de energía jurisdiccional que son componentes gravitantes de los Principios de celeridad y economía procesal.-----

Ahora bien, de conformidad a lo expuesto precedentemente, pasamos a controlar los aspectos de la resolución de primera instancia que generaron los mal atendidos agravios que la apelante logra hacer llegar a esta instancia.-----

En este sentido, atendiendo a la naturaleza del segundo agravio expuesto por el recurrente - *error in procedendo por no aplicar el procedimiento especial previsto en el TÍTULO V del C.P.P-* se procederá directamente a su análisis, en atención a la solución a ser dictada por esta Sala. Ahondando en el examen, se coteja que durante la etapa preparatoria se adjuntó el examen psiquiátrico forense respecto al incoado Francisco Benitez Chavez, que a fs. 91 expresa: *“Diagnóstico: este trastorno disminuye su capacidad de entender o querer los actos del procedimiento o de obrar conforme a ese conocimiento y voluntad”*. Posteriormente, en etapa intermedia esta situación ha sido resaltada por el abogado de la defensa pública, quien solicitó el practicamiento de un nuevo diagnóstico que determine si al momento de la comisión del hecho el mismo padecía de un trastorno mental o de otra característica. Seguidamente, como medida de mejor proveer el Tribunal de Sentencias solicitó el mentado informe, el cual arrojó lo siguiente: *“no se puede determinar si en el momento de la comisión del hecho investigado, que el acusado Francisco Benitez Chavez, haya presentado impedimento para conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento”*.-----

De esta manera, los informes arriba citados arrojaron indicios de que posiblemente el incoado sufría una incapacidad mental. Sin embargo, de la lectura del acta de juicio y de la sentencia dictada no se corrobora que el Tribunal de Sentencias haya llegado al estado de certeza o convicción inequívoca acerca del estado de salud del condenado, circunstancia que pone en peligro la prosecución del debido proceso.-----

¹ **Art. 473 del CPP** *“Reenvío. Cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, el tribunal de apelaciones anulará totalmente o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal. Cuando la anulación sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio”*

Art. 474 del CPP *“Decisión directa. Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver, directamente, sin reenvío”*



EXPEDIENTE: RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO BENICIO RUÍZ ROMÁN EN LOS AUTOS: "FRANCISCO BENÍTEZ CHÁVEZ S/ COACCIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA Y VIOLENCIA FAMILIAR. N° 348/2015".-----



En este sentido, cabe recordar que la capacidad procesal es la aptitud que requiere toda persona física para intervenir válidamente en el proceso penal y se halla definida como: "la aptitud de entender, querer y obrar válidamente en el proceso seguido en su contra, lo cual hace posible que intervenga en él efectivamente en condiciones siquicas que aseguren el ejercicio de su derecho de defensa".²-----

Por tanto, resulta necesario que el *Aquo-en uso de sus facultades normativas*³ arbitre los mecanismos pertinentes para determinar si el imputado se halla con capacidad procesal para intervenir en el juicio, ante la negativa, será de rigor el cumplimiento de las reglas previstas en el "Título V Procedimiento Para La Aplicación De Medidas De Mejoramiento.", que poseen fines diferentes a los previstas por las penas privativas de libertad.-----

Ante las problemáticas procesales expuestas, corresponde REENVIAR la causa para la realización de un nuevo contradictorio público, a fin de que se tengan en cuenta las circunstancias arriba descritas.-----

En cuanto a las costas procesales, en materia penal las mismas son impuestas con un criterio de absoluta equidad y este criterio de equidad implica no imponer las costas a quien sin temeridad ni mala fe ha instaurado la acción penal, situación considero se ha dado en este caso, conforme las constancias de autos; todo ello, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 261 del Código Procesal Penal, que copiada expresa: "Toda expresión que ponga término al procedimiento o a un incidente, se pronunciara sobre el pago de las costas procesales", por lo que de la atenta lectura del citado artículo y de las constancias obrantes en autos, corresponde imponer las costas en el orden causado, al no hallarse reunidos los requisitos exigidos para imponerlas a una de las partes. **ES MI VOTO.**-----

A su turno, el Ministro **MANUEL RAMÍREZ CANDIA** dijo: Comparto la decisión asumida en el voto de la Ministra María Carolina Llanes Ocampos, en el sentido de **HACER LUGAR** al Recurso de Casación, por cuanto la decisión del Tribunal de Alzada ha omitido cumplir con su labor de control al no contestar los agravios propuestos por la defensa técnica del Sr. Francisco Benítez Chávez, que consistían en: 1. Violación del debido

Abog. Karinna Ferroni

Secretario Alfredo Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal, Tomo II, p. 343.

³ Artículo 398. **INTERROGATORIO.** El presidente, después de interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su testimonio, le concederá la palabra para que informe todo lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de la prueba. Al finalizar el relato o si el testigo no puede, no quiere hacerlo o le resulta dificultoso, el presidente permitirá el interrogatorio directo, comenzando por quien lo propuso y continuando con las otras partes, en el orden que considere conveniente. Por último, el mismo presidente y los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo.

El presidente moderará el interrogatorio y evitará que el testigo conteste a preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurando que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad del declarante. Las partes podrán plantear la reposición de las decisiones del presidente que limiten el interrogatorio u obstar las preguntas que se le formulen. Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de las noticias, designando con la mayor precisión posible a los terceros que se las hayan comunicado. Artículo 399. **PRUEBA PARA MEJOR PROVEER.** Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento, cuidando de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

Dra. Ma. Carolina Llanes Ocampos
Ministra

Dr. Manuel Ramírez Candia
Ministro

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

proceso. Principio de Inmediación, de concentración y de plazo razonable, 2. Error in procedendo, se aplicó el procedimiento ordinario a una persona con un trastorno mental, debiendo haberse utilizado el procedimiento especial para la aplicación de las medidas de mejoramiento, dispuesto en los Arts. 428, 431 del CPP, 3. Violación del principio de imparcialidad y congruencia en la aplicación de la sanción y su cuantía, 4. Error in iudicando en la calificación del hecho, 5. Error en la determinación del marco penal y pena aplicada, y por ello el fallo impugnado debe ser anulado, bajo los siguientes argumentos: -----

El fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones en mayoría, contiene el vicio indicado como causal de casación dispuesto en el Art. 403, inciso 4, del C.P.P., debido a que no ha respondido los agravios que le fueron expuestos en grado de Apelación Especial por la defensa técnica del acusado. El órgano revisor ha realizado un relato insustancial que no permite conocer el razonamiento jurídico por el cual entiende que el colegiado de mérito ha dictado una decisión fundada. Por consiguiente, el motivo de resolución manifiestamente infundada está dado y corresponde declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 10, de fecha 23 de abril del 2020. -----

Asimismo, me adhiero al voto de la citada Ministra respecto a la solución adoptada por Decisión Directa, en el sentido de ANULAR LA SENTENCIA DEFINITIVA de primera instancia, y ORDENAR el reenvío de la presente causa penal a otro Tribunal de Sentencia para la reposición del juicio oral y público, agregando los siguientes argumentos que se exponen a continuación: -----

En la presente causa penal, la defensa técnica se agravó por la existencia de un “Error in procedendo por la falta de utilización del procedimiento especial para la aplicación de medidas de mejoramiento dispuestas por el Art. 428 al 431 del CPP”, porque su defendido posee un “Retraso mental leve”, según surge del examen psiquiátrico (fs. 91 de autos), realizado por la Psiquiatra Forense Dra. Tomasa Victoria Adorno. -----

Conviene resaltar que, dicha circunstancia, hace a la nulidad absoluta de todo el procedimiento, habida cuenta que el Representante del Ministerio Público en el momento de acusar tuvo la obligación de aplicar lo dispuesto en el **Título V** del CPP, que establece el *Procedimiento para la aplicación de medidas de mejoramiento*, teniendo en cuenta que durante la investigación ya constató a través del informe psiquiátrico que el acusado se encontraba con un *retraso mental leve*. -----

Asimismo, el Tribunal de Sentencia, en el juicio oral y público, al momento del estudio de la Reprochabilidad como presupuesto de la punibilidad, debió realizar el análisis de los dos niveles (biológico psiquiátrico - normativo) requerido por el Art. 23 del CP, que adoptó el método mixto para la determinación de la falta de reprochabilidad. -----

El primer nivel “biológico psicológico psiquiátrico”, consiste en verificar con la ayuda de los profesionales de la ciencia médica, si efectivamente, existe una de las afecciones señaladas en el Art. 23 del CP. En este caso, se constató el **retraso mental leve** en el acusado según el informe psiquiátrico obrante en autos. -----

Sin embargo, el Tribunal de Sentencia, en este caso concreto, no realizó el análisis del segundo nivel “jurídico normativo”, establecido en el citado precepto legal, que consiste en constatar si efectivamente la afección en el acusado Francisco Benítez Chávez señalada por la Psiquiatra forense (retraso mental leve), afectó su capacidad de motivación conforme.. //...



EXPEDIENTE: RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO BENICIO RUÍZ ROMÁN EN LOS AUTOS: "FRANCISCO BENÍTEZ CHÁVEZ S/ COACCIÓN SEXUAL Y VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA Y VIOLENCIA FAMILIAR. N° 348/2015".-----



Conforme a la norma en el momento del hecho, de acuerdo a las circunstancias fácticas del juicio, para luego establecer normativamente si se produjo en el acusado la **falta de reprochabilidad**, en cuyo caso no se debe aplicar una pena, pero si una medida que posee fines diferentes a las perseguidas por las penas privativas de libertad, o si se originó en el acusado sólo la **disminución de su capacidad de motivación de acuerdo a la norma**, y en ese caso debe atenuarse la pena de forma obligatoria con arreglo al Art. 67 del CP.-----

Conforme a las argumentaciones expuestas, corresponde HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto, y ANULAR el fallo del Tribunal de Apelaciones. Asimismo, por Decisión Directa, corresponde ANULAR la S.D. N° 38 de fecha 07 de junio de 2019, dictada por el Tribunal de Sentencia, y ordenar el reenvío de la presente causa para que otro tribunal realice un nuevo juicio oral y público en la presente causa penal, debiendo tener especial consideración al retraso mental leve que posee el acusado al momento del análisis de la reprochabilidad, así como para la aplicación de una sanción o no según corresponda de acuerdo a la capacidad de motivarse según la norma que posea el acusado. **ES MI VOTO.**---

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

Ante mí:

Abog. Karinna Penoni
Secretaria

Dr. Manuel Domingo Benítez Candi
Ministro

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

ACUERDO Y SENTENCIA N° 634-----

Asunción, 25 de Junio de 2021.-

Y VISTOS: 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 articulado por el Defensor Público Benicio Ruiz Roman.-----
- 2) **DECLARAR LA NULIDAD** del Acuerdo y Sentencia Nro. 10 de fecha 23 de abril del 2020 y de la Sentencia Definitiva N° 38 de fecha 07 de junio de 2019, y en consecuencia reenviar estos autos a la Oficina de Coordinación de Juicios Orales y Seguimientos para la realización de un nuevo juicio oral y público, conforme a los términos y alcances expuestos en el considerando de la presente resolución.-----
- 3) **COSTAS**, en el orden causado.-----
- 4) **ANOTAR**, notificar y registrar.-----

Ante mí:

Abog. Karinna Penoni
Secretaria

Dr. Manuel Domingo Ramirez Cardia
MINISTRO

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra





**ASOCIACIÓN DE DEFENSORES PÚBLICOS
DEL PARAGUAY - ADEPPY**

PARÁMETRO	CONTENIDO
País	Paraguay
Tribunal	Corte Suprema de Justicia
Materia	Penal
Derechos involucrados	Deber alimentario, derecho a la defensa, tutela judicial efectiva, derecho al doble conforme
Breve relación de los hechos	<p>El Defensor Público de la ciudad de Ybycui e interino de Quiindy, Benicio Ruiz Román, planteó ante la Excelentísima Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el Recurso Extraordinario de Casación a favor de su defendido, quien en fecha 13 mayo del año 2019 había sido condenado en juicio oral y público por el hecho punible de Incumplimiento del deber legal Alimentario. Contra esa decisión del Tribunal de Sentencia de Paraguari, el Defensor Público interviniente interpuso Recurso de Apelación Especial, alegando violación de reglas procesales y del derecho material, recurso que fuera rechazado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Paraguari en fecha 27 de mayo de 2020, confirmando la condena. Contra este fallo de segunda instancia el Defensor Público interpuso Recurso Extraordinario de Casación por considerar que la resolución fue infundada, solicitando la nulidad de los fallos y el sobreseimiento definitivo de su defendido.</p> <p>Finalmente la Excelentísima Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por Sentencia N° 185 de fecha 25 de marzo 2022, resolvió hacer lugar al recurso extraordinario de casación, declarar la nulidad de los fallos de primera y segunda, ordenando el sobreseimiento definitivo del procesado por decisión directa, conforme al art. 474 del CPP.</p>
Fundamentos de derecho	<p>La Ministra preopinante Dra. Carolina Llanes expresó en lo sustancial de su voto: <i>“...lo que se debe demostrar es que la conducta que se atribuye al procesado efectivamente ocurrió de la manera afirmada, los cuales en el presente caso están ausentes, lo que produce un obstáculo procesal que impide el control de la correcta aplicación de los supuestos fácticos con la norma penal derribando lógicamente el análisis de derecho realizado por el Tribunal de Sentencia y por ende la pena impuesta al acusado, por lo que la nulidad del fallo deviene insoslayable.</i></p> <p>El Ministro Dr. Manuel Ramírez Candía sostuvo: <i>“... La declaración que realiza el imputado debe versar sobre los hechos que se le imputan y las pruebas que existen en su contra. Estas obligaciones sirven para garantizar en todo momento la necesaria correspondencia entre hecho imputado, hecho acusado y hecho sentenciado; todo ello tendiente a asegurar la defensa del justiciable y evitar que a este se le condene por un hecho sobre el cual no tuvo posibilidad de ejercer convenientemente el derecho a la defensa...En las condiciones expresadas, se</i></p>

	<i>verifica que existe una violación de las normas procesales respecto a las reglas previstas para la declaración indagatoria, y que el vicio se halla en etapas iniciales del proceso (etapa investigativa) no cabe otra opción que por decisión directa anular la S.D. N° 31 del 13 de noviembre del 2019 y en consecuencia ordenar el sobreseimiento definitivo del acusado”.</i>
Resolución (Liga de enlace)	A y S N° 185 de fecha 25 de marzo de 2022 (se acompaña resolución)
Contexto social y económico del caso	Capacidad de pago del alimentante no fue analizada. El hecho juzgado ocurrió en una comunidad vulnerable, de escasos recursos económicos.
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Tercera y última instancia
Instrumento y/o criterio internacional invocado	Art. 8 inc. 2. h) de la Ley 1/89 Pacto de San José de Costa Rica, art. 14 inc. 5 de la Ley 5/92 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,
Medidas de reparación integral adoptadas (si corresponde)	No se dio
Votación por la que fue adoptada (si corresponde)	Por mayoría de votos (2). Anular el fallo de primera y segunda instancia, sobreseer definitivamente
Votos concurrentes o disidentes (si corresponde)	En disidencia (1). Por anular el fallo de segunda instancia y reenviar la causa a otro Tribunal de Apelaciones para el estudio de la apelación especial
Otra observación	



EXPEDIENTE: "MINISTERIO PÚBLICO C/ ELVIO RAMÓN VERA FERNÁNDEZ S/ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".



ACUERDO y SENTENCIA N° Ciento ochenta y cinco

En la ciudad de Asunción, capital de la República del Paraguay, a los veinticinco días del mes de Marzo del dos mil veintidós, estando presentes en la Sala de Acuerdos los ministros de la Excm. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, **MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS, LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA y MANUEL DEJESÚS RAMÍREZ CANDIA**, ante mí, la secretaria autorizante, se trajo a estudio el expediente caratulado: "MINISTERIO PÚBLICO C/ ELVIO RAMÓN VERA FERNÁNDEZ S/ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO" para resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor público Benicio Román Ruiz en representación del procesado Elvio Vera en contra del Acuerdo y Sentencia N° 21 del 27 de mayo de 2020, dictado por el Tribunal de Apelación Multifuero de la circunscripción judicial de Paraguari.

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excm. Corte Suprema de Justicia, resolvió plantear las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

En su caso ¿resulta procedente?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, arrojó el siguiente resultado: Llanes Ocampos, Benítez Riera y Ramírez Candia.

A la primera cuestión planteada, la ministra María Carolina Llanes, dijo: El régimen recursivo vigente impone a este tribunal, verificar si el planteamiento escrito obedece íntegramente los requerimientos formales -condicionan la viabilidad- previstos en los arts. 449, 477, 478, 480 y 468 del CPP.

Abg. Karinna Penoni
Secretaria

¹Art. 449, CPP. "Reglas generales. Las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen gravamen al recurrente. El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas"

Art. 477, CPP. "Objeto. Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena"

Art. 480, CPP. "Trámite y resolución... 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..."

Art. 468, CPP. "Interposición... en el término de diez días luego de notificada 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..."

Art. 478, CPP. "Motivos... procederá, exclusivamente: 1) Cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor a diez años, y se alegue inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional; 2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia... o 3) cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados"

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia
MINISTRO

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

1

En definitiva, este recurso es un acto procesal de orden jurisdiccional que tiene por objetivo “modificar” o “dejar sin efecto” otro acto procesal de orden jurisdiccional *-sentencia o interlocutorio-* en el que se identifiquen graves errores *-in iudicando o in procedendo-* de derecho; y, para que éste pretenda algún resultado decisorio debe ser planteado por escrito, ante la Sala Penal, por quien tenga interés en la causa por el detrimento ocasionado y que por su naturaleza sea recurrible en esta instancia, dentro del plazo de 10 (diez) días con las copias de las cédulas de notificación pertinentes y las copias de los fallos impugnados a fin de determinar si existe, necesariamente, una congruencia entre el motivo invocado, los agravios expresados a través de los fundamentos y la pretensión propuesta.-----

En el presente caso, se observa que la presentación aducida se dirige contra el fallo dictado por la Alzada que *confirmó íntegramente la sentencia condenatoria del acusado* –impugnabilidad objetiva– fue recurrida por la defensa técnica del condenado, quien se encuentra legitimado para ello –impugnabilidad subjetiva– por el medio habilitado para su promoción, ante la secretaria de la Sala Penal, en fecha 13 de octubre de 2020² –modo, tiempo y lugar– invocando los incs. 2 y 3 del art. 478 del CPP, pues considera que el tribunal al omitir el tratamiento de los agravios aducidos en la apelación especial, incurrió en el vicio de incongruencia omisiva y arbitrariedad obviando las normativas previstas en el código de forma art. 125, 403 inc. 4) y 7) en consonancia con lo dispuesto en el art. 256 de la CN, razón por la cual, solicita la nulidad del fallo.-----

En cuanto a la **segunda causal**, la normativa exige para la admisibilidad del recurso: **a)** que tanto la resolución impugnada en casación como la denunciada como precedente sean fallos del mismo nivel o instancia y traten respecto a una materia común, pues la contradicción debe darse entre fallos del Tribunal de Apelaciones o de éstos con las dictadas por la Corte Suprema de Justicia; **b)** la resolución a la cual supuestamente se contradice la sentencia impugnada debe ser anterior, firme, válida y sobre la misma materia; **c)** se debe presentar con el escrito pertinente, copia autenticada del fallo a la cual se contradice la resolución recurrida —TAP— o, por lo menos, individualizarlo claramente —CSJ—; **d)** se debe realizar una argumentación jurídica y un trabajo de exégesis entre el fallo atacado con el precedente invocado a los efectos de desentrañar los aspectos comparativos que fundaron la contrariedad. **Empero**, la exposición realizada por el casacionista no resulta satisfactoria, ya que se ha limitado a transcribir parcialmente el razonamiento que sustenta el *Acuerdo y Sentencia N° 370 del 4 de junio de 2019* dictado por la Sala Penal, obviando señalar la similitud en la plataforma fáctica y dejando claro que ambas resoluciones tienen el mismo objeto de discusión, explicando cuáles han sido los argumentos esbozados en cada fallo y en qué punto/s resultan contradictorios, omitiendo la labor lógica de desentrañar los aspectos que fundaron la contrariedad. Tampoco, el *Acuerdo y Sentencia N° 682 del 12 de agosto de 2020* puede ser considerado como un antecedente válido en razón de que fue dictado con posterioridad a la resolución atacada. **Por consiguiente, corresponde rechazar el análisis de este motivo, por inconducente.**-----

Ahora bien, la **tercera causal** condiciona que el escrito casatorio vislumbre una correcta argumentación jurídica en atención al carácter extraordinario y eminentemente técnico de la casación que exige una concordancia armónica entre motivo, fundamentación y propuesta de solución que integran los imprescindibles eslabones formales a las que está supeditada la procedencia del recurso, lo que presupone que los agravios deben contener un plexo argumental

² La defensa técnica fue notificada el 28 de septiembre de 2020 conforme surge de la cédula de notificación obrante en autos, es decir, dentro del plazo enmarcado en la normativa.



EXPEDIENTE: "MINISTERIO PÚBLICO C/ ELVIO RAMÓN VERA FERNÁNDEZ S/ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".-----

razonado y autosuficiente que identifica los defectos que anidan en el fallo, demostrando clara y concretamente la violación existente, el vicio o error del que adolece el fallo impugnado, el modo como se afecta los derechos y su carácter de infundado, ya que tal exigencia constituye el elemento primordial de contenido crítico, valorativo y lógico de la impugnación que fija la competencia y determina el ámbito de control del órgano revisor. En este caso, se verifica que el recurrente ha realizado una correcta argumentación sobre las razones que amparan el análisis del pronunciamiento jurisdiccional, en qué consistió el daño inferido, cuál fue la norma transgredida como la solución pretendida, cumpliendo así los requisitos legales para ser atendido por esta máxima instancia. **Por tanto, corresponde declarar la admisibilidad del recurso por este motivo. ES MI VOTO.**-----

A su turno, el **ministro Luis María Benítez Riera** sostuvo: Considero que el recurso de casación interpuesto ha sido presentado dentro del plazo previsto en la ley; por escrito y ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Además, en el escrito forense se expresan concretamente los motivos y su respectivo fundamento, sin haber omitido proponer la solución que pretende. En consecuencia, al estar cumplidas íntegramente las exigencias formales requeridas por el **Artículo 468** en concordancia con el **Artículo 480** del ritual penal, corresponde **DECLARAR ADMISIBLE** para su estudio el recurso de casación deducido por la defensa y explorar la juridicidad de la cuestión de fondo controvertida. **ES MI VOTO.**-----

A su turno, el **ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia** dijo: En cuanto a la admisibilidad del recurso extraordinario de casación considero que debe ser declarado admisible conforme con los argumentos que pasó a exponer:-----

1. Respecto a la forma de presentación del recurso, plazo, la recurribilidad objetiva y subjetiva, me adhiero a los fundamentos expuestos por la Ministra Preopinante con la única salvedad que para la presentación del recurso extraordinario de casación no se requiere copia de la resolución impugnada porque no es un requisito legal.-----

Abg. Karinna Penoni

Secretaria

2. En cuanto al último requisito que debe ser contemplado por el recurrente es el de la fundamentación. Para determinar si el recurso se halla debidamente fundado corresponde analizar cada uno de los agravios planteados, los motivos en los que se fundamentan y la solución que se pretende en los términos exigidos por las normas procesales que rigen tal actuación, Art. 449, 450 y 468 del C.P.P.-----

3. El recurrente invoca como motivo de casación los incisos 2 y 3 del Art. 478 del CPP.--

4. En este contexto, al invocar el motivo previsto en el art. 478 núm. 2 CPP, el impugnante se limita a expresar que el fallo del Tribunal de Apelaciones es contrario con otros precedentes dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo se limita a transcribir los votos sin expresar en qué consiste la contradicción existente entre el fallo invocado y el fallo objeto de casación, además expresar si se refieren a una cuestión de aplicación del derecho procesal o del

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia
MINISTRO

Dra. Ma. Carokna Llanes O.
Ministra

3

derecho material. En estas condiciones, al no hacer mención al fallo contradictorio, el recurso no se encuentra debidamente motivado.-----

5. Respecto al motivo previsto en el inc. 3 del Art.478 del CPP -sentencia infundada- el recurrente en lo medular argumenta que el Tribunal no dio respuestas a ninguno de los agravios formulados en el recurso de apelación especial que consisten en:-----

6. Primer agravio procesal: Nulidad de la acusación por falta de indagatoria (Art. 350 CPP). Argumenta que la indagatoria obrante a fojas 27 de autos, no contiene la descripción detallada del hecho punible que se le atribuye al imputado, el resumen de los elementos probatorios, ni las actuaciones realizadas hasta ese momento, de acuerdo con lo establecido en el art.86 del CPP.-----

7. Segundo agravio procesal: Alega la ausencia de elementos probatorios que acrediten la fecha en la que el acusado estaba obligado a cumplir con el mandato. Afirma que esto tiene relevancia respecto a los presupuestos de la punibilidad, pues si no se tiene conocimiento respecto al tiempo en que el acusado debió cumplir la obligación, no se dan los presupuestos para determinar la situación típica.-----

8. Tercer agravio material: Argumenta que no se dan los presupuestos de la tipicidad del Art. 225 inc. 2 del CP, en el sentido de que no se han fijado los meses y años del incumplimiento del deber legal alimentario, es decir, no se estableció la situación típica, ni tampoco se analizó la capacidad del procesado de cumplir con el mandato.-----

9. Cuarto agravio procesal: Afirma que el Tribunal de Sentencia omitió valorar todas las pruebas incorporadas en el juicio oral y público, específicamente la declaración testimonial de Nancy Graciela Britos Cabañas.-----

10. Este agravio procesal resulta infundado porque no argumenta cuál es la implicancia que tiene la declaración testifical de Nancy Graciela Britos Cabañas, respecto al veredicto de punibilidad.-----

11. En conclusión corresponde analizar en la procedencia del recurso, los agravios 1, 2 y 3 expuestos detalladamente. Es mi voto.-----

A la segunda cuestión planteada, la Dra. María Carolina Llanes Ocampos dijo: -----

Inicialmente, se observa que corrido el traslado a la representante del Ministerio Público, ésta contestó: *"...en el fallo traído a casación, se percibe un control insuficiente de la decisión de primera instancia, sin tomar en cuenta todos los planteamientos, que, en este caso fueron errores in procedendo e in iudicando... A esta conclusión se arriba debido a que la fundamentación de la Alzada se reduce a un extracto de los elementos probatorios desarrollados en juicio y a la mención de que la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, por una parte y, por otra, que la determinación de la pena se basó en los principios de prevención y protección de la sociedad. Sobre la base de las consideraciones que anteceden, puede afirmarse que, tal como lo denunció la defensa, el fallo de la alzada es manifiestamente infundado, puesto que los magistrados de segunda instancia no han contestado los planteamientos concretamente propuestos en*



EXPEDIENTE: "MINISTERIO PÚBLICO C/ ELVIO RAMÓN VERA FERNÁNDEZ S/ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".-----

oportunidad del estudio de la apelación especial de sentencia. Esta circunstancia, convierte a la decisión impugnada en una resolución pasible de casación...".-----

Seguidamente, corresponde determinar si el fallo del Tribunal de Apelaciones es manifiestamente infundado -distinguiendo si contiene una fundamentación ausente, defectuosa, aparente o insuficiente- pese al deber ineludible de formular una exposición lógicamente razonada de los argumentos en que apoya su conclusión³. -----

El artículo 403 inc. 4° del CPP prescribe cuales serán considerados vicios de la sentencia⁴, norma procesal que resguarda que las partes puedan conocer las razones de lo resuelto a fin de formular las impugnaciones en su caso y permitir el control social de la labor judicial. La fundamentación de una resolución judicial -sentencia o auto interlocutorio- implica señalar los motivos jurídicos que reflejan el nexo entre las cuestiones de hecho y de derecho. Basta que el juzgador omita la oportuna y adecuada ponderación de los argumentos expuestos capaces de gravitar en la decisión final, para considerarlo como un fallo carente de fundamentación, o con fundamentación insuficiente o aparente.-----

En este punto, adelanto que el fallo cuestionado debe ser **anulado** porque el Tribunal de Apelaciones concluyó con frases doctrinarias y genéricas confirmar la resolución del órgano inferior sin justificación real alguna. De esta manera, ha vulnerando tanto el principio *tantum appellatum quantum devolutum* como las disposiciones que rigen el procedimiento en segunda instancia que exige el control y revisión de las conclusiones obtenidas por el órgano de sentencia. Esto se verifica con la transcripción de las actuaciones realizadas durante el juicio oral como ciertas partes de los fundamentos expuestos por el tribunal, para finalmente concluir que al momento de proceder a la deliberación, votación y redacción de la sentencia definitiva ha observado las reglas previstas en los artículos 175, 397, 398, 399 CPP. En definitiva, las omisiones y pasividades aludidas no solo suponen un quiebre de principios procesales sino que una trasgresión de mayor radio en tanto proyecta sus efectos a categoría de indefensión de quien -hallándose bajo la

Abg. Karinna Penoni
Secretaria

³ Respecto a la necesaria fundamentación que deben reunir los fallos judiciales, el Art. 256 de la Constitución paraguaya reza: "...Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta constitución y en la ley..." así mismo el Art. 125 del Código Procesal Penal establece: "...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..." en concordancia con el Art. 398 inc. 2 y 3 del Código Procesal Penal que expresa: "... 2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan; 3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima...". Consecuentemente, la normativa exige al órgano jurisdiccional que al dictar resolución argumente los motivos y razones que lo llevaron a concluir de un determinado modo y no de otro, permitiendo así, la posibilidad de exponerlas a un control y someterlas a un eventual cuestionamiento, a fin de evitar la arbitrariedad judicial.

⁴ Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación y la casación, serán los siguientes: inc. 4. "que carezca, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal. Se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales. Se entenderá que es contradictoria la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo..."

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candi
MINISTRO

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

5

salvaguarda jurisdiccional y decisoria de un órgano judicial e independientemente del rol que ejerce en el proceso– espera fundamentamente que aquel emita una resolución razonada atinente a los extremos planteados, lo cual implica obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses por el mecanismo de la doble instancia llamado a controlar la legalidad de una sentencia definitiva primaria. Ante esto, en virtud a los arts. 474, 480 CPP⁵ corresponde resolver directamente el recurso planteado contra la **SD N.º 31 del 13 de mayo del 2019**, para lo cual es necesario examinar los reclamos vertidos en apelación especial en contraste con la decisión de primera instancia.-----

Los agravios del recurrente son: **1.** ausencia de la descripción sucinta del hecho atribuido y la calificación jurídica en el acta de declaración indagatoria, contraviniendo con ello las disposiciones contenidas en el Art. 350 y 86 del CPP; **2.** incorrecta interpretación y aplicación de los elementos del tipo legal previsto en el art. 225, inc. 2, CP porque ni siquiera se ha establecido cuál fue el periodo de tiempo incumplido y, menos aún, la capacidad de su defendido de cumplir con dicho mandato; **3.** vulneración de las reglas establecidas en el art. 175 del CPP –sana crítica y razón suficiente– ya que, sin explicación alguna, el tribunal omitió valorar la declaración testifical de Nancy Graciela Britos.-----

Antes de referirme directa y concretamente sobre el **primer cuestionamiento**, es necesario recordar que en nuestro proceso penal *el particular* se encuentra rodeado de escudos de protección contra el poder punitivo estatal. Estas corazas están constituidas por las distintas formalidades, principios y garantías a los efectos de permitir el más amplio acceso a la justicia y reprimir tanto la arbitrariedad como la corrupción. En general, el incumplimiento de éstos priva de sus efectos al acto, lo cual no significa que toda irregularidad procesal acarree necesariamente la nulidad. Existen diversos mecanismos de reparación de los actos procesales defectuosos como la convalidación y el saneamiento, que lo rectifican y los recuperan, siempre que sean de utilidad para el proceso, considerando que no existe la nulidad por la nulidad misma, la cual será dictada como *última ratio* cuando el vicio afecte el derecho de asistencia y representación de la defensa del imputado, así como principios estructurales del proceso.-----

En el marco de los derechos y garantías que envuelven al procesado, considero oportuno realizar una diferenciación entre la *oportunidad suficiente* (art. 350, CPP) y las *formalidades que reviste la declaración indagatoria* (art 86, CPP)⁶.-----

La primera, se funda en los principios del *debido proceso* y del *derecho a ser oído*, los cuales a su vez se amparan en la garantía constitucional del *derecho a la defensa en juicio*. Como lo menciona Alberto M. Binder, la defensa en juicio implica la garantía otorgada por el Estado a sus habitantes de que podrán ejercer de un modo absoluto (inviolable) todos los medios e

⁵ Esta facultad, surge a los efectos de evitar un dispendio de tiempo y de energía jurisdiccional, componentes gravitantes de los principios de celeridad y economía procesal que todo juicio penal reclama, dada la incertidumbre que el mismo depara para las partes involucradas.

⁶ **Art. 350, CPP: “Indagatoria previa.** En ningún caso el Ministerio Público podrá formular acusación, si antes no se dio oportunidad suficiente para la declaración indagatoria del imputado, en la forma prevista por este código”.

Art. 86, CPP: “Advertencias preliminares. Al comenzar la audiencia, el funcionario competente que reciba la indagatoria comunicará detalladamente al imputado el hecho punible que se le atribuye y un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes. También se pondrán a su disposición todas las actuaciones reunidas hasta ese momento”.



EXPEDIENTE: "MINISTERIO PÚBLICO C/ ELVIO RAMÓN VERA FERNÁNDEZ S/ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".-----

instrumentos dispuestos por el orden jurídico para resistir la persecución penal. (Introducción al Derecho Procesal Penal, p. 155).-----

En la etapa preparatoria, el derecho a la defensa en juicio, en una de sus materializaciones, prevé la "oportunidad suficiente". Esta es la otorgada al imputado para prestar declaración indagatoria, lo que implica poner a conocimiento del mismo la posibilidad de ejercer dicho mecanismo de defensa sobre los hechos que le son atribuidos, de los cuales tomará conocimiento detallado en la audiencia de declaración indagatoria.-----

Entonces, nace del Estado la iniciativa para que el incoado se defienda de los hechos que se le imputan, poniendo a su conocimiento a través de la cédula de notificación de audiencia indagatoria que existe una investigación en relación a un determinado hecho punible del cual el mismo puede defenderse concurriendo a la sede fiscal. No está de más hacer hincapié en que el Ministerio Público como director de la investigación, debe poner la debida diligencia para asegurar que la cédula de notificación reúna todos los requisitos que la tornan válida⁷.-----

Consiguientemente, la comparecencia a la audiencia indagatoria constituye una acción librada a la voluntad del imputado, por la naturaleza de la misma -derecho que puede o no ser ejercido-. Por tanto, la "oportunidad suficiente" se concreta con la constancia de notificación de la cédula de audiencia de indagatoria únicamente y no con la comparecencia del imputado a prestar declaración indagatoria con las debidas formalidades.-----

Sin embargo, el acto de declaración indagatoria es distinto -el Art. 86, CPP- su principal característica versa en el derecho del imputado de utilizarlo o no, según sus intereses o estrategia de defensa. Si es realizada, deben guardarse todas las formalidades previstas, como: libertad para declarar, derecho a abstención, derecho a un defensor técnico, derecho a conocer la causa de la imputación y a tener acceso a las actuaciones realizadas; una vez iniciada la audiencia luego de sus datos personales, será advertido de las generales previstas.-----

Abg. Karina Benon
Secretaría

Dicho esto, corresponde dilucidar qué sucede si alguna de las formalidades para la declaración se encuentra ausentes y esto dependerá del grado de afectación concreta que sufre el imputado. Esto quiere decir que no todas las declaraciones indagatorias del imputado que tengan un defecto formal deben ser nulas simplemente porque sí. No existe la nulidad por la nulidad misma, pues es necesario que el acto defectuoso cause algún perjuicio irreparable al imputado para que proceda la nulidad.-----

En el caso en concreto, nos encontramos ante la falta de descripción detallada de los hechos y la calificación jurídica, lo cual -según el casacionista- implicó el desconocimiento de los hechos y normas por las cuales se inició el procedimiento y la imposibilidad de defenderse respecto a ellos. Empero, esta afirmación de ninguna manera se corrobora en el caso, pues si bien el acta de declaración indagatoria del 17 de julio del 2017 presenta ciertos vicios, en fecha 20 de junio del

⁷ Capítulo VII del C.P.P "Notificaciones, Citaciones, Audiencias y Traslados"

Luis María Benítez Fiera
Ministro

Dr. Manuel Defensor Ramírez Candia
MINISTRO

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

7

salvaguarda jurisdiccional y decisoria de un órgano judicial e independientemente del rol que ejerce en el proceso— espera fundadamente que aquel emita una resolución razonada atinente a los extremos planteados, lo cual implica obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses por el mecanismo de la doble instancia llamado a controlar la legalidad de una sentencia definitiva primaria. Ante esto, en virtud a los arts. 474, 480 CPP⁵ corresponde resolver directamente el recurso planteado contra la **SD N.º 31 del 13 de mayo del 2019**, para lo cual es necesario examinar los reclamos vertidos en apelación especial en contraste con la decisión de primera instancia.-----

Los agravios del recurrente son: **1.** ausencia de la descripción sucinta del hecho atribuido y la calificación jurídica en el acta de declaración indagatoria, contraviniendo con ello las disposiciones contenidas en el Art. 350 y 86 del CPP; **2.** incorrecta interpretación y aplicación de los elementos del tipo legal previsto en el art. 225, inc. 2, CP porque ni siquiera se ha establecido cuál fue el periodo de tiempo incumplido y, menos aún, la capacidad de su defendido de cumplir con dicho mandato; **3.** vulneración de las reglas establecidas en el art. 175 del CPP –sana crítica y razón suficiente– ya que, sin explicación alguna, el tribunal omitió valorar la declaración testifical de Nancy Graciela Britos.-----

Antes de referirme directa y concretamente sobre el **primer cuestionamiento**, es necesario recordar que en nuestro proceso penal *el particular* se encuentra rodeado de escudos de protección contra el poder punitivo estatal. Estas corazas están constituidas por las distintas formalidades, principios y garantías a los efectos de permitir el más amplio acceso a la justicia y reprimir tanto la arbitrariedad como la corrupción. En general, el incumplimiento de éstos priva de sus efectos al acto, lo cual no significa que toda irregularidad procesal acarree necesariamente la nulidad. Existen diversos mecanismos de reparación de los actos procesales defectuosos como la convalidación y el saneamiento, que lo rectifican y los recuperan, siempre que sean de utilidad para el proceso, considerando que no existe la nulidad por la nulidad misma, la cual será dictada como *última ratio* cuando el vicio afecte el derecho de asistencia y representación de la defensa del imputado, así como principios estructurales del proceso.-----

En el marco de los derechos y garantías que envuelven al procesado, considero oportuno realizar una diferenciación entre la *oportunidad suficiente* (art. 350, CPP) y las *formalidades que reviste la declaración indagatoria* (art 86, CPP)⁶.-----

La primera, se funda en los principios del *debido proceso* y del *derecho a ser oído*, los cuales a su vez se amparan en la garantía constitucional del *derecho a la defensa en juicio*. Como lo menciona Alberto M. Binder, la defensa en juicio implica la garantía otorgada por el Estado a sus habitantes de que podrán ejercer de un modo absoluto (inviolable) todos los medios e

⁵ Esta facultad, surge a los efectos de evitar un dispendio de tiempo y de energía jurisdiccional, componentes gravitantes de los principios de celeridad y economía procesal que todo juicio penal reclama, dada la incertidumbre que el mismo depara para las partes involucradas.

⁶ **Art. 350, CPP: “Indagatoria previa.** En ningún caso el Ministerio Público podrá formular acusación, si antes no se dio oportunidad suficiente para la declaración indagatoria del imputado, en la forma prevista por este código”.

Art. 86, CPP: “Advertencias preliminares. Al comenzar la audiencia, el funcionario competente que reciba la indagatoria comunicará detalladamente al imputado el hecho punible que se le atribuye y un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes. También se pondrán a su disposición todas las actuaciones reunidas hasta ese momento”.



EXPEDIENTE: "MINISTERIO PÚBLICO C/ ELVIO RAMÓN VERA FERNÁNDEZ S/ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".-----

mensurativa de la eventual sanción si correspondiere aplicarla. En el contexto fáctico y jurídico referenciado: así como a las pruebas producidas durante el desarrollo del juicio oral y público conllevan a la incuestionable e inquebrantable convicción de la existencia manifiesta del hecho punible enjuiciado –INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO- pues el sujeto pasivo de la Resolución Judicial emanada del Juzgado de la Niñez y de la Adolescencia de Quiindy no ha cumplido con la regularidad debida los términos de la norma jurídica particularizada contenida en ella, infringiendo con dicha conducta la disposición contenida en el Art. 225 de la norma sustantiva penal. Por las razones fácticas y jurídicas expuestas, para los componentes de este Tribunal de Mérito, no cabe duda alguna respecto a la existencia manifiesta del hecho punible de Incumplimiento del Deber Legal Alimentario... ".-----

Como se aprecia, resulta evidente que la sentencia impugnada *no tiene un relato preciso y circunstanciado del hecho comprobado en juicio*, más bien se coteja una descripción vaga, oscura e ininteligible de la enunciación del hecho objeto del juicio. No se observan aseveraciones puntuales y básicas –reconstrucción del acontecimiento histórico– que puedan ser objeto de subsunción jurídica. Más bien, el Tribunal de Sentencia trajo a colación la información que arrojaban ciertos elementos probatorios para intentar construir una relación sucinta de acontecimientos, lo cual resulta a todas luces insuficiente para lograr entender con claridad lo que realmente ha sucedido. Sin la adecuada vinculación de los hechos las teorías jurídicas son simples abstracciones que no tienen una conexión directa con la realidad que no producen ningún efecto¹⁰.-

El relato de los hechos debe responder a los requisitos de tiempo, modo y lugar, teniendo en cuenta la actividad probatoria se dirige a la constatación de éstos, sobre los cuales el juez forma su convicción y determina la verdad de su existencia, siempre y cuando, exista correspondencia entre lo afirmado y lo probado. Además, no es posible realizar un análisis de punibilidad, si no se parte de una conducta humana (hecho), respecto de la cual podamos afirmar que reúne (o no) los requisitos de tipicidad de algún tipo penal. Por ello, escapan al concepto de "hecho" las afirmaciones genéricas, los juicios de valor o las meras opiniones ya que no se pueden demostrar mediante pruebas y, por ende, sobre los mismos no es posible afirmar si son verdaderos o falsos, tampoco es posible realizar un análisis sobre abstracciones o actuaciones del procedimiento, pues lo que se debe demostrar es que la conducta que se atribuye al procesado efectivamente ocurrió de la manera afirmada, los cuales en el presente caso están ausentes, lo que produce un obstáculo procesal que impide el control de la correcta aplicación de los supuestos fácticos con la norma penal describiendo lógicamente el análisis de derecho realizado por el Tribunal de Sentencia y por ende la pena impuesta a cada uno de los acusados, por lo que la nulidad del fallo deviene insoslayable.-----

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez
MINISTRO

Carolina Hanes O.
Ministra

¹⁰ Cualquier hecho punible previsto en la ley penal presenta una trayectoria que se inicia desde el surgimiento de la idea criminal hasta el agotamiento del ilícito. Esto es lo que se denomina "iter criminis" cuyas etapas de realización son: 1. la concepción; 2. la decisión; 3. la preparación; 4. el comienzo de la ejecución; 5. la culminación de la acción típica; 6. la realización del resultado y; 7. la finalización o agotamiento del hecho. Este recorrido es indispensable para la adecuada justificación de cada uno de los elementos del tipo penal invocado.

Sumado a esto, se advierte que ni en la acusación ni en el auto de apertura fueron descritos los supuestos fácticos que se le endilga a los procesados, más bien se observa el recuento de la manera como la Fiscalía tuvo conocimiento de lo sucedido y de la actuación que desencadenó a partir de entonces. Nunca han sido detallados los hechos que motivaron la imputación contra los incoados, esta irregularidad se extendió hasta la acusación pese al razonable ciclo investigativo y lastimosamente por deficiencia del control jurisdiccional, ha derivado en el dictado de un auto de apertura a juicio infundado¹¹. Estas inconsistencias constituyen una violación a lo exigido por nuestro ordenamiento procesal como requisitos de la acusación y del auto de apertura –arts. 347, 363, CPP– los cuales no pueden ser subsanados ni rectificadas por ningún otro medio.-----

En estas condiciones, no queda otra alternativa más que ordenar el **sobreseimiento definitivo de Elvio Ramón Vera Fernández**¹². En cuanto a las costas, por la situación procesal que resulta del recurso interpuesto y los efectos que se producen con respecto al afectado, considero que corresponde imponerlas en el orden causado, por imperio del Art. 261 del Código Procesal Penal. ES MI VOTO.-----

A su turno, el **ministro Luis María Benítez Riera** dijo: Los agravios del abogado defensor recurrente ya han sido expuestos por el preopinante, hecho por el cual solo resta expedirme sobre el fondo de la cuestión propiamente dicha, es decir, el análisis de la procedencia, positiva o negativa, del recurso invocado.-----

Que concuerdo con el dictamen de la representante de la sociedad en que, el Tribunal de Apelaciones en forma inexplicable no ha pasado a estudiar las cuestiones que se han puesto en crisis y así dar respuesta a cada una de las pretensiones de la defensa.-----

Es claro que el Tribunal de Apelación debió actuar en base a lo que establece el art.456 del C.P.P., y así brindar sus apreciaciones, explicando en el fallo todo lo acontecido, cuestión que no se da en la presente causa, pues el fallo cuestionado refleja transcripciones extensas de la sentencia de primera instancia, sin un análisis pormenorizado de los agravios del apelante; más bien se enfoca en frases rutinarias lo que no condice con la adecuada fundamentación que deben tener las resoluciones judiciales.-----

En tal sentido, si bien alzada ha intentado brindar argumentación, no es menos cierto que la explicación efectuada por los miembros del tribunal de apelación, es notoriamente infundada, por tanto, viciada al no cumplir con lo preceptuado en el art. 478 inc. 3° del C.P.P. Así también, al

¹¹ **En la audiencia preliminar el Ministerio Público dijo:** “...que esta representación pública se ratifica en el requerimiento formulado en fecha 28 de agosto del año en curso respecto al hecho punible de incumplimiento del deber legal alimentario en contra del ciudadano Elvio Ramón Vera Fernández quien por S.D N° 27 de fecha 23 de febrero del año 2017 firmado por la Juez de la niñez y de la Adolescencia de esta ciudad le ha fijado la suma de guaraníes 350.000 en concepto de asistencia alimentaria a favor de su hijo biológico Elvio Javier Vera Britos, remitiéndome íntegramente al relato de los hechos al fundamento de la acusación y a la calificación jurídica inserta en el escrito requisitorio solicitando la admisión de la acusación así como de las pruebas ofrecidas entregando en este acto el último informe remitido por el banco Nacional de Fomento y cuya presentación se había manifestado que se entregaría en la presente audiencia conforme al punto noveno de las pruebas documentales por lo que desde ya también solicitó su admisión y agregación por último solicito que la presente causa sea elevada a juicio oral y público”. **Posteriormente, el juzgado resolvió:** “...En estas condiciones, habiéndose presentado la ACUSACIÓN en tiempo oportuno y con los recaudos previstos en el Art. 347 del Código Procesal Penal corresponde la ADMISIÓN DE LA MISMA, como asimismo de las PRUEBAS OFRECIDAS tanto por el Ministerio Público, como por la Defensa, y ORDENAR LA APERTURA A JUICIO...”

¹² Por ende, deviene inoficioso seguir analizando los demás puntos controvertidos por la defensa



EXPEDIENTE: "MINISTERIO PÚBLICO C/ ELVIO RAMÓN VERA FERNÁNDEZ S/ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".-----

no haberse procedido de la forma requerida en el control de la resolución de primera instancia, con ello, en el presente caso, se ha hecho una fundamentación aparente, sostenido ampliamente en doctrina como causa de invalidez de la sentencia. **(La fundamentación sólo aparente equivale a la falta de motivación y determina su invalidez como acto jurisdiccional por arbitrariedad. Ello así, por cuanto las leyes exigen un razonamiento claro, completo, coordinado entre los distintos argumentos y entre éstos y las conclusiones, apoyado en los elementos de hecho, y una adecuada elección de la ley para obtener su encuadramiento jurídico (CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV: La actividad procesal, Ediar, Buenos Aires, 1964, pág. 295), exigencia que no se ha visto satisfecha en el pronunciamiento en trato).**-----

No obstante, los errores detectados, como los referentes a aspectos del control de la resolución, en particular, debieron ser objeto de examen por parte de apelación, más aun teniendo presente que, para el control de dichos agravios, los mismos han sido fijados correctamente por la defensa y el art. 456 ya mencionado, obliga a los miembros de alzada a brindar los fundamentos sobre el punto objeto del recurso con la lógica posibilidad del estudio u corrección de error señalado, si este existiere.-----

Que, en virtud a lo reseñado se puede afirmar que habiendo cometido errores –Cámara– en el dictado de una resolución viciada; **insuficiente** –al no haber fundado su fallo confirmando la condena emitida en primera instancia– no observando las reglas básicas de control, y omitiendo la obligación argumentativa según lo que dispone la competencia que le asigna la ley, hecho por el cual ha equivocado su razonamiento en la presente causa. Entonces se puede afirmar que esto justifica la declaración de nulidad de la misma, esto fundado en el Art. 165 y ss. (C.P.P.).-----

No obstante, ante tales errores detectados, notando que la corrección del fallo debe ser realizada en instancia inferior en consonancia con el art. 456, y en virtud a la norma contenida en el Art. 473 del C.P.P., la presente causa debe ser reenviada a otro tribunal de apelaciones a los fines pertinentes, según todo lo expuesto precedentemente.-----

Doy mi voto entonces, porque se haga lugar al recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa del condenado, y que el Acuerdo y Sentencia N°: 21 de fecha 27 de mayo de 2021, sea anulado con el consecuente reenvío para un nuevo estudio de la apelación por otro Tribunal de Alzada.-----

Abg. Karinna Penoni
Secretaria

A su turno, el ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia dijo:-----

12. Corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de casación interpuesto por el Abg. Benicio Ruiz Román, en consecuencia ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 21 de fecha 27 de mayo del 2020, por los argumentos que paso a exponer:-----

13. La decisión de anular el fallo del Tribunal de Apelaciones luego de confrontar los agravios propuestos en la apelación especial con la respuesta jurisdiccional dada por el tribunal de

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia
MINISTRO

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

11

apelación, se debe a que estos no se ajustan a los agravios reclamados por la defensa en el recurso de apelación especial, lo cual, vulnera lo establecido en el Art.456 del C.P.P.¹³-----

14. Lo primero que el órgano colegiado revisor expuso es que la sentencia se ajusta a derecho pues conforme con los elementos probatorios producidos consistentes en la declaración testifical de la señora Nancy Graciela Britos Cabañas, y las instrumentales agregadas, se tuvo por comprobado el hecho punible de incumplimiento del deber legal alimentario.-----

15. También han expuesto que la fundamentación del Tribunal de Sentencia respecto a la medición de la pena es correcta, pues se adecua a los parámetros establecidos en el Art.65 del CP.-

16. Los argumentos expuestos por el tribunal de apelaciones no son correctos porque no responden a los agravios procesales y materiales planteados por la defensa.-----

17. En materia de recursos los límites del análisis se hallan determinados por los agravios; todo aquello que no haya sido objeto de reclamo en el recurso por parte del recurrente en el recurso de apelación especial hace cosa juzgada formal.-----

18. En este sentido, al haber sido planteados agravios procesales que hacen a la declaración de indagatoria, y agravios materiales como errónea aplicación de los presupuestos de la tipicidad exigidos por el Art. 225 inc. 2 del CP, la competencia de los Tribunales de Alzada se circunscriben exclusivamente al juzgamiento de los puntos controvertidos. Es decir, la competencia está limitada por los agravios, y no puede ser extendida a la revisión de otros errores.-----

19. Por lo tanto, la respuesta brindada por el Tribunal de Apelaciones resulta infundada, al mencionar cuestiones probatorias que tienen relación con las reglas de la sana crítica y la medición de la pena, no responden específicamente a cuestiones planteadas por la defensa, por lo tanto, se ha extralimitado en su competencia que según el Art. 456 del C.P.P. responden exclusivamente a los agravios formulados, por lo tanto, corresponde la nulidad del fallo.-----

20. Ahora bien, en virtud del art. 474¹⁴ del C.P.P. por decisión directa, haciendo uso de la facultad de los órganos de alzada, corresponde estudiar el agravio de nulidad absoluta de actuaciones por inobservancia de lo dispuesto en el artículo 350 del C.P.P. reclamado por medio del recurso en estudio.-----

21. En la presente causa, de acuerdo con el acta, la declaración indagatoria no cumplió con las advertencias preliminares establecidas en el art. 86 del CPP.-----

22. De las constancias de autos tenemos que conforme al acta de declaración indagatoria realizado al imputado Elvio Ramón Vera Fernández, el Fiscal de la causa César Ariel Garay Azucas realizó las siguientes advertencias: “...previamente en este acto se le hace saber el motivo de su comparecencia y además de los elementos reunidos se tiene en contra del recurrente obrante en la carpeta fiscal...”.-----

¹³ **Art. 456, CPP.** “*Competencia:* Al tribunal que resuelva el recurso se le atribuirá el conocimiento del procedimiento, exclusivamente en cuanto a los puntos de la resolución que han sido impugnados”.

¹⁴ **Art. 474, CPP.** “*Decisión directa:* Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver, directamente, sin reenvío”.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EXPEDIENTE: "MINISTERIO PÚBLICO C/ ELVIO RAMÓN VERA FERNÁNDEZ S/ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".-----



23. El art. 86 del CPP¹⁵ obliga al Ministerio Público a que durante la etapa preparatoria el Ministerio Público está obligado a comunicar detalladamente al imputado los hechos por los cuales está siendo investigado, además de un resumen de los elementos de pruebas existentes.-----

24. Esta regla procesal encuentra asidero en la Constitución en su art. 17 en su inciso 7¹⁶, que indica que durante el proceso penal toda persona imputada tiene derecho a la comunicación previa y detallada de la imputación, de conformidad a la garantía a ser oído, cuya reglamentación procesal se halla determinada en la declaración de indagatoria, elevado al rango de derecho fundamental por ser también una consecuencia del Estado de Derecho.-----

25. En efecto para la validez de la indagatoria es fundamental que el imputado se defienda de los "hechos" o más bien de la "plataforma fáctica". Para que el imputado pueda ejercer su defensa material es imprescindible que se le explique cuáles son los hechos que se atribuyen en la imputación, exigencia establecida en el artículo 86 del Código Procesal Penal¹⁷.-----

26. En efecto, afirma Maier que "Como se trata de hacer conocer la imputación, el acto por el cual se la intima debe reunir las mismas calidades que advirtiéramos para aquélla; debe consistir, así, en la noticia íntegra, clara, precisa, y circunstanciada del hecho concreto que se atribuye al imputado. No se cumple esta condición de validez si sólo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da noticia del nomen iuris del hecho punible imputado, o se recurre, para cumplir la condición, a conceptos o abstracciones que no describen concretamente la acción u omisión atribuida, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la definen como un comportamiento singular de la vida del imputado..." (Cfr. Maier, Julio B.J., "Derecho Procesal Penal argentino", Del Puerto, Buenos Aires, 1996, T. 1, p. 560; en un sentido similar, Vélez Mariconde, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", Tomo II, Marcos Lerner editora, Córdoba, 1986,

Abg. ~~Kurtina Penoni~~
Secretaria

27. Para la validez de la declaración indagatoria, el Agente Fiscal o la persona encargada de recibir la declaración-tiene la obligación de detallar la hipótesis fáctica, es decir, la conducta realizada u omitida por el imputado, según se sostenga que ha violado una prohibición o un

¹⁵ Art. 86, CPP: "Advertencias preliminares. Al comenzar la audiencia, el funcionario competente que reciba la indagatoria comunicará detalladamente al imputado el hecho punible que se le atribuye y un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes. También se pondrán a su disposición todas las actuaciones reunidas hasta ese momento..."

¹⁶ Art. 17, CN: "De los derechos procesales. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción toda persona tiene derecho a: ...7) la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación..."

¹⁷ "Es así, que el libro de derecho procesal penal de Mario Oderigo, nos enseñaban que cualquiera puede ser imputado como autor de un delito por quien pide la formación de un proceso, lo que no bastaría desde luego, para que adquiriera la situación sujeto procesal, de parte pasiva en el proceso penal; esto recién ocurrirá cuando el Juez lo constituya como tal, sometiéndolo al proceso disponiendo que presente declaración indagatoria" Julio B J Maier. Derecho Procesal Penal Tomo II Pág. 194. Editores del Puerto.

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Delatorre Ramírez
MINISTRO

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

mandato establecido en el orden jurídico y que cumpla, por lo tanto, al menos en grado de sospecha, con todos los presupuestos de la punibilidad.-----

28. La descripción de los hechos correctamente formulada, es el objeto sobre lo que recae la defensa del imputado, por ello, es tarea de los órganos jurisdiccionales velar porque la declaración de indagatoria formulada por el Ministerio Público, no sea vaga, imprecisa, desordenada ni mucho menos que la plataforma fáctica sea reemplazada por una calificación jurídica. Si no existe una correcta descripción de los hechos, el imputado, no podrá ejercer una defensa eficiente, pues no podrá negar ni afirmar calificaciones jurídicas, esto es: juicios de valor.-

29. El Legislador procesal por el nivel de incidencia en relación a la garantía del derecho a la defensa en juicio incluyó la cláusula prohibitiva prevista en el art. 350 del CPP¹⁸, por la que no autoriza, en ningún caso, una acusación sin antes haberse dado oportunidad suficiente al acusado de prestar declaración en la forma prevista en el código; justamente para asegurar que el núcleo fáctico de la acusación sea congruente con el contenido de los hechos descritos al tiempo de ser llamado a declarar el imputado. La declaración que realiza el imputado debe versar sobre los hechos que se le imputan y las pruebas que existen en su contra. Estas obligaciones sirven para garantizar en todo momento la necesaria correspondencia entre hecho imputado, hecho acusado y hecho sentenciado; todo ello tendiente a asegurar la defensa del justiciable y evitar que a este se le condene por un hecho sobre el cual no tuvo posibilidad de ejercer convenientemente el derecho a la defensa.-

30. La Sala Penal de la CSJ ha sentado postura respecto a las **advertencias preliminares** para la declaración de indagatoria lo cual incluye una puesta de conocimiento sobre las circunstancias fácticas, las pruebas y la calificación legal (A y S N° 1.109 del 6 de noviembre del 2.020 dictado por la Sala Penal de la CSJ en la causa: “MP C/ NABOR BOTH S/ ESTAFA”).-----

31. Ello es así porque la obligación de indagatoria previa ante el Fiscal, garantiza el derecho a ser oído, precepto constitucional establecido en el art. 17, inc. 7 de la Constitución. La concreción de ese derecho consiste en que antes de tomar la fiscalía la determinación de acusar debe dar la oportunidad a que el procesado, informe sobre su versión de los hechos, resguardando de este modo que la decisión de acusar del Ministerio Público incluye a la valoración de una hipótesis alternativa expuesta por el acusado.-----

32. Si esta oportunidad no es ofrecida al acusado conforme a lo previsto en el art. 84 del CPP, entonces no puede descartarse que de haber tenido en cuenta la hipótesis alternativa del procesado, el Ministerio Público hubiera acusado. Es por ello que la violación a la garantía constitucional del derecho a ser oído, no puede subsanarse ya que existe un obstáculo procesal que impide su procesamiento¹⁹.-----

¹⁸ **Art. 350, CPP: “Indagatoria previa.** En ningún caso el Ministerio Público podrá formular acusación, si antes no se dio oportunidad suficiente para la declaración indagatoria del imputado, en la forma prevista por este código”.

¹⁹ Maier, J. “Derecho Procesal Penal”, T.I, págs. 666 y sigs. “sólo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si a la vez respeta las demás reglas de garantía que la rigen... Observado el fenómeno desde el punto de vista negativo se debe concluir en que la declaración del imputado prestada sin atender a estas reglas no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique y sólo es aprovechable en tanto lo beneficie”. ROXIN echa luz sobre el tema diciendo que: “También es consecuencia del principio acusatorio que el acontecimiento de la vida sometido al tribunal por la fiscalía o el Juez, debe estar descrito del modo más preciso que sea posible. Una caracterización defectuosa del hecho constituye un impedimento para el proceso”



EXPEDIENTE: "MINISTERIO PÚBLICO C/ ELVIO RAMÓN VERA FERNÁNDEZ S/ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO".-----

33. En las condiciones expresadas, se verifica que existe una violación de las normas procesales respecto a las reglas previstas para la declaración indagatoria, y que el vicio se halla en etapas iniciales del proceso (etapa investigativa) no cabe otra opción que por decisión directa anular la S.D. N° 31 del 13 de mayo del 2019 y en consecuencia ordenar el sobreseimiento definitivo del acusado Sr. Elvio Ramón Vera Fernández.-----

34. En cuanto a las costas, por la situación procesal que resulta del recurso interpuesto y los efectos que se producen con respecto al afectado, considero que corresponde imponerlas en el orden causado, por imperio del Art. 261 del Código Procesal Penal. **ES MI VOTO.**-----

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando VV.EE. todo por ante mí que certifico, quedando Acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:-----

Ante mí:

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia
MINISTRO

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

Abg. Karinna Penon
Secretaria

ACUERDO Y SENTENCIA N° 185

Asunción, 25 de febrero de 2022

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo que antecede y sus fundamentos, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,** -----

RESUELVE

1. **DECLARAR admisible** el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor público Benicio Román Ruíz en representación del procesado Elvio Vera en contra del **Acuerdo y Sentencia N° 21 del 27 de mayo de 2020**, dictado por el Tribunal de Apelación multifuero de la circunscripción judicial de Paraguari.-----

2. **HACER LUGAR** al recurso extraordinario de casación y, **DECLARAR LA NULIDAD** del Acuerdo y Sentencia N.º 21 del 27 de mayo de 2021.-----



3. POR DECISIÓN DIRECTA ANULAR la Sentencia Definitiva N° 31 del 13 de mayo del 2019 y, en consecuencia, **ORDENAR** el sobreseimiento definitivo de ELVIO RAMÓN FERNÁNDEZ VERA conforme a los argumentos expuestos *ut supra*.-----

4. IMPONER las costas en el orden causado.-----

5. ANOTAR, notificar y registrar.-----

Abg. Karinna Penoni
Secretaria

Ante mí:

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candi
MINISTRO

Dra. Ma. Carolina Llanes O.
Ministra

Abg. Karinna Penoni
Secretaria



BLODEPM

Boletín de Jurisprudencia

URUGUAY





ASOCIACIÓN DE DEFENSORES DE OFICIO DE URUGUAY

Sentencia N° 86/2022 del 29 de junio de 2022

TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE 1ER TURNO

El presente proceso fue iniciado ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Chuy de 1° turno en el mes de diciembre de 2018. En el mismo participaron la Dra. Carolina Camilo Zabala Defensora Pública en el patrocinio letrado de la parte actora Sr. AA, y la Dra. Valentina Teicher Defensora Pública designada en representación de la parte incompareciente Sra. DD (progenitora). Por la parte contraria (demandado) fue asistido por abogado de particular confianza, así como se designó abogada del niño (CC) a abogada particular.

El objeto del proceso consistió en recuperar la tenencia por parte del progenitor el Sr. AA de su menor hijo CC, quien se encontraba al momento a cargo del Sr. BB, quien no tenía vínculo de parentesco con el niño.

En primera instancia por Sentencia Definitiva N°20/2021 se desestimó la demanda de tenencia, y se mantuvo al niño CC a cargo del Sr. BB fijándose visitas y atención psicológica para el progenitor Sr. AA.

La Defensora Pública de la parte actora interpone recurso de apelación contra la Sentencia Definitiva agraviándose en los siguientes aspectos: A) no comparte la consideración de los hechos y la valoración probatoria de la sentenciante, quien considera hechos del pasado no acreditados sobre hechos actuales y probados; B) no motiva la sentencia para explicar cómo llega a determinada solución en base al interés superior de CC; C) la opinión del niño no fue evaluada correctamente por su defensa en virtud del principio de autonomía progresiva y derecho a ser oído, ni por la sede, sin valorar la presión e influencia que recibe de parte de BB, con quien ha vivido prácticamente durante sus cinco años de vida; entre otros.

Finalmente, la Sentencia de primera instancia fue revocada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° turno, otorgando la tenencia de CC a su progenitor el Sr. AA.

Tribunal Apelaciones Familia 1° Turno

Montevideo, 30 de junio de 2022

En autos caratulados: "AA C/ BB - TENENCIA" Ficha 343-14/2019

Sentencia : 86/2022,

Fecha: 29/06/22

TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE 1ER TURNO

Ministra Redactora: Dra. Beatriz Larrieu de las Carreras

Ministras Firmantes: Dra. María del Carmen Díaz Sierra y Dra. Claudia Diperna Acosta.

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: "AA C/ BB – TENENCIA", IUE 343- 14/2019, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia definitiva No 20/2021 de fecha 13/9/2021 de fojas 188/193 vto., dictada por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia de Chuy de 1er. Turno. Dra. Susana Mattos.

RESULTANDO:

1.- En la sentencia definitiva recurrida se falló: Desestímase la demanda y acógrese la reconvencción. Otórgase la tenencia de CC, por ahora y sin perjuicio al Sr. BB.

Cométese a INAU brindar pautas de crianza al Sr. AA y trabajar en la revinculación padre-hijo y establecer un régimen progresivo de visitas en el hogar paterno en horario diurno hasta lograr la nocturnidad, evaluando la adaptación del niño. Se dispone que CC y el Sr. AA reciban atención psicológica a la brevedad, oficiándose.

2.- La parte actora interpone recurso de apelación a fojas 194 y siguientes. Manifiesta en síntesis que le agravia la recurrida en cuanto le niega el ejercicio de la tenencia sobre su hijo. Tampoco se comparte la consideración realizada respecto de los principios rectores de la infancia como el interés superior y la autonomía progresiva, ni que, en el análisis del caso, la Sede se limite a considerar ciertos hechos del pasado no acreditados sobre hechos actuales y vastamente probados en autos. Debe señalarse que no son ciertas las afirmaciones del demandado en cuanto al inicio de la convivencia del Sr. BB con el niño, que el Sr. AA inicia las actuaciones el



21/12/2018, pocos meses después que tuvo conocimiento que el Sr. BB tenía el cuidado de su hijo. De la prueba diligenciada surge que el Sr. AA no abandonó de forma culpable a su menor hijo, sino que existió una causa de fuerza mayor como la internación de su hijo más chico, EE, en Montevideo.

Estima el compareciente que debe considerarse que no surgen claras las razones del inicio de la tenencia; que le mismo mantenía un vínculo con una mujer que casi triplica en edad, la cual se encontraba en situación de extrema vulnerabilidad y dependencia económica, la cual repentinamente abandona a su hijo, quedándose el contrario a cargo del niño, surgiendo elementos que podría visualizar una tenencia ilícita que no puede pasar desapercibida para la Sede. Que el Sr. BB es un hombre de avanzada edad, el cual no tiene ningún tipo de vínculo biológico con el niño, es soltero, sin hijos y vive con una persona mayor.

En contrapartida, no surge acreditado que el progenitor no pueda satisfacer integralmente los derechos en el presente como en el futuro de CC, no existen razones fundadas en el interés superior del niño que el mismo no pueda ser reintegrado a su familia de origen, restituyendo su derecho a vivir en familia. Con la presente, asimismo, se ven afectados los derechos de otro niño, EE, hermano del menor de autos, impidiéndoseles a los hermanos vivir juntos, compartir de su familia y cotidianidad.

Agrega que no desconoce el principio de la autonomía progresiva de la voluntad, pero entiende que la opinión del niño no fue recabada y evaluada correctamente por su defensa ni por la Sede; no sólo llama la atención que el niño manifiesta que las visitas las cumple porque es una orden judicial, vocabularios e ideas poco acordes a un niño de 5 años sino que en el escrito de fojas 146 se solicita que se practiquen pericias, sin detallar el hecho y el objeto de las pericias, lo que prolongaría más el proceso que devenía del año 2018, lo cual fue desestimado por la Sede. Su Defensa además, en los alegatos efectúa alegaciones que no manifestó en la demanda, alegaciones que la a quo refiere en la sentencia como si correspondieran a la contestación definitiva y que esta defensa no tuvo oportunidad de controlar. Señala el recurrente como hecho nuevo, que el niño le hiciera manifestaciones, conocido el fallo recurrido, que denotan la presión y preocupación del niño sobre la decisión a recaer. Agrega que la Dra. Sánchez informa en los alegatos que laboralmente pertenece al dispositivo SAVIA, el cual pertenece a INAU, al igual que CEPRODE, quien participó con informes, instituciones que trabajan de manera coordinada con el Comité de recepción local, por lo que pudo verse contaminada de la información y abordaje que el propio INAU realizó respecto del Sr. AA. En consecuencia, estima que no se realiza un análisis de la voluntad del niño según lo debido.

Respecto del análisis de la prueba, entiende esta Defensa que no se valoró en forma conjunta, lo cual origina que la Sede no motiva por qué no considera la prueba testimonial ofrecida por ésta parte y sí la ofrecida por la contraria, así como considera valioso que CC viva cerca de la casa de su abuela materna cuando se evidencia que la misma es omisa respecto de su nieto EE, al que ni siquiera conoce ni manifiesta voluntad de conocer. No se pronuncia la Sede sobre la prueba trasladada, no surgiendo de dicho expediente como del principal elemento que acreditan que el



padre no pueda garantizar la protección integral de su hijo CC. El testimonio de Molina resulta considerado de relevancia por la Sede como por la Defensa del menor, declarando como testigo y no como perito, por lo que debe considerarse tal diferencia, resultando su última intervención en noviembre de 2019, no resultando sus valoraciones actuales y versan sobre el inicio del seguimiento, el cual fue conflictivo debido a la postura que CEPRODE mantuvo con el compareciente favoreciendo al Sr. BB; y respecto de EE, quien vive con el dicente, no existen expedientes vigentes por derechos vulnerados, lo que demuestra la capacidad parental del compareciente. Surgen informes sociales contradictorios agregados en autos y en el acordonado; sin perjuicio de ello debe tenerse presente que de ambos no se visualizan ningún riesgo o amenaza.

Señala que no desconoce el rol del Sr. Silveira en la vida de CC y que el mismo constituye un referente afectivo de gran relevancia, sin perjuicio de ello, entiende que de la valoración de la prueba y en virtud de cambios de circunstancias, el cambio de tenencia redundaría en el interés superior del niño viviendo junto a su padre, hermano y a la Sra. Sosa. Asimismo agravia la resistida en cuanto dispone obligatoriamente atención psicológica a CC y al dicente, resultando ser una resolución extra petita, y teniendo presente que la atención terapéutica no puede imponerse contra la voluntad del niño o del dicente.

Solicita en consecuencia que se revoque in totum la resistida, amparándose totalmente la demanda.

3.- A) La Defensa del menor evacua el traslado conferido, fojas 204/206. Manifiesta en síntesis que comparte con el recurrente que el mismo no abandonó de manera culpable al menor, surgen acreditadas las capacidades parentales del Sr. AA quien detenta la tenencia de EE, así como que la valoración de la autonomía progresiva de la voluntad considerada en la sentencia no fue valorada en forma correcta. En autos se ha recabado prueba suficiente que acredita la conveniencia de que CC pase a vivir con su progenitor y le sea conferida la tenencia. Estima que frente a la autonomía progresiva de la voluntad no puede desatenderse la edad de CC, quien cuenta con cinco años de edad y no es capaz de comprender las consecuencias de una u otra elección.

Estima que el actor acreditó los hechos constitutivos de su pretensión, acreditando la capacidad para los cuidados y crianza de CC, demostrando que ha ejercido todas las acciones en procura de recuperar la tenencia del mismo una vez enterado de la situación, no surgiendo acreditado un abandono culpable.

Solicita en consecuencia que se revoque la resistida.

B).- El demandado, a través de su representante, evacua el traslado conferido, fojas 210 y siguientes abogando por la confirmatoria de la recurrida. Señala que, contrariamente a lo que alega el recurrente, nadie es buen padre si tiene a sus hijos institucionalizados. Que los pocos meses a los que aluden pasaron desde que se iniciaron las actuaciones desde que tuvo conocimiento de la situación de su hijo fueron 10. Que desde el 7/11/2019 hasta el 29/09/2020 el contrario no concurrió a



solicitar ante INAU, según informe de dicha institución, visitas, ni entregó el carné pediátrico que le fuera intimado.

Señala que el tema de la supuesta manipulación del niño no es un hecho nuevo, cuando menos no con la seriedad que debe actuarse en juicio se trata de una alegación sin ofrecimiento de prueba al respecto. Expresa que durante casi cinco años el actor no demostró el interés que ahora demuestra, sin perjuicio de que está probado que tampoco cumplió cabalmente con la protección del resto de sus hijos, lo cual acredita que no está preparado para ejercer la tenencia. El hecho del lazo biológico no es determinante, por sí no garantiza que se le brinde al niño el derecho a ser protegido integralmente en cuanto a su interés. El mejor escenario para el niño es mantenerse en el hogar del compareciente, el cual le garantiza la vida y cuidados en debida forma como hasta el momento.

En forma extemporánea la recurrente señala un posible conflicto de intereses respecto de la defensora de CC; tal vez las manifestaciones efectuadas por la Sra. Defensora hayan motivado la puntualización realizada por la agraviada, pero es a través de ella que sabemos cuál es la opinión del niño y cuál es su voluntad, y la misma debe ser analizada dentro del contexto de la situación fáctica y hechos probados.

Solicita diligenciamiento de prueba y que en consecuencia se mantenga la recurrida en todos sus términos.

3.- La Defensa del menor de autos evacua el traslado conferido, fojas 215 y siguientes. Aboga por la confirmatoria de la recurrida y señala que el actor es violento, y ello surge de todos los informes de CEPRODE, del informe de INAU, se estaría entonces exponiendo al niño a un hogar violento y a ser víctima de violencia de género como su hermano EE y la Sra. Sosa de confirmarse la tenencia en favor del recurrente. Agrega que el cuidado y preocupación del Sr. BB para con el niño nunca resultó discutido en autos. El recurrente habla de la existencia de un ilícito que no visualiza esta Defensa dado que el Sr. BB en ningún momento se apropia del niño y menos aún entrega una retribución económica por ello, ello resulta ser inferencias que la actora esgrime a los efectos de confundir a la Sede pero sin ninguna prueba que respalde ello. Por el contrario la Defensa de la madre nunca pone en duda la desaparición de la Sra. Alvarez, e ignora los informes sociales adjuntos y que hablan de violencia de género. Frente a los dichos de la recurrente alegando falta de imparcialidad de este letrado, aclara la profesional su situación y vínculos laborales.

Agrega que del informe de CEPROCE de fecha 4/11/2021, adjunto a expediente IUE 343-266/2018, fojas 128, surgen nuevos hechos de violencia y maltrato relatados por el menor de autos, resultando necesario aplicar la normativa vigente y garantizar sus derechos en forma urgente. A fojas 211 del IUE 343-14/2019 surge denuncia policial realizada por el Sr. BB contra el Sr. AA lo que denota la grave situación vivida por el niño.

En consecuencia solicita que se confirme la resistida en todos sus términos.



4.- Por auto Nro. 2814/2021 de fecha 29/11/2021 se franquea la alzada con efecto suspensivo y con las formalidades de estilo. Recibidos los autos en esta Sala, por auto No 21/2022 de fecha 2/2/2022, se dispuso el pase de los autos a estudio de los Sres. Ministros por su orden. Por licencia del Sr. Ministro Dr. Gustavo Mirabal se integró la Sala con la Sra. Ministra Suplente Dra. Claudia Diperna. Alcanzado el acuerdo se dicta decisión anticipada (art 200.1 del CGP).

CONSIDERANDO:

1.- El Tribunal, por el voto unánime de sus integrantes, procederá a revocar la sentencia apelada, por los fundamentos que se exponen a continuación.

2.- Resulta de las actuaciones cumplidas que AA promovió juicio de tenencia contra Walter Silveira, respecto de su menor hijo CC, nacido el 12 de agosto de 2016 de su relación sentimental con DD (fs. 1-2).

Afirma en su demanda que la pareja se separó definitivamente en abril de 2017 y en setiembre del mismo año nació otro hijo en común de nombre EE, cuya tenencia ejerce el padre (IUE 343-218/2018). Por razones de salud de EE desde su nacimiento permaneció internado en el Hospital Pereyra Rossell, por lo que el actor debió instalarse también en la ciudad de Montevideo. La tenencia de CC la ejercía la madre y vivía con el niño en el domicilio de Walter Silveira, enterándose posteriormente el actor que la madre ya no vivía allí y que el niño estaba a cargo de Silveira, con quien no tiene relación biológica ni de parentesco alguna (fs. 1-4).

Al contestar la demanda promovida, BB controvierte los dichos del actor, afirmando que CC se encuentra a su cargo desde hace dos años y que aquél no se interesó por la situación de su hijo. Asimismo dedujo reconvenición en virtud de lo dispuesto por el art. 36 del C.N.A. solicitando se le otorgue la tenencia del niño (fs. 9-13).

Se designó defensora del niño a la Dra. Karina Sánchez, quien aceptó el cargo (fs. 21-22). A fin de integrar la litis y atento al desconocimiento del domicilio de la madre de CC, se la emplazó mediante edictos y vencido el término se designó defensora de oficio para que la representara en el juicio a la Defensora Pública Dra. Valentina Teicher (fs. 30-37 y fs. 40).

En audiencia del día 22 de setiembre de 2020 se acordó un régimen de visitas a favor del actor, se determinó el objeto del proceso y de la prueba y se ordenó su diligenciamiento, recibéndose testimonios en la misma (fs. 53-56).

Por resolución n° 3108/2020 del 23 de diciembre de 2020 se dispuso la suspensión del régimen de visitas provisorio, atento a la situación de emergencia sanitaria por Covid 19 y teniendo presente que BB debía trasladarse en ómnibus desde Barra del Chuy a la ciudad del Chuy para entregarlo a su padre, sin perjuicio que el actor propusiera otra vía para instrumentar las visitas (fs. 118). La providencia fue notificada al actor quien no se opuso a lo dispuesto (fs. 119). En audiencia de fecha 3 de agosto de 2021 se dispone la reanudación de las visitas provisorias, quedando el padre a cargo del traslado del niño (fs. 167 vto.).



Con fecha 22 de junio de 2021 la defensora del niño presentó informe de las dos entrevistas que mantuvo con el mismo, de las cuales resulta que CC expresó su voluntad de continuar viviendo con BB, que no le molesta visitar a su padre pero que por el momento no desea pernoctar en su domicilio (fs. 148).

En etapa de alegatos, la defensora del niño informa sobre nuevas entrevistas en las cuales CC le manifestó su voluntad de seguir como hasta el momento a cargo de BB y visitando a su padre biológico y a su hermanito, le gusta ir de visitas, relata que María es buena con él, que su hermano juega aunque es chiquito. Agrega que el niño no responde cuando es preguntado por AA y se le nota pensativo y nervioso cuando le habla del padre (fs. 182).

Por la sentencia de primera instancia se desestimó la demanda promovida por el padre biológico del niño, acogiéndose la reconvencción y en su mérito, se otorgó la tenencia de CC al demandado BB, por ahora y sin perjuicio. Asimismo se cometió a INAU brindar pautas de crianza al sr. AA, trabajar en la revinculación padre-hijo y establecer un régimen progresivo de visitas en el hogar paterno en horario diurno hasta lograr la nocturnidad, evaluando la adaptación del niño. Finalmente (fs. 193 vto.).

El actor AA interpuso recurso de apelación, por los agravios reseñados en el resultando n° 2 de esta sentencia, que se concretan en los siguientes puntos: A) no comparte la consideración de los hechos y la valoración probatoria de la sentenciante, quien considera hechos del pasado no acreditados sobre hechos actuales y probados; B) la jueza no motiva la sentencia para explicar cómo llega a determinada solución en base a los principios que enumera; C) la opinión del niño no fue evaluada correctamente por su defensa ni por la sede, sin valorar la presión e influencia que recibe de parte de BB, con quien ha vivido prácticamente durante sus cinco años de vida; D) no se valoró la prueba en forma conjunta; E) se falla extra petita en tanto se dispone obligatoriamente asistencia psicológica al actor y al niño, lo que no formó parte del objeto del proceso.

3.- La tenencia puede definirse como el ejercicio efectivo de la guarda, basado en la convivencia, disponiendo las medidas concretas de crianza y orientación, encaminadas al desarrollo de la persona del niño, niña y adolescente en el goce pleno de los derechos que le son propios.

Sobre la tenencia señala Novellino que en esta materia nada resulta absolutamente definitivo: aun cuando se hable de tenencia definitiva en las resoluciones judiciales que la otorgan, esto sólo es así mientras subsistan los presupuestos fácticos que llevaron a su otorgamiento (Novellino, Norverto J. Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvínculo matrimonial, Editorial Garcia Alonso, Buenos Aires, 2008, pág. 38, citado en Código de la Niñez y la Adolescencia Comentado, Anotado y Concordado por Gustavo Mirabal, La Ley, 3° edición, pág. 140).

En el caso de autos, la particularidad es que la disputa por la tenencia del niño CC no se da entre sus progenitores, sino entre su padre biológico y una tercera persona, tenedor de hecho del niño desde que éste tenía seis meses y a quien no lo une ningún vínculo biológico o de parentesco.



Al respecto, el art. 9.1 de la C.D.N. establece: 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.

En el mismo sentido, el art. 12 del C.N.A. reconoce el derecho de todo niño, niña o adolescente a vivir en familia, disponiendo que: La vida familiar es el ámbito adecuado para el mejor logro de la protección integral.

Todo niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer junto a su familia y a no ser separado de ella por razones económicas.

Sólo puede ser separado de su familia cuando, en su interés superior y en el curso de un debido proceso, las autoridades determinen otra relación personal sustitutiva.

Por su parte, el art. 36 del C.N.A. regula la tenencia por terceros, disponiendo: 1) Cualquier interesado puede solicitar la tenencia de un niño, niña o adolescente siempre que ello tenga como finalidad el interés superior de éste. .. 3) El Juez competente en materia de Familia deberá evaluar el entorno familiar ofrecido por el interesado. 4) La persona que ejerce la tenencia de un niño, niña o adolescente está obligada a brindarle la protección y cuidados necesarios para su desarrollo integral.

4.- Para la decisión del caso, debe tenerse presente además que el art. 3 de la C.D.N. establece que en todas las medidas concernientes a los niños que se adopten, se atenderá su interés superior como consideración primordial. Al respecto, la Observación General No 14/2013 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, sostiene que el objetivo de ese interés superior es garantizar al niño el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la C.D.N. y su desarrollo holístico.

Respecto del interés superior del niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva OC-17/2002 señaló: 56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

57. A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece: El niño gozará de una protección y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (.)

59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9,18, 20, 21, 37 y 40) como punto para asegurar la efectiva



realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades, A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

5.- Finalmente, debe recordarse que el interés superior del niño es indisociable de su derecho a ser escuchado en los asuntos que le atañen.

Así, el art. 12 de la C.D.N. dispone: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Norma también recogida en el art. 8 del C.N.A. que establece: (Principio general).- Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

La Observación General N° 12/2009 del Comité de los Derechos del Niño refiere al Derecho a ser oído, estableciendo en la primera parte del párrafo 2: El derecho de todo niño a ser escuchado y tomado en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. En el párrafo 15 postula: El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados parte la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados parte, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente.

Se ha expresado en doctrina: El interés superior del niño como principio rector no sólo establece el deber de los padres y el Estado de garantizar la satisfacción de los derechos de la niña, niño y adolescente, sino también, que debe respetarse su autonomía y su lugar en la familia y en la sociedad. Con esto pretendemos poner de relieve que tiene derecho a participar en todo aquello que se vincule con su persona y sus derechos y, por tanto, en función de la comprensión de la situación, tener protagonismo en la toma de decisiones. Los primeros avances en el desarrollo de un rol activo de las niñas, niños y/o adolescentes, se observa en el derecho de participación en el proceso de familia, exteriorizado en el contacto directo con el juez y en la posibilidad de contar con el respaldo de su propio patrocinio letrado. En este sentido la Opinión Consultiva N° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos



Humanos ha dispuesto: El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. (..) . Asimismo, en la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, se explica cómo este principio rector se construye con la efectividad del derecho de niños y adolescentes a ser oídos. (BASSET, U., FULCHIRON, H.; BIDAUD- GARON, C. y LAFERRIERE, J.N. Tratado de la Vulnerabilidad. La Ley, Buenos Aires, 2017, págs. 440 y ss.).

Específicamente en lo que refiere al derecho a ser oído en procesos de tenencia, el art. 35 del C.N.A. lit. C ya citado establece: Bajo su más seria responsabilidad funcional, el Juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente

6.- Continuando con la opinión del niño y su consideración en los procesos, debe tenerse presente el concepto de autonomía progresiva de la voluntad. La Sala coincide con lo manifestado por Aída Kemelmajer de Carlucci quien expresa: La autonomía de la voluntad debe ser entendida como un conjunto de principios basados en derechos subjetivos morales que presuponen dos propiedades relevantes: la voluntariedad y la competencia: a. La voluntariedad para realizar la acción autónoma supone intencionalidad, conocimiento, ausencia de control externo o interno, autenticidad. b. La competencia (competency, en inglés) implica que una persona pueda participar en las decisiones, y en su caso, que existe un medio para proteger al incompetente de los efectos nocivos de una mala decisión, supliendo su carencia en lo posible. Está claro que las nociones tradicionales de menor de edad, capacidad, incapacidad, representación ya no son adecuadas para describir todo el régimen de los actos que involucran al niño/a, a su interés superior y a su dignidad. En efecto, una persona puede tener aptitud para decidir ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación. La noción de competencia no es, pues intercambiable con la capacidad regulada en el código civil (Kemelmajer de Carlucci, Aída Dignidad y autonomía progresiva de los niños en libro de IV Congreso Estado de Derecho e infancia a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño Montevideo 2009, pág. 69)

Lo que naturalmente, no quiere decir que el interés superior del niño coincida necesariamente con sus opiniones, aun cuando tenga edad y madurez para formarse un juicio propio. Pero el responsable del caso debe evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño, en relación a sus consecuencias para el conjunto de sus derechos fundamentales. Puntualiza la CIDH que exige una carga argumentativa superior () la decisión que se aleja de la opinión del niño (C.I.D.H.; Opinión Consultiva OC-17/2002, párr. 207).

Lo que sí debe cerciorarse el decisor es que la voluntad del niño no haya sido manipulada es decir se expresó libremente lo cual fue interpretado de la siguiente manera por el Comité en la Observación antes referida 22.- El niño tiene el "derecho



de expresar su opinión libremente". "Libremente" significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. "Libremente" significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. "Libremente" es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás; como asimismo que la evolución de sus facultades madurez le permiten adoptar las decisiones para poder evaluar la autonomía progresiva de la voluntad (art. 5 de la CDN y 8 inc. 1o del CNA).

7.- Realizado el marco teórico de la cuestión, se analizarán los agravios formulados por el recurrente a la luz de las emergencias probatorias de la causa.

Al respecto, surgen acreditados los siguientes hechos:

I) CC nació el 12 de agosto de 2016, siendo hijo de AA y DD (fs. 1-2). La pareja se separó cuando el niño tenía seis meses.

II) El 8 de setiembre de 2017 nació un segundo hijo de la pareja -ya separada- de nombre Laurato, quien permaneció internado por graves problemas de salud. Permaneció un mes al cuidado de la madre y posteriormente del padre. Egresó del hospital el 20 de febrero de 2018, quedando al cuidado de su padre, quien obtuvo ratificación de tenencia judicial (IUE 343-218/2018).

De la intervención social en esa oportunidad surge que EE quedó al cuidado del padre y CC al cuidado de la madre. CC no tuvo más vínculo con su padre desde los seis meses y EE no tuvo más vínculo con su madre, que no pudo ser ubicada.

El 30 de mayo de 2018 DD se fue del domicilio de BB (64 años, nacido el 31/5/1954) donde vivía y le dejó el niño CC a su cuidado, sin volver a comunicarse (informe social fs. 5-6 IUE 343-266/2018).

III) El 28 de agosto de 2018 se realiza por parte del Centro Auxiliar Chuy de ASSE denuncia por situación del niño CC, quien a la edad de dos años solamente contaba con dos controles médicos (fs. 1-3 IUE 343-266/2018).

IV) En el ya referido informe de fecha 26 de setiembre de 2018 se recomendó establecer en forma urgente visitas del niño con su padre con el objetivo de fortalecer el vínculo y realizar un proceso paulatino de revinculación (fs. 6 vto. IUE 343-266/2018).

V) A partir del conocimiento de la situación por la intervención judicial, AA se contactó con BB para recuperar al niño, en setiembre de 2018 concurrió una vez al domicilio de BB pero el niño lloró y lo dejó con éste (declaraciones de ambos en audiencia fs. 14 vto. y fs. 15 IUE 343-266/2018).

VI) En audiencia del 26 de octubre de 2015 se resolvió mantener la situación de CC y fijar régimen de visitas a favor del padre a realizarse en hogar de INAU (fs. 16 vto. IUE 343-266/2018).

VII) El 21 de diciembre de AA promovió juicio de tenencia contra BB respecto de su hijo CC (fs. 5 de estos autos).



VIII) En informe social de fecha 21 de enero de 2019 la perito de ITF sugirió ampliar el régimen de visitas del niño con su padre (tres veces por semana en la casa paterna) a fin de fortalecer el vínculo para una posterior convivencia, manteniendo el vínculo también con el sr. BB que ha sido su referente parental hasta el momento. Recomienda que el niño a corto plazo pase a convivir con su padre y hermano biológicos (fs. 54-56 IUE 343-266/2018).

IX) Las visitas ordenadas en el acordonado a cumplirse en dependencias de INAU se realizaron, con algunos incidentes especialmente entre AA y funcionarias de la institución (informe fs. 77-80 de IUE 343-266/2018). En informe de junio de 2019 se comunica que el sr. Saravia no concurrió a las visitas en tres oportunidades seguidas (fs. 88 del acordonado). Por decreto n° 3158/2019 del 7 de noviembre de 2019 se dispuso la suspensión del régimen de visitas (fs. 106).

X) Las visitas acordadas en esta causa se cumplieron en el domicilio del padre, sin inconvenientes según informe de la defensora del niño CC, habiéndose suspendido durante un período de la emergencia sanitaria por dificultades en el traslado en transporte público.

8.- Por el contrario, entiende la Sala que no quedaron acreditados los siguientes hechos -algunos de los cuales, sin embargo, fueron tomados por ciertos en la recurrida:

I) Que AA haya abandonado a su hijo CC. Resulta de las actuaciones reseñadas que al obtener el alta hospitalaria de EE en febrero de 2018 los progenitores acordaron que éste quedaría a cargo del padre y CC a cargo de la madre. AA recién se enteró que no estaba a cargo de ella a partir de las actuaciones judiciales movilizadas por ASSE, se contactó con BB sin lograr solucionar la situación, por lo cual en diciembre de 2018 promovió este juicio de tenencia.

II) Que AA ejerciera violencia de género respecto de DD. Los mensajes referidos por el demandado sobre este punto no fueron agregados a la causa. Los testigos declarantes negaron que se trate de una persona violenta.

III) Que AA tenga otros hijos, además de los mencionados CC y EE. Tal extremo fue manifestado por la técnica de INAU pero no resulta prueba alguna de los mismos.

IV) Que el actor, padre biológico del niño CC, no esté en condiciones de hacerse cargo del mismo. Por el contrario, desde el primer informe realizado por peritos de ITF en el acordonado IUE 343-266/2018 de fecha 28 de setiembre de 2018 se ha recomendado la revinculación del niño CC con su padre biológico, teniendo como objetivo final su convivencia, ya que el padre está en condiciones de hacerse cargo del niño.

Sobre la posición de INAU, los informes consignan que el padre no entiende las reglas que se le imponen para ver a su hijo, pero desde la institución no se procura una mejor solución para esa revinculación, hasta que el padre deja de concurrir a las visitas señaladas. Además, las cuestiones económicas y materiales manejadas en el informe agregado a fs. 63-66 del acordonado, demuestran una posición discriminatoria y son contrarias a la regla establecida por el art. 12 inc. 2 del C.N.A.



según la cual ningún niño o adolescente puede ser separado de su familia por razones económicas.

9.- En síntesis, lo que emerge de las actuaciones cumplidas es que cuando DDdejo a su hijo CC, de seis meses de edad, a cargo BB - un tercero sin vínculo alguno con el niño- y no apareció más, éste debió contactar a las autoridades correspondientes para ubicar a los familiares.

Esto recién se realizó por intervención de ASSE cuando CC tenía dos años y debido a una internación en la que se advirtió que tenía solo tres controles médicos en su vida.

Advertido entonces el padre AA de la situación en que se encontraba, procuró hacerse cargo de su hijo, lo cual fue recomendado desde setiembre de 2018 por los técnicos de ITF. A ese efecto, en diciembre de 2018 el padre promovió juicio de tenencia contra BB, que se prolongó durante casi tres años, dictándose la sentencia de primera instancia en setiembre de 2021.

Como se señaló, no se acreditaron en la causa circunstancias que permitan concluir que el actor, padre biológico de CC, no esté en condiciones de ejercer la tenencia del niño. El mismo ya está a cargo del hermano menor de CC y vive con su pareja desde hace años, con quien éste manifestó llevarse bien, según último informe de su defensora.

10.- Cabe entonces analizar la voluntad de CC, que como se reseñó en considerandos anteriores, debe tenerse en cuenta para tomar decisiones que afecten su vida. Para ello debe tenerse presente el principio de la autonomía progresiva de la voluntad y que ésta no haya sido manipulada por los mayores.

Es claro que CC, de cinco años a la fecha, ha vivido desde sus seis meses de vida con BB, quien se ha encargado de atender sus necesidades- extremo no controvertido ni aún por el actor. Se advierte además que es la única persona mayor referente en la vida del niño, en tanto no ha quedado claramente acreditado que mantenga una relación fluida con su abuela materna, si bien ella declaró que sí, no conoce la casa donde vive el niño -o sea que no lo visita- y afirmó BB que CC no quiere quedarse solo en la casa de su abuela.

Entonces, tratándose de un niño de cinco años cuyo único referente es BB -quien no se discute que lo trata bien- es natural que manifieste que prefiere quedarse con él. Pero este niño de cinco años no tiene la capacidad suficiente para evaluar que está renunciando a su derecho a vivir en su familia biológica.

A juicio de la Sala, el interés superior de CC es vivir con su familia biológica. Habiendo sido abandonado por su madre a los seis meses, ese interés superior es vivir con su padre AA, que desde hace más de tres años está procurando recuperarlo.

Como señala el recurrente, la prolongada duración del proceso no puede ir en contra del actor, ni en contra del derecho del niño a vivir con su padre biológico.



11.- Finalmente se desestimará la solicitud de prueba en segunda instancia por no cumplir los presupuestos del art. 257 del C.G.P., ya se trata de una denuncia presentada por el propio solicitante contra su contraparte.

En relación al informe agregado en la causa acordonada IUE343-266/2018 elaborado por INAU con posterioridad a la sentencia de primera instancia (FS. 128- 129), va en consonancia con las anteriores actuaciones de los técnicos de la institución, que siempre se han mostrado contrarios a la revinculación del niño con su padre, sin facilitar las condiciones para ello.

Por otro lado, es contrario a lo que siempre manifestó la defensora de CC a partir de las entrevistas que mantuvo con el niño, siendo ella quien representa sus intereses en este juicio.

12.- En conclusión, se otorgará la tenencia de CC a su padre AA.

Sin perjuicio de ello, se recomienda el padre mantener la vinculación del niño con su actual tenedor BB.

13.- La conducta procesal de las partes ha sido correcta por lo cual no se impondrán sanciones especiales en el grado (art. 688 C.C.).

14.- Por los fundamentos expuestos, las normas citadas y lo previsto en los arts. 248 a 257 del C.G.P., el Tribunal

FALLA:

REVÓCASE LA SENTENCIA APELADA.

OTÓRGASE LA TENENCIA DE CC A SU PADRE AA, A QUIEN SE INSTA A MANTENER LA VINCULACIÓN DEL NIÑO CON BB.

SIN SANCIÓN PROCESAL ESPECIAL EN LA INSTANCIA. OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE A LA SEDE DE PROCEDENCIA.



ASOCIACIÓN DE DEFENSORES DE OFICIO DE URUGUAY

Sentencia Nro. 110/2022

Juzgado Letrado de 2º Turno de Las Piedras

El presente proceso fue tramitado ante el Juzgado Letrado de 2º Turno de Las Piedras “AA. Juicio Oral, Un delito de Homicidio como co autor, BB. Un delito de Homicidio como cómplice, y a CC, un delito de Receptación” en expediente 602-193/2019, tramitados con la intervención del Defensor Público Dr. Marcos Pazos.

Se trata de un Homicidio en un pueblo del departamento de Canelones, un mayor de edad, jubilado, muere de forma violenta, su cuerpo fue encontrado en su propio domicilio, domicilio que se encontraba absolutamente cerrado, lo que hacía presumir que la persona o personas que dieron muerte tenían la forma de cerrar con llave el lugar.

La víctima ayudaba a consumidores problemáticos de la zona, brindándole alimentos y comodidades.

El gran prejuicio que la sociedad tiene respecto de los consumidores problemáticos de estupefacientes y su relación con el delito llevó a la Fiscalía a imputarles a tres de ellos un delito de homicidio especialmente agravado, sin considerar la posibilidad de otras personas que también se relacionaban con la víctima.

La no precisión en la fecha y hora de la muerte, ocasionó que la Investigación Fiscal fracasara, la evidencia recabada por el Ministerio Público contaba con múltiples debilidades.

La teoría del caso de la Defensa se basó en negar la participación de sus defendidos, abogó en todo momento por la inocencia y la absolución de los mismos.

Manifiesta que la fiscalía no logró probar la responsabilidad de los imputados, expresando que la investigación realizada fue pobre y plagada de prejuicios sociales y discriminatorios.

Sentencia Nro. 110/2022

IUE 602-193/2019

Las Piedras, 2 de junio de 2022

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia, dictada por la titular del Juzgado Letrado de 2º Turno de Las Piedras Dra. Ma. Fernanda Morales, esta causa seguida a "AA. Juicio Oral, Un delito de Homicidio como co autor, BB Un delito de Homicidio como cómplice, y a CC, un delito de Receptación IUE 602-193/2019, tramitados con la intervención de la Representante del Ministerio Público de Cuarto Turno Dra. Verónica Bujarin, y defensor de Público Dr. Marcos Pazos.

RESULTANDO:

1- Por resolución N.º 3036 de fecha 13/12/2021, de acuerdo con lo establecido en el art. 269 del C.P.P, se dictó el auto de apertura a Juicio Oral, respecto los imputados AA, BB y CC, dictada por la titular de la sede homónima de Octavo Turno, Dra. Annabel Gatto de Souza.

En dicha resolución se consigan la acusación formulada por la Sra. Representante de la Fiscalía, quien solicita que se condene al imputado AA como co autor penalmente responsable de un delito de Homicidio, a BB como cómplice de un delito de Homicidio, y a CC como autora de un delito de Receptación.

Solicitando se imponga a AA una condena de diez (10) años de penitenciaría, a BB una condena de tres (03) años de penitenciaría y CC una pena de dos (02) años de penitenciaría.

La defensa en su contestación aboga por la inocencia y absolución de sus defendidos.

2- El día sábado 09/11/2019, en horas de la tarde fue encontrado sin vida el cuerpo del Sr. Julio Cesar Camacho, en su domicilio, el cual se encontraba cerrado, debiendo forzar la puerta del fondo para poder acceder al interior de esta.

Sostiene la Fiscalía que el último día que fue visto con vida fue el día miércoles 05/11/2019, en horas de la tardecita o noche.

Sostiene además que las imputadas BB y CC tenían una relación con el mismo. Intercambiaban favores sexuales por ayudas económicas o en objetos. También



indica que con la Sra. BB la relaciones había evolucionado, pasando a ser una relación más sentimental.

Expresa que varios consumidores concurrían a la casa del fallecido, que este los ayudaba, les compraba objetos.

AA y BB se conocían desde antes, incluso consumían juntos.

Ese día en la tarde tanto CC como BB estuvieron en la vivienda, indicando la Fiscalía que en esa oportunidad BB sustrajo comestibles que luego vendió a la Sra. ZZ y según la Fiscalía en esa oportunidad también sustrajo un juego de llaves de la vivienda, que luego entregaría a AA.

Según la Fiscalía AA fue el último que vio con vida al fallecido, y habría estado dentro de la vivienda, ya que se encontraron rastros de pisadas, que según con la Fiscalía coinciden con los championes que usaba el imputado, y que días antes había comprado a otro consumidor Sr. Cristian Yilada.

En cuanto a la Sra. CC sostiene que ese día obtuvo el celular del fallecido que luego vende YY.

3- La audiencia de Juicio fue señalada para el día 31/03/2022, ese día no comparece la imputada BB, por lo que debe fijarse nueva fecha para el día 27/04/2022, para el cual se habilitó horario especial, señalando la audiencia para la hora 08:30.

La audiencia de juicio se celebrada en dos días 27/04/2022 y el 11/05/2022, en la primera se recibieron todas las declaraciones, y en la segunda los alegatos de clausura.

Luego de las alegaciones iniciales, se reciben las declaraciones de peritos y testigos.

4- Se incorporaron sucesivamente en audiencia los siguientes elementos de prueba:
Declaración testimonial de: Estela Giacosa Posse (ex conyugue del fallecido)

Sra. Beatriz Posse Bentancor (madre de la Sra. Giacosa).

Sr. Jorge Mesa (quien declaró sobre la solicitud de coartada)

Sra. Valeria Maycott Caytano.

Sra. Sonia Mariela Riveron.

Sr. Cristian Eduardo Yilada Menyou.

Oficial Principal Marcos Santana, con cuya declaración se incorporan: informes 287/2019, cadena de custodia, pendrive conteniendo filmaciones y documentación de BPS y REDPAGOS.

Informe de registros históricos telefónicos de fecha 8/06/2020, acta de incautación de teléfono y dos CDs con pericias realizadas a celulares incautados.

Acta incautación de Championes, historia clínica de la víctima, carpeta científica con informe papiloscópico.



Subcomisario Guillermo Ignacio Mateos Perdomo, con cuya declaración se incorporan: informes de laboratorio biológico señalados con los números 15 y 16.

Carpeta científica N.º 470, y carpetas científicas N.º 695/2020, 616/2020, 1286/2020, 299/2019, novedades 677/2019, 675/2019, 1191/2020, champions incautados, cadena de custodia y plano.

Se incorpora posteriormente planilla de antecedentes de los imputados.

Declaración de la Sra. María del Rosario Martínez, vía zoom.

Cabo Sebastián Blanco Caraballo.

Sr. Aaron Llanes Ribeiro (vecino de la víctima se aplica art. 159 del C.P.P.).

Sra. Ana Laura Fernández (pareja de Aaron Llanes).

Sr. Rodrigo Vidal (quien obtuvo celular de la víctima, se aplica art. 159 del C.P.P.)

Sra. Priscila Rodao Garay.

Sr. Damian Yoel Noya.

Dra. Analía Alvez médico forense, con cuya declaración se incorpora protocolo de autopsia de fecha 9/11/2019.

5- En su extenso alegato de cierre estima la Sra. Fiscal plenamente acreditado con la prueba incorporada en autos que cada una de las probanzas analizadas por si y en forma conjunta, permiten concluir que los imputados son responsables de los delitos que refirió en su acusación, solicitando en definitiva se imponga la condena solicitada.

6-En su conclusión final la Defensa expresa: Que entiende que la Fiscalía, no logro probar que sus defendidos fueran los responsables de los delitos que pretende la condena la fiscalía.

Dice que la fiscalía no logró probar la responsabilidad de sus defendidos, expresando que la investigación realizada fue pobre y plagada de prejuicios.

Solicitando en definitiva la absolución de sus defendidos.

7-Por decreto dictado en audiencia, se difirió el dictado de sentencia para audiencia el día de hoy, según lo establecido por el art. 271.7 del C.P.P.

El imputado AA se encuentra privado de libertad a disposición de otra causa, y las imputadas CC y BB luego de recuperar la libertad se les sustituyo a BB por arresto domiciliario por 30 días, y CC se extendió la vigente de presentación a la seccional y prohibición de cambiar de domicilio hasta el día 03/06/2022.



CONSIDERANDO:

I- CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

A – Debe tenerse presente que en el proceso actual oral, acusatorio y adversarial, las pruebas deben incorporarse al proceso en la audiencia de juicio.

Es importante destacar además como señala el art. 259.1 del C.P.P. que la prueba se deberá producir en la audiencia, no resultando válida la incorporación como prueba de actuaciones realizadas durante la investigación, salvo aquellas que se hayan cumplido con las reglas de la prueba anticipada, o que exista un acuerdo de partes.

- Como señala Devis Echandía, en su Compendio de la Prueba Judicial, “Se entiende por indicio cualquier hecho conocido /o una circunstancia de hecho conocida), de la cual se infiere, por si solo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales”.

También señala que en los procesos en especial el penal, la prueba por indicios tiene una gran importancia, para suplir la falta de pruebas históricas del hecho investigado y de su verificación por el examen personal y directo del juez.

B– Corresponde por tanto analizar todos los elementos aportados en juicio, para determinar la existencia o no de responsabilidad de los imputados.

En cuanto al imputado AA, la Fiscalía sostiene que fue la última persona que vio con vida al Sr. Camacho.

Ello se desprendería de las declaraciones del imputado, que indica según lo expresado en audiencia por el Oficial Santana, que AA se habría encontrado con Valentina, luego que esta vende los comestibles que le sustrajo al Fallecido.

Manifiesta el oficial que la llevo un par de cuadras en bicicleta y después fue a darle datos a Camacho sobre Valentina (pista 46 minuto 6:42).

Según la declaración del mismo oficial encargado de la investigación, la compradora de los comestibles la Sra. Martínez, declaró que luego de venderle los comestibles, en la esquina se encontró con un hombre y una mujer, también expresa que esto fue confirmado por Valentina en su declaración donde dice que AA la traslada un par de cuadras (pista 40 5:02 a 5:23).

El extremo referido por el Oficial respecto a los dichos por la testigo, no fueron confirmados por la misma, en efecto la Sra. Martínez en su declaración dice que Valentina fue sola, y no comenta nada de que se encontrara con otras personas (pista 53) tampoco logra decir la testigo en audiencia que hora era, ni señalar el día.



Corresponde señalar que el encargado de la investigación aclara que no se ve cuando BB se retira de la vivienda de Camacho, así se infiere debido a que luego vende los comestibles, y que, según testigos, que no declararon en juicio, el fallecido la estaba buscando enojado.

Tampoco se ve en las grabaciones de las cámaras de seguridad del vecino aparecer a AA en la escena del hecho.

Luce agregado en autos informe realizado por oficial Santana, con fotogramas extraídos de la cámara de seguridad de vecino.

En las mismas no se pueden ver los rostros, ni características y que según las declaraciones del vecino identifican a las imputadas como quienes aparecerían en esos fotogramas, indicando el oficial que las imputadas en sus declaraciones indicaron que se trataba de ellas.

En cuanto al pendrive agregado en autos se debe decir que contiene: dos carpetas una de ella se llama casa de Familia, y dentro de esta hay 5 carpetas más identificadas del 4 al 8.

Dentro de la identificada con el día 4 hay dos videos que cotejadas las horas que registran van desde 09:00 a 09:59 y otra grabación del mismo día que va desde la hora 10:00 a hora 10:52 :50.

La carpeta referida al día 05 contiene 2 videos: el primero 04:00 a 04:50 :59, y la otra va desde la hora 12:00 a la hora 12:38 .18.

La carpeta correspondiente al día 06 contiene 1 video desde la hora 00:00 a las 00:59 :59.

La carpeta correspondiente al día 07 contiene 2 videos uno de 09:00 a 09:35 :12, y el segundo de hora 11:00 a 11:59 :59.

El día 08 contiene 3 videos de hora 00:00 a 00:31 :38, 02:00 a 02:59 :59, y de 17:00 a 17:03

:28.

La otra carpeta que se encuentra dentro del pendrive no tiene elementos relacionados al presente juicio.

Si bien se aprecia en el informe agregado por el Oficial Santana, que los fotogramas fueron extraídos de las filmaciones de la cámara del vecino, dichas grabaciones no estaban agregadas en el pendrive.

Otro punto por analizar, al cual la Fiscalía da gran relevancia es el calzado que se incautó al imputado AA.



Sobre los mismos se realizó una pericia por parte de Sub-Comisario Guillermo Mateo, quien compara los rastros de huellas encontrados en la escena del hecho, con rastros documentados en un piso de similares características, y habiendo pisado sangre de pollo, la cual se realizó en el mes de setiembre del 2020. En el cual concluye que las pisadas guardan similitud en características particulares de morfología y tamaño.

En su declaración el perito expresa en pista 56 que lo realizado es una prueba de probabilidad y no de certeza, que es una prueba de probabilidad media.

Indica que debido a cómo está la suela, la sangre penetra en la suela y deja una impronta bastante particular.

Preguntado sobre si se habían hallado rastros de sangre en dicho calzado, indico que creía se había realizado un test de Abon y que creía que dio negativo.

Sobre dicho extremo o posibilidad nada se agregó en autos por parte de la Fiscalía.

En la declaración del testigo Cristian Yilada, supuesto vendedor de los championes, pista 36, indica que no recuerda haber tenido en su poder esos championes, ni haberlos vendido a AA, pero como era consumidor puede estar la posibilidad, pero no lo recuerda.

Lo reseñado son los elementos presentados en juicio para indicar la posible participación de AA.

C– En cuanto a la participación de BB, se cuenta con las expresiones del Oficial Santana, que indica que el día 05/11/2019 Valentina estuvo con el fallecido, según el informe realizado de las cámaras de seguridad, se la ve llegar con el fallecido, pero no se la ve salir, aunque según la investigación se retiró , ya que habría sustraído alimentos, que luego vende la testigo María Martínez, si bien la fecha y hora no pudo ser confirmado por la testigo, expresó el oficial que ello fue corroborado por la propia Valentina en su declaración, aunque dicha declaración integra la investigación preliminar.

Según esa declaración Valentina conocería la existencia de un segundo juego de llaves, según el Oficial Santana ella se lo llevó, y según las conjeturas del caso se lo habría entregado a AA, o de alguna forma le habría facilitado el ingreso a la vivienda de Camacho.

D – Respecto a CC quien de acuerdo con lo afirmado por la Sra. Fiscal, habría recibido el celular de la víctima, y luego lo habría vendido al testigo YY, corresponde determinar si se acreditó que la misma lo obtuviera con conocimiento de un origen ilícito, y si luego lo vendió para obtener un provecho.

Este en su declaración en la pista 72 el Sr. Vidal, establece que se encontraba en la plaza, solo fumando marihuana, cuando se le acerca Paola y le ofrece el celular, como lo necesitaba para retomar contacto con su hermana lo compró, no recuerda cuanto pago, y expresa que debe haber sido cerca de las 21 horas, ya que el a las 21:30 o



22:00 horas entraba a trabajar en el hogar de ancianos, que se encuentra a unos 15 minutos caminado, desde el lugar donde adquirió el celular, también manifiesta que lo tuvo en su poder dos o tres semanas antes de regalárselo a su hermana.

No menos importante a destacar es que supuestamente el testigo adquiere el celular dentro del rango horario que según la fiscalía y el oficial Santana , ocurriría el deceso de Camacho, inclusive de acuerdo a la declaración muy cerca en horario de que realizara la última llamada que se realiza a la 20:46, y Vidal lo compra según declara en audiencia a las 21 horas.

Se le impuso el estatuto establecido en el art. 159 del C.P.P., incluso el testigo al ser interrogado sobre su altura y talla de calzado dijo que dejaba de declarar, si se le iba a interrogar sobre cosas sobre las cual él no había venido a declarar, no declara más y pide un abogado.

Priscila Rodao Garay hermana de Vidal, expresa que fue su hermano quien le entregó el celular que luego fue incautado.

Y el Sr. Damián Noya, padrastro de la adolescente, quien expresa que escucho en charlas familiares que luego del allanamiento realizado en su casa, Rodrigo manifestó que el celular se lo había comprado a la “Negra Paola”.

C – Otro extremo a destacar en la investigación es la determinación de cuando se lo ve por ultima vez al señor Camacho.

Según el Oficial Santana es el día 05/11/2019, por los registros fílmicos, con los cuales se confecciona informe agregado, pero no se agregaron las filmaciones con las cuales se confeccionó el mismo, siendo de mala calidad los fotogramas aportados debido a la distancia.

Además, expresa que ese día se comunicó a las 20:46 horas, con “los mormones”, una llamada de 90 segundos, pero tampoco fue aportado en juicio confirmación de esa llamada, ni que fuera realizada por el fallecido, salvo el reporte del registro histórico aportado.

Según la línea de investigación presentada fue la Sra. Beatriz Angelica Posese (suegra del fallecido) y el Sr. Aron Llanes (vecino del fondo) quienes dan cuenta de la ausencia del Sr. Camacho.

La Sra. Posse indica que ese día debía llevar a su nieta para las visitas con el Sr. Camacho, como no llegó a la parada, pensó que se podía haber equivocado de parada, habla con una mujer policía, que le indica que se dirija a la vivienda, y que si tenía algún problema que fuera por la seccional.

Cuando llega se encuentra con la casa cerrada, y del apartamento del fondo aparece el Sr. Aron Llanes, quien le dice que no está, que lo acompañe a la seccional porque a él no le hicieron caso, expresa además la testigo que volvió para dejar a la niña, y avisarle a su hija lo que estaba pasando, retornando al lugar con su hija, y el compañero de esta.



El Sr. Llanes expresa que frecuentaban la casa varias personas, indica que algunas veces sintió gritos y amenazas contra el Sr. Camacho, una vez a las dos de la madrugada, incluso recuerda que en una oportunidad un Sr. Cristian gritaba amenazando a Julio, debido a que Paola, estaba escondida dentro de la casa.

Indica que Julio le había dicho que pensaba visitar a unos amigos en Paysandú, aunque le llamo la atención que no le avisara, como pasaron un par de días fue a dar aviso a la seccional, pero no le dieron importancia, luego cuando fue en otro turno (esto es el día sábado) si fue la policía y allí encontraron el cuerpo.

No se aportó en juicio ninguna otra información que permitiera corroborar en que otro momento el Sr. Llanes había concurrido a la seccional policial.

Preguntado por la Defensa expresa que no sintió olor, que no escucho al perro ladrar, que solo lo escuchó cuando fueron con la policía.

También indicó que en esa semana fue en forma intermitente, que trabajó muchas horas en el gimnasio, y que iba solo a dormir.

Que el portón de acceso estaba cerrado, pero con el candado sin trancar, y que estimaba que cuando el se fue lo trancó.

Niega haber sacado objetos de la vivienda como denunciara la Sra. Estela Giacosa.

Se le impone estatuto establecido art. 159, debido a lo manifestado la Sra. Estela Mary Giacosa, expresando incluso el defensor que el testigo había tenido una fuerte discusión con la imputada Valentina.

Por su parte la compañera del Sr. Llanes, Sra. Ana Laura Fernández declaró que fue en pocas oportunidades al apartamento de Aron, unas tres veces.

Recuerda en una oportunidad hubo gritos en la madrugada, que le pateaban la puerta a Julio, y al otro día estaba Julio tomando mate con Paola (Ribeiro).

D) En su declaración la Sra. Estela Giacosa indica que conocía a los imputadas de vista; llevaba aproximadamente un año y medio separada de Camacho al momento de su fallecimiento.

Expresa además que los vecinos le comentaban que veían muchas personas en la casa, lo que a ella le preocupaba por su menor hija.

Declara además que la casa la fueron a alquilar juntos y que cuando alquilaron había dos juegos de llaves.

Indica que sabía que el Sr. Camacho tenía una relación sentimental con BB (BB).

Manifiesta que cuando se quedaron a limpiar la casa, con su hermana le robaron los muebles delante de sus ojos, lavarropa etc., indica que cosas de valor que estaban allí que no las robaron, anillos de oro y unas estatuas que ella había comprado que valían mucho dinero (pista 11).



En pista 12 y 13 indica que Aron (Llanes) se llevo los muebles delante de ella, que los llevo para la casa de su abuelo.

Indica que Aron buscaba un arma que sabía que había, también dijo la testigo que ella sabía que había un arma porque su esposo se lo había dicho, indicando además que le había hablado de Aron, que le manifestó que no lo quería más en a la casa (pista 13 minuto 2:15).

E) En cuanto a la declaración de Jorge Mesa, expresa que solo conoce a Paola (Ribeiro), expresa que tiempo después del fallecimiento de Camacho, lo llamo una persona que dijo llamarse Valentina, pidiéndole que dijera que, en la semana de la muerte de Camacho, dijera que Paola había estado en su casa, expresa que iba a su casa pero que nunca se quedaba,

Esta declaración no aporta nada, la Sra. CC está acusada por un delito de Receptación.

La Sra. Valeria Maycott vecina del barrio que conocía a los imputados de vista que los veía pasar por la casa Camacho, no sabe si se quedaban.

Por su parte la Sra. Sonia Rivero vecina del fallecido, conoce a los imputados de vista, dice que a AA lo conoce desde chico, y que nunca lo vio entrar a la casa de Camacho.

Indica que veía a Valentina con Camacho, incluso con sus niños, y a Paola también, ya que se iba a bañarse, y veía la ropa lavada, tenían una buena relación.

Expresa que el día 4/11/2019, vio a Camacho con Valentina, indicando el motivo por el cual recordaba bien el día. (pista 30), indicando que Valentina le dijo que estaba esperando a Camacho, que estaba para cobrar en la Red de pagos, este punto no se controvirtió surgiendo además acreditado por los informes de BPS, y Red Pagos.

En cuanto a la declaración del cabo Sebastián Blanco, (pista 61 y 62) indica que fue el primer policía que concurrió al lugar, que un vecino se aproximó a la Seccional policial (Llanes) indicando que no veía a su vecino y sentía al perro ladrar, expresa que cuando llegaron la casa estaba cerrada.

Indicando que forzaron la puerta del fondo para poder ingresar.

F) Por su parte con la declaración de la médico forense Dra. Maria Alvez, se agregó la autopsia al fallecido. (pista 2 a 5)

Estableciendo como causa de muerte: agravio encefálico agudo/trauma _ craneoencefálico . Shock hemorragico-hipovolemico/herida de arma blanca.

Preguntada por el tiempo de fallecido responde que no presentaba signos de putrefacción por lo tanto en principio se trataría de una muerte reciente 6:50 a 7:06.

Sin perjuicio de expresar que la data de muerte siempre es algo variable, indica que generalmente los fenómenos de putrefacción aparecen pasadas las 24 horas, y en este caso no los presentaba (pista 2 minuto 8:10).



En la pista 4, el perito expresa la forma en que se desarrollan los procesos de putrefacción. Reitera que lo que consigno es lo que vio y que no estaban presentes fenómenos de descomposición.

Lo manifestado por el perito es apreciable claramente en las fotografías agregadas en carpeta de policía científica N.º 470/2019, desde la foto 156 a la 205.

En especial foto 188 donde se aprecia la sangre dentro de la cavidad torácica, 192, 193, 194 foto del pulmón izquierdo, fotos 202 y 203 del cerebro luego de extraído, donde se aprecian claramente infiltración y heridas. En dichas fotos no se aprecia ningún signo de descomposición.

Es claro que la data de la muerte siempre se sitúa entre la última vez que la persona fue vista con vida y el momento del hallazgo del cuerpo.

Pero luego se trata de ajustar a los hallazgos de la investigación, así como lo que el forense percibe al momento de realizar la autopsia.

II- LA PARTICIPACIÓN

Por todo lo que viene de expresarse entiende esta sentenciante que la teoría del caso de la Fiscalía no es la única posible de conformidad con las pruebas e indicios presentados.

El acceso supuesto a la vivienda con llaves apropiadas no quedó más que en una suposición, ya que las llaves no fueron habidas, y no pudo demostrarse sin dudas que la Sra. BB las tomara.

Véase que el occiso estaba sin camisa, podía haber tenido calor, y encontrarse con la puerta del fondo abierta, y que por allí ingresara su atacante, demasiadas posibilidades.

El vieron la oportunidad y la tomaron, también resulta poco convincente, ya que se demostró lo que había cobrado el Sr. Camacho el día 4/11/2019, era la suma de \$ 10.000, de la cual ya había gastado una buena parte, y por otro lado como señaló la Sra. Giaccosa había cosas de valor dentro de la vivienda, anillos, estatuas, televisor, todas cosas que hubieran sido fácilmente negociables para personas consumidoras y que necesitaron dinero para ello, pero estaban en el lugar.

Es importante también destacar que las declaraciones que refirió el Oficial Santana, que corresponden a la etapa indagatoria, se tomaron a personas consumidoras, y a un mes de los hechos, cuesta creer que personas con esa enfermedad puedan aportar fechas claras de en que lugar estuvieron, que compraron y cuando.

Los rastros de pisadas, que, según la pericia realizada, presentan similitudes con los championes que se le incautaron a AA, aún aceptando que fueran los mismos, no se estableció si estaban en su poder al momento de la muerte del Sr. Camacho.

La luz que se apaga, que según la Fiscalía y el Oficial Santana, ayudan a determinar la hora de muerte, ni siquiera se manifestó o se acreditó en autos que la misma



estuviera funcionando, o que se hubiera descompuesto el foco, como se dijo muchas teorías pueden explicar el punto.

Por otra parte, la Sra. Fiscal en su alegato de cierre intentó mantener la data de muerte alrededor de las 72 horas antes del hallazgo del cadáver, citando literatura al respecto, pero como se dijo la aparición de los fenómenos cadavéricos varían y no se ciñen necesariamente a lo que por regla general aparece.

Por otra parte, se agregó la historia clínica del occiso, extremo que aclaró el Oficial Santana, que era para establecer si el occiso tomaba alguna medicación, o padecía alguna enfermedad, que de alguna forma pudiera alterar los procesos de descomposición.

Sin embargo, en casi dos años de investigación no se solicitó al perito forense una ampliación de su informe para que analizara sus hallazgos a la luz de lo que surgiera en la historia clínica.

Lo manifestado por la Sra. Fiscal en ninguna forma logra desvirtuar los hallazgos expresados por el perito médico forense y docente, por más de 10 años.

En cuanto al celular de la víctima, no surge claro ni se probó como llegó a las manos de Ribeiro, si es que alguna vez lo tuvo, ya que lo único aportado es la declaración de Vidal, a quien se le impuso el estatuto del art. 159 del C.P.P.

Para determinar la responsabilidad en materia penal, cuando no se cuenta con testigos presenciales, debemos contar con una serie de indicios, que en cantidad y analizados en conjunto a la luz de las reglas de la experiencia y la sana crítica, permitan determinar sin dudas que la secuencia de hechos fue la presentada por la Fiscalía y no otra, extremo que no aconteció en autos.

III En el referido contexto habrá de desestimarse la demanda acusatoria presentada por la Fiscalía, los elementos aportados en juicio no alcanzaron un estándar probatorio que permita establecer la responsabilidad de los imputados en los hechos que se les pretende imputar.

Por lo desarrollado, y de acuerdo con las normas de derecho que se han citado y lo previsto en los arts. 1, 69, 85, 86 y 87 del Código Penal, 119, 120, del C.P.P.

FALLO:

Absolviendo a los imputados: AA, del delito de Homicidio en calidad de coautor, a BB, del delito de Homicidio en calidad de cómplice, y a CC de un delito de Receptación en calidad de autora.

Dispónese el cese de las medidas cautelares que puedan pesar sobre los imputados.

Consentida o ejecutoriada, comuníquese, oportunamente Archívese.

BLODEPM

Boletín de Jurisprudencia

VENEZUELA





LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Ponencia de la Magistrada Doctora MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

En el juicio por cobro de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo, daño moral y lucro cesante que sigue el ciudadano **SAÚL TOLOZA PALOMINO**, titular de la cédula de identidad N° V-30.462.591, representado judicialmente por las abogadas Oludoet María Rodríguez Davalillo, Liliana Moummar y Nohiria Colina Primera, inscritas en el Inpreabogado bajo los números 43.853, 76.794 y 56.599, correlativamente, contra las sociedades mercantiles **ASOCIACIÓN VENEZOLANA CAMARONERA, S.A. (AVENCASA); REPRESENTACIONES MARÍTIMAS ATUNERAS, C.A. (REMATUN); PANAMERICANA, S.A.; AVENCADIESEL, S.A.; PESQUEROS ASOCIADOS DE OCCIDENTE (PASO); ALBA, S.A.; FOROMAR, S.A.; ATUMAR, S.A.; AVIATUN, S.A.; ORINOCO DE VENEZUELA, S.A. (ORIVENSA); ATUNEROS DE PARAGUANA, S.A. XCCXZCF(XAPARSA); FATO, C.A. (F.A.T.O.C.A.); ATUNVEN, S.A.; AVENCATUN, S.A. y DIQUE VENEZOLANO, S.A. (DIVENSA)**, representada por los abogados José Vilanova, Nubia Zambrano y Maryoris Eudelena Yrausquin Huggins, Lisbeth Díaz Petit, José Delgado Pelayo, Pedro Gamboa y Eduardo Muños inscritos en el IPSA bajo los números 36.161, 25.280, 168.180, 64.360, 60.212, 2.093 y 30.158, respectivamente; el Tribunal Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Falcón con sede en Punto Fijo, mediante sentencia publicada en fecha 1° de octubre de 2018, declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y parcialmente con lugar la demanda, revocando la decisión publicada en fecha 26 de junio de 2017 por el Juzgado Quinto de Primera



Instancia de Juicio del Trabajo de la referida Circunscripción Judicial, que declaró sin lugar la demanda interpuesta.

Contra la decisión de alzada, la representación judicial de la empresa Representaciones Marítimas Atuneras, C.A. (REMATUN), anunció recurso de casación, el cual fue admitido por auto de fecha 10 de octubre 2018, ordenándose la remisión del expediente a esta Sala de Casación Social.

Mediante escrito de fecha 1° de noviembre de 2018, fue formalizado el recurso extraordinario. No hubo impugnación.

El 13 de junio de 2019, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Marjorie Calderón Guerrero, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

En fecha 5 de febrero de 2021, con la elección de las nuevas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala quedó conformada de la manera siguiente: Presidente, Magistrado Edgar Gavidia Rodríguez, Vicepresidente Magistrado Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, Magistrados Marjorie Calderón Guerrero, Mónica Misticchio Tortorella y Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

Cumplidos todos los trámites de notificación correspondientes, en fecha 27 de enero de 2021, el Juzgado de Sustanciación fijó la audiencia pública y contradictoria prevista en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el martes 9 de marzo de 2021, a las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), siendo posteriormente diferida para el martes 16 del mismo mes y año, a la hora indicada.

Celebrada la audiencia en la oportunidad prevista y pronunciada la decisión de manera oral e inmediata, pasa esta Sala a reproducir la misma en atención a lo previsto en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, bajo las consideraciones siguientes:

DEL RECURSO DE CASACIÓN

-I-



Al amparo del numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se delata la infracción, por falsa aplicación, de los artículos 65; 66 y 68 de la Ley Orgánica del Trabajo; 130, numeral 3 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo; 1.196 y 1.273 del Código Civil, así como la falta de aplicación de los artículos 359 y 361 del Código de Comercio, al declararse la existencia por la recurrida de una relación de trabajo entre el actor y las demandadas, cuando éstas estuvieron vinculadas por un contrato de cuentas en participación.

Aduce la parte demandada recurrente, que la juzgadora declaró con lugar el recurso de apelación del actor fundada en el principio de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias y del análisis de los elementos de autos para aplicar el test de laboralidad, no obstante haber decidido en un caso análogo del año 2006, con identidad tanto de la causa *petendi* como de la parte demandada, que existió un contrato de cuentas en participación, por tanto, resulta evidente el menoscabo a la seguridad jurídica, la confianza legítima y la expectativa plausible.

Expone, que la decisión impugnada estableció contrariamente a lo acordado en los contratos de cuentas en participación, a los cuales les otorgó fuerza probatoria, que no quedó demostrado que el actor se arrogase las ganancias o pérdidas en todo o parte del sistema productivo o de las operaciones, falseando la realidad contenida en los convenios que obran en autos, desvirtuando así el espíritu y propósito del artículo 361 del Código de Comercio denunciado como infringido por falta de aplicación.

Indica la recurrente, que la decisión de alzada infringió el artículo 359 *eiusdem*, al establecer que no quedó desvirtuada la presunción de laboralidad por ninguna de las pruebas, cuando lo cierto es que los contratos mercantiles a los que se ha hecho referencia, establecen en su cláusula séptima que la ganancia se determina por peso y calidad del pescado capturado, de la aleatoriedad de dicha circunstancia y de lo imprevisible de la duración de las campañas de pesca.

La violación de las normas mercantiles, a criterio de la formalizante, trajo como consecuencia la infracción por falsa aplicación de los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica del Trabajo y, como consecuencia, condenó el pago de indemnizaciones subjetivas, daño moral y lucro cesante.



La Sala para decidir observa:

La falsa aplicación es un vicio que consiste en la aplicación efectiva de una norma jurídica que ha realizado el juez, a una situación de hecho que no es la que ésta contempla. En este sentido, la doctrina nacional nos señala que la falsa aplicación de la ley viene a ser una violación que consiste en una incorrecta elección de la norma jurídica aplicable.

Por su parte, la falta de aplicación de una norma se verifica cuando el sentenciador niega la aplicación de una disposición legal que está vigente, a una determinada relación jurídica que está bajo su alcance.

En el caso *sub iudice*, se denuncia que la recurrida atendiendo al principio de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, estableció que entre las partes existió una relación de naturaleza laboral, declarándose procedente, en consecuencia, el pago de indemnizaciones derivadas de un accidente de trabajo por responsabilidad subjetiva, así como el daño moral y lucro cesante a favor del accionante, ello, acorde a las previsiones contenidas en los artículos 65; 66 y 68 de la Ley Orgánica del Trabajo; 130, numeral 3 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo; 1.196 y 1273 del Código Civil.

A criterio de quien formaliza, lo correcto a la luz de los artículos 359 y 361 del Código de Comercio y, una vez analizado el contrato de cuentas en participación cursante a los autos, cuya eficacia probatoria fue otorgada por la jurisdicente, era declarar desvirtuada la presunción de laboralidad al encontrarse vinculado el actor a la empresa demandada a través de un contrato comercial, tal como en situaciones análogas el mismo Tribunal estableció otrora, en razón de ello, menoscabó igualmente la seguridad jurídica, la confianza legítima y la expectativa plausible.

A los fines de constatar la procedencia o no de la denuncia formulada, la Sala estima necesario transcribir el extracto pertinente de la sentencia impugnada, cuando al resolver la apelación sometida a su consideración, señaló:

(...) la prestación de servicios por parte del demandante de autos a las demandadas no es un hecho controvertido, pero sin embargo, si resulta ser controvertido que el mismo resultare de naturaleza laboral, ya que se contradijo éste se efectuara por cuenta y dependencia de la accionada, en razón que la actividad desarrollada se



hacía bajo la figura de un contrato mercantil (cuentas en participación). Y es así cómo ante la existencia de una prestación de servicios tan controversial resulta necesario hacer uso de los mecanismos legalmente consagrados, tales como el principio de presunción de la relación laboral y el principio de la primacía de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, para desvelar la naturaleza jurídica de dicha relación (...).

Así las cosas, dado que en el caso de marras está evidenciado la existencia de unos contratos de cuentas en participación que cursan a los autos, los cuales en su oportunidad las partes en litigio reconocieron su existencia y suscripción, por medio de los cuales de manera de formal se pactó la prestación del servicio del accionante (...).

(Omissis).

Denota esta Alzada a través del fallo parcialmente transcrito que el juez de la recurrida al declarar la existencia de una relación mercantil en el presente caso, con fundamento en las cláusulas que componen los contratos de cuentas en participación, le otorgó mayor connotación al principio de la voluntad de las partes expresadas en dichos contratos, por lo que lejos de aplicar el principio de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, y valorar de manera efectiva las pruebas aportadas a los autos, al momento de realizar el test de laboralidad, vulneró el artículo 5 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

(Omissis).

(...) se procede a verificar en el presente caso, si los hechos establecidos por apreciación de las pruebas, desvirtúan los elementos de la relación de trabajo, aplicando para ello el test de laboralidad. En ese sentido, se observa:

a) Forma de determinar el trabajo: se evidencia de autos de manera clara, que en el presente caso, la labor ejecutada por el demandante consistía en participar en la jornada de pesca desarrollada por las accionadas, sacando delfines atrapados en la red o malla utilizada para la pesca de atún, integrando la tripulación de las embarcaciones propiedad de las accionadas y ocupando el cargo de Espibotero-Buzo, lo que pone de manifiesto su inserción en el sistema de producción relacionado con la actividad pesquera, ejecutada por las empresas demandadas.

b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo: (...) las empresas codemandadas determinaban las circunstancias de tiempo -fechas de inicio y terminación de cada marea o campaña por medio del capitán de la nave- las circunstancias de lugar -puertos de embarque, travesía- y de modo –a bordo de algunas de las embarcaciones L/M Conquista, L/M Calipso, L/M Rosa Mística y L/M Don Francesso, propiedad de las empresas demandadas.

c) Forma de efectuarse el pago: Quedó demostrado en el presente juicio, a través de los comprobantes de pago insertos en autos (folios 307 al 340, pieza N° 01, y 173 al 199, pieza N° 4, y folio 2 al 39 de la pieza N° 5 del expediente), que el



demandante recibía asignaciones al finalizar cada marea o campaña de pesca y también de forma anticipada derivadas de la prestación del servicio, con una connotación variable debido a que eran calculadas con base a las toneladas de atún recolectado. Asimismo se aprecia que en las cláusulas de los contratos suscritos entre las partes, éstas pactaron una contraprestación denominada “beneficios o dividendos”, fijada de forma proporcional al peso de las especies de atún capturadas, de lo que se entiende que se tomaba en consideración para la estimación del valor o cuantía, la labor ejecutada por el accionante, al haber mediado su participación en la consecución del negocio, lo que a todas luces se asemeja a la definición de un salario por unidad de obra, por pieza o a destajo, prevista en el artículo 141 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), aplicable *ratione temporis*.

d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario: Conforme a los contratos suscritos entre las partes, se evidencia que el capitán de la embarcación era quien ejercía el poder de dirección, vigilancia y disciplina respecto de las actividades desplegada por el actor, lo que se corrobora del contenido de las cláusulas tercera, cuarta, décimo primera y décimo tercera, según las cuales el accionante, en su condición de “participante”, se encontraba obligado a “prestar sus servicios personales, experiencias y conocimientos en todas las formas de explotación y actividad legalmente convenida y ordenada por el capitán”, a respetar “el Reglamento de Seguridad y las órdenes que en tal sentido suministre el capitán”, y someterse “al mando legal de la nave, constituido por el referido capitán”, entre otras.

e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria: Es preciso destacar, que a través de la prueba documental relativa al expediente administrativo número FAL-21-IA-09-0120 relativo a la investigación de accidente de trabajo sufrido por el demandante de autos, se dejó constancia que la empresa suministró al ciudadano SAUL TOLOZA PALOMINO los implementos y herramientas de trabajo, así como que la maquinaria empleada para el ejercicio de sus funciones como buzo eran propiedad de la empresa REMATUN C.A., Al igual que quedó demostrado de los contratos celebrados que la empresa contratante suministraba al actor los implementos y herramientas inherentes a su labor. Con ello, se pone de manifiesto el elemento ajenidad, característico de toda relación de trabajo, por cuanto las codemandadas como dueñas de los medios de producción, debían asumir los costos y riesgos de los mismos.

f) Exclusividad o no para con la recepcionista del servicio: No consta en autos que el actor prestara servicios personales en otros buques o embarcaciones propiedad de otras empresas distintas a las codemandadas, por lo que se presume que el demandante de autos, solamente prestaba servicios personales para las empresas codemandadas, de lo cual se infiere que accionante no podía disponer del tiempo para prestar servicio personal a otras entidades de trabajo distintas a las codemandadas.

g) Otros: asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio. No consta en autos, prueba alguna que demuestre en el caso particular, que correspondiera al actor arrogarse las ganancias o pérdidas, en todo o en parte, del sistema productivo o de las operaciones necesarias para la



consumación del negocio jurídico, más allá de los aportes para los avíos estipulados en los contratos de cuenta en participación suscritos por las partes, lo que por sí solo -a juicio de esta Alzada- no desvirtúa la presunción de laboralidad. Ello es indicativo, que el actor no soportaba, ni asumía los riesgos en el proceso de producción o de prestación de servicios (ganancias y pérdidas), quedando igualmente con ello demostrado, el elemento de ajenidad.

Al respecto, debe traerse a colación, lo establecido por la Sala de Casación Social respecto a este elemento, en la sentencia N° 801 de fecha 5 de junio de 2008 (caso: Miguel Ángel Contreras Laguado contra Televisión de Margarita, C.A.), que para su determinación, deben estar presentes tres (3) características esenciales, a saber: i) Que el costo del trabajo corra a cargo del empresario. ii) Que el resultado del trabajo se incorpore al patrimonio del empresario y iii) Que sobre el empresario recaiga el resultado económico favorable o adverso, sin que el trabajador se vea afectado por el mismo. Estos tres elementos se encuentran presentes en el presente caso.

Así las cosas, una vez analizado el libelo de demanda, los escritos de contestación, así como el acervo probatorio no existen dudas para esta alzada, que los servicios prestados por el demandante de autos resulta ser de carácter laboral, puesto que se corresponde con las obligaciones derivadas de una relación de tal carácter, puesto que se ha podido verificar la presencia de los elementos característicos de estas, tales como: subordinación, ajenidad y salario, propios de una relación de trabajo, puesto que en el negocio jurídico pactado entre las partes del presente juicio, no correspondía al demandante, la colocación en el mercado de los productos obtenidos en cada marea o campaña de pesca (atún), por lo que concluye esta sentenciadora, que no eran otras sino las empresas demandadas, quienes percibían el resultado económico favorable derivado del servicio prestado por el accionante de autos. Razón por el cual las codemandadas de modo alguno no lograron desvirtuar la presunción de laboralidad que nació a favor del ciudadano SAÚL TOLOZA PALOMINO, en atención a como fue contestada la demanda, pues su defensa se basó en unos contratos de cuentas en participación que suscribieron las partes, los cuales por sí solos no desvirtúan dicha presunción. Así se decide. (Sic).

Al analizarse la sentencia *supra* transcrita, se evidencia que fue un elemento de discusión en la presente controversia la existencia de una relación de naturaleza laboral, por cuanto, la parte demandante reclamó el pago de indemnizaciones derivadas de un accidente de trabajo, y por otra parte las demandadas alegaron que el vínculo que los unió con el actor era de naturaleza mercantil, y por tanto improcedente la acción planteada, en tal virtud se valió la juzgadora de alzada de la aplicación de los principios de la presunción de la relación de trabajo y de la primacía de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, para desvelar la naturaleza jurídica de dicha relación.



Sobre la diligencia desplegada por la jueza de alzada, cabe mencionar que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, otorga a los jueces laborales la potestad para que indaguen y establezcan la verdad material y no la verdad formal dentro de las atribuciones y lineamientos que la misma ley adjetiva señala, de manera que el funcionario debe orientar su actividad jurisdiccional dándole prioridad a la realidad de los hechos, lo cual impera como principio rector de esta rama jurídica y se halla consagrado en el Texto Constitucional (artículo 89, numeral 1), así como en el numeral 3, del artículo 18, de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y el artículo 2 de la Ley adjetiva laboral, para ello, está obligado a inquirir la verdad por todos los medios a su alcance, debiendo intervenir en forma activa en el proceso, dándole el impulso y dirección de una manera adecuada a la ley. (Artículo 5 Ley Orgánica Procesal del Trabajo).

Ahora bien, en el caso *sub iudice*, al amparo en un completo análisis de las normas y principios tanto constitucionales como legales, luego de comprobarse a través de la valoración probatoria y la aplicación del test de de laboralidad o inventario de indicios, que no fue desvirtuada por las empresas demandadas la presunción contenida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, actual artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, se estableció acorde con la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala de Casación, que al ser las empresas demandadas quienes percibían el resultado económico favorable derivado del servicio prestado por el accionante –ajenidad-, el vínculo que las unió fue sin lugar a dudas de naturaleza laboral.

En efecto, la doctrina jurisprudencial de esta Sala de Casación Social es pacífica y reiterada al señalar que debe considerarse suficiente la prestación personal de un servicio, para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo entre quien presta el mismo (trabajador) y quien lo recibe (patrono); ésta es una presunción que admite prueba en contrario, es decir, puede ser desvirtuada mediante elementos probatorios que demuestren que el servicio se presta en condiciones que no se corresponden con los de una relación de trabajo, siempre y cuando tales pruebas versen sobre hechos concretos, que convenzan al juez sobre la naturaleza no laboral de la relación y que no sólo deben fundarse en manifestaciones formales de voluntad entre las partes.

En ese orden de ideas, los elementos que deben concurrir para que una relación jurídica sea considerada de naturaleza laboral, tal y como acertadamente analizó la juzgadora de alzada



son la prestación de servicios por cuenta ajena, la subordinación y el salario, por lo que al verificarse estos elementos en una relación jurídica indistintamente del sistema formal de concreción del vínculo, estaremos en presencia de una relación de trabajo.

De otra parte precisa la Sala hacer referencia a la decisión N° 346 de fecha 24 de abril de 2018 (Caso: *Omar José Patiño contra Atunfal, C.A. y otras*), donde en circunstancias análogas al presente asunto, con identidad de causa *petendi* y parte demandada, fue resuelto el recurso de casación incoado concluyéndose lo siguiente:

Al respecto es preciso destacar, que esta Sala en un caso similar al de autos y contra las mismas entidades de trabajo aquí demandadas, ya se pronunció en los mismos términos aquí expuestos, mediante sentencia N° 1.262/13-12-17, (caso: *Guillermo Contreras Useche contra Avencatun, S.A. y otros*), observándose que los contratos de cuentas en participación que se suscribieron en ambos casos, son de idéntico contenido respecto a las cláusulas que lo conforman, con espacios en blancos para colocarles los datos personales del prestador del servicio. En ese sentido, estableció la referida decisión:

(...) debe concluirse que en principio, los contratos de cuentas en participación suscritos por las partes, no son suficientes por sí solos para desvirtuar la presunción de laboralidad que favorece al demandante, premisa que debe ser extendida a las comunicaciones emitidas por el actor, mediante las cuales manifestó su voluntad de vincularse con las empresas a través de los mismos, pues la valoración de las pruebas en materia laboral no puede conducir nunca a una superposición de las formas o las apariencias sobre el modo en que se manifiesta la realidad objeto del debate probatorio (vid. sentencia N° 1.436 del 14 de agosto de 2008, caso: *Freddy Canquiz y otros*).

Como corolario de todo lo expuesto, dando cumplimiento a las garantías de confianza legítima y la expectativa plausible, a que hizo alusión la abogada formalizante, y con base a los razonamientos previos, queda de manifiesto que no existe vicio de falsa, ni falta de aplicación alguno en el cual incurra la sentencia de segunda instancia que dé lugar a la nulidad del fallo, en consecuencia, se desestima la denuncia. Así se decide.

-II-

Con fundamento en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se delata la infracción, por error de interpretación del artículo 141 de Ley Orgánica del Trabajo vigente *pro tempore*.



Expone la formalizante, que cuando la juzgadora realizó el test de laboralidad y analiza la forma de efectuarse el pago, indicó que las partes pactaron una contraprestación denominada beneficios o dividendos fijados en forma proporcional al peso de las especies capturadas, lo cual derivaba en la estimación del valor o cuantía de la labor ejecutada por el accionante al haber mediado participación en el negocio y, por tanto, dicha remuneración se asemejaba a la definición del salario por contrato de obra, por pieza o a destajo.

Aduce, que el artículo infringido establece que el tipo de salario aludido tiene una base de cálculo que no puede ser inferior a la que corresponda para remunerar por unidad de tiempo, siendo que en el caso concreto no quedó probada tal circunstancia, lo único que se demostró fue que el pago estaba vinculado a la captura y calidad del atún, sin pago mínimo como lo exige la norma invocada por la recurrida, que no es aplicable a la situación fáctica de aleatoriedad del pago.

Finalmente, se señala que el error de interpretación de la norma incidió gravemente en el dispositivo del fallo al establecerse uno de los elementos de la relación de trabajo – remuneración–, pues de interpretarse correctamente conforme a la condición de la contraprestación, es decir, la aleatoriedad, no se hubiese determinado que el salario era a destajo y por ende se estaba ante una relación laboral, más cuando el actor nunca alegó y probó que recibiera salario alguno en el hipotético caso de no lograr pesca o captura durante una bordada, ni mínimo ni tomando en cuenta como base la remuneración de otro marino que percibiera salario por unidad de tiempo, por tanto la conclusión de la sentencia es incorrecta cuando aplica la norma parcialmente.

Para decidir, la Sala observa:

En relación con el vicio de errónea interpretación de la ley, la Sala de Casación Social en sentencia N° 394, de fecha 27 de junio de 2002, caso: *Luis Delgado contra Lagoven, S.A.*, sostuvo lo siguiente:

La errónea interpretación de la ley existe cuando el juez, aun reconociendo la existencia y la validez de una norma apropiada al caso, eligiéndola acertadamente, equivoca la interpretación en su alcance general y abstracto, es decir, cuando no le da el verdadero sentido, haciendo derivar de ella consecuencias que no concuerdan en su contenido; en este sentido, debe entonces el formalizante en su escrito, expresar en qué consiste el error y cuál es en su concepto, la interpretación correcta de la norma.



Del criterio anterior, se deduce que la interpretación errónea comprende, por tanto, los errores de interpretación en los que puede incurrir el juez, en lo que se refiere a la hipótesis abstractamente prevista en la norma, como a la determinación de sus consecuencias legales, es decir, el juez habiendo elegido acertadamente una norma yerra al interpretarla en su alcance general y abstracto.

Así, existe error en la interpretación de la ley, en todos los casos en que, no obstante haberse aplicado la norma adecuada, no se le da su verdadero sentido, haciéndose derivar de ella consecuencias que no concuerdan en su contenido.

El artículo cuyo error de interpretación se denuncia es el 141 de Ley Orgánica del Trabajo de 1997, vigente *pro tempore*, el cual reza:

Artículo 141: Se entenderá que el salario ha sido estipulado por unidad de obra, por pieza o a destajo, cuando se toma en cuenta la obra realizada por el trabajador, sin usar como medida el tiempo empleado para ejecutarla.

PARÁGRAFO ÚNICO: Cuando el salario se hubiere estipulado por unidad de obra, por pieza o a destajo, la base del cálculo no podrá ser inferior a la que correspondería para remunerar por unidad de tiempo la misma labor.

La norma que antecede establecía el salario por unidad de obra, conocido también como salario a destajo, en el cual se toma en cuenta la labor concreta efectuada por el trabajador, sin consideración al tiempo empleado para ejecutarla, que se materializa cuando el trabajador realiza, mediante su intervención directa, la obra contratada; asimismo, este tipo de salario se corresponde a una parte fija y a una variable.

Ahora bien, se aduce en la delación que el pago percibido por el actor en la relación que unía a las partes, deriva del peso y calidad del atún capturado en cada marea, resultando así aleatorio, mientras que el artículo delatado como infringido prevé una base de cálculo mínima que no puede ser inferior a la relación de trabajo por unidad de tiempo, lo cual no fue alegado ni demostrado en la presente causa, por tanto la norma no es aplicable a la situación fáctica.

En ese sentido, se alega que la infracción es determinante del dispositivo del fallo, pues de no haberse interpretado que la contraprestación por el servicio era un salario de obra o a destajo, no hubiese llegado la juzgadora a establecer el carácter laboral de la relación.



Dicho esto y al margen de las imprecisiones técnicas que se observan en la denuncia, en el entendido que parece desprenderse de los alegatos formulados que la norma acusada y utilizada por la recurrida en la resolución del asunto es la correcta, interpretada con alteraciones y aplicada parcialmente, para luego asumir de otra parte que no es una norma aplicable, quiere la Sala reiterar, tal como fue expuesto en la denuncia que precede, que en acciones similares contra las empresas demandadas, ya fue declarada suficientemente la existencia de la relación de trabajo, a la luz de los artículos 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; 2 y 5 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

A mayor abundamiento, es preciso reiterar que en éstos casos prevalece el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, que es ampliamente desarrollado por la jurisprudencia Patria en varias decisiones, entre otras en decisión emanada de ésta Sala N° 194 de fecha 29 de marzo de 2005, que señala lo siguiente:

“En tal sentido, con el fin de comprobar la existencia de una relación de trabajo, el legislador consideró que ante las dificultades probatorias que normalmente surgen en los procesos laborales, era necesario establecer un conjunto de presunciones legales y principios laborales que buscan como finalidad primordial proteger el hecho social trabajo.

Dentro de esos postulados programáticos, cabe resaltar para la resolución del presente conflicto, los contemplados en los artículos 2, 5 y 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, mediante los cuales se les otorga a los jueces laborales la potestad para que estos, conforme al principio de la primacía de la realidad de los hechos sobre las apariencias o formas, indaguen y establezcan la verdad material de los hechos suscitados. (...)

(...) Es así que, la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias prevalece como un principio rector en el ámbito del Derecho del Trabajo y por ende conlleva a que sea utilizado frecuentemente por los jueces laborales como sustento filosófico para realizar su labor de impartir justicia, resultando para ellos fundamental la aplicación de mecanismos conceptuales como lo es la teoría del levantamiento del velo corporativo, para de esta manera poder así indagar y esclarecer la verdad material de la relación jurídica deducida en el proceso.

Conforme a lo anterior, es preciso hacer un estudio exhaustivo de cada caso a la luz del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, para desentrañar la verdad de la prestación del servicio, con la consecuente aplicación del test de laboralidad, a los fines de determinar la naturaleza de la relación que unió a las partes, en el presente asunto, se estableció que con los contratos de cuenta de participación y sus finiquitos, la verdadera



intención que subyace con la suscripción de los mismos, es esconder la naturaleza laboral de la prestación del servicio, aunado a que en casos análogos, tal y como se señala en el capítulo anterior, ha establecido la Sala que prevalece el principio de primacía de la realidad sobre las formas sobre el principio de voluntad de las partes expresado en los contratos de cuentas en participación.

De igual forma, esta Sala en reiteradas oportunidades, ha señalado que es suficiente la prestación personal de un servicio, para que se presuma la existencia de una relación de trabajo entre quien presta el mismo (trabajador) y quien lo recibe (patrono). Esta presunción no es absoluta, pues admite prueba en contrario (*iuris tantum*, es decir, puede quedar desvirtuada mediante elementos probatorios que demuestren que el servicio se prestaba bajo condiciones que no se enmarcan dentro de una relación de trabajo, considerando necesario advertir que tales pruebas deben versar sobre hechos concretos, que lleven a la convicción del juez sobre la naturaleza no laboral de la relación y que no sólo deben fundarse en manifestaciones formales de voluntad entre las partes.

En efecto, en el caso bajo estudio es pertinente ratificar a la luz de la jurisprudencia reiterada y las normas legales contenidas en la ley especial que rige la materia cuya competencia conoce esta Sala, que por aplicación del artículo 53 *eiusdem*, se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba, en razón de ello debe el sentenciador considerar existente la relación de trabajo, y, por admitir dicha presunción prueba en contrario, centrar el examen probatorio en el establecimiento de la existencia o no de algún hecho capaz de desvirtuar la presunción legal, ello, en acatamiento de los principios constitucionales que ordenan proteger el trabajo, como hecho social.

Así pues, determinado como fue por la recurrida a través de la valoración probatoria con la aplicación del test de laboralidad, que se está en presencia de una relación de naturaleza laboral, en virtud de que concluye que hubo un trabajo realizado en forma dependiente y por cuenta ajena, dada la participación del actor en la explotación de buques o embarcaciones pesqueras propiedad de las co-demandadas, integrando su tripulación **ocupando el cargo de buzo**, circunstancias que lo insertan en el sistema de producción relacionado con la actividad pesquera ejecutada por las empresas demandadas y, recibiendo una contraprestación económica por su participación en la consecución del negocio, con lo cual es suficiente, a juicio de esta Sala para aseverar que los elementos determinantes del vínculo laboral se hallan



satisfechos, es decir, ajenidad, dependencia, subordinación y retribución económica, más allá de la denominación que se efectúe al tipo de salario que en definitiva solo incide en el método de cálculo de los beneficios a percibir.

En razón de lo expuesto, se desestima la presente denuncia al no incurrir la sentencia impugnada en el vicio que se le imputa. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley declara: **PRIMERO: SIN LUGAR** el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte demandada, Representaciones Marítimas Atuneras, C.A. (REMATUN), contra el fallo proferido por el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, en fecha 1° del octubre de 2018. **SEGUNDO: SE CONFIRMA** el fallo recurrido.

Se condena en costas del recurso a la parte demandada recurrente, de conformidad con el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, a los fines legales subsiguientes.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veintidós (22) días del mes de junio de dos mil veintiuno. Años: 211° de la Independencia y 162° de la Federación.

El Presidente de la Sala,

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

El Vicepresidente,

Magistrada y Ponente,



JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

Magistrada,

Magistrado,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO A. MOJICA MONSALVO

La Secretaria Temporal,

ANABEL DEL CARMEN HERNÁNDEZ ROBLES

R.C. N° AA60-S-2019-000141.

Nota: Publicada en su fecha a las



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

MAGISTRADA PONENTE: CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

El 13 de octubre de 2021, la ciudadana **ANA MARÍA FARIÑAS MORALES**, venezolana, mayor de edad y titular de la cédula de identidad N° 12.562.389, actuando en su condición de progenitora de la adolescente (datos que se omiten de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) y representada judicialmente por el abogado Francisco Alexis Fuenmayor Silva, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 151.075, acudió ante la Secretaría de esta Sala Constitucional, a fin de interponer, **SOLICITUD DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL** sobre la sentencia emitida el 22 de octubre de 2010, por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en Guatire, mediante la cual declaró: "*CON LUGAR la solicitud de adopción plena y conjunta en beneficio de su hija, estableciéndose la filiación de esta con respecto a los ciudadanos RICHARD OSCAR ARIZA y ANA MARÍA FARIÑAS MORALES*". Dicha solicitud, la plantea respecto a la filiación establecida entre el referido ciudadano y su hija, ello, en aras de garantizar los derechos constitucionales al libre desenvolvimiento de la personalidad, a su integridad física, psíquica y moral, a la identidad y a su interés superior, previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los artículos 20, 46, 56 y 78, respectivamente, en concordancia con los artículos 1, 8, 11, 17 y 28 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

El 13 de octubre de 2021, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Doctora Carmen Zuleta de Merchán, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.



Realizada la lectura individual del expediente, esta Sala procede a decidir, previas las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES

Alega la ciudadana Ana María Fariñas Morales, antes de fundamentar su solicitud de revisión, lo siguiente:

Que, “el 30 de diciembre de 2004, contraje matrimonio ante la Primera Autoridad Civil de la Parroquia La Pastora del Municipio Libertador del Distrito Capital, con el ciudadano Richard Oscar Ariza, durante nuestra unión matrimonial, tomamos la decisión de solicitar la adopción plena y conjunta de la niña antes identificada, la cual fue declarada con lugar, bajo sentencia emitida el 22 de octubre de 2010 por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en Guatire”.

De ahí que, “por motivos personales decidimos por mutuo acuerdo, solicitar la Separación de Cuerpos y Bienes, siendo declarada con lugar la misma el 2 de diciembre de 2011, y decidiéndose su conversión el 10 de julio de 2013, por el Tribunal antes mencionado, homologando en consecuencia las instituciones familiares solicitadas en el escrito libelar”.

Que, “durante el disfrute de la convivencia familiar con el progenitor, la niña cada vez que visitaba la casa de su padre, narraba diferentes hechos de violencia que le ocasionaban sus primas, sin que un adulto tomara correctivos en el asunto, por lo que acudí a la Unidad de Atención a la Víctima del Ministerio Público para solicitar la revisión del Régimen de Convivencia Familiar, siendo tramitada por la Fiscalía 93° del Ministerio Público, acordándose que el padre compartiría con la niña cada 15 días, el sábado o el domingo, previo acuerdo con la madre, sin pernocta en el horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. Dicho acuerdo fue homologado por el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 30 de mayo de 2012. Sin embargo, después de haberse homologado el mencionado régimen de convivencia, el ciudadano Richard Oscar Ariza no volvió a buscar a la niña”.

Ahora bien, señala la solicitante como causa sobrevenida para fundamentar su solicitud, lo siguiente:

Que, “el domingo 26 de mayo de 2014, la niña me comentó que cuando iba a casa de su papá no le gustaba bañarse, ya que en principio el aseo personal lo realizaba su abuela



paterna, la señora Albertina Ariza Paredes, pero un día su progenitor le dijo que se bañarían juntos y a partir de ese día, cuando estaban en la ducha, el ciudadano Richard Ariza la forzaba por las muñecas para que le tocara el pene y como ella no quería, éste procedía a golpearla con una chola en la palma de sus manitas. Asimismo, la niña narró que esta persona también la tocaba fuerte en sus genitales y que no era para asearla”.

Que, “el 27 de mayo de 2014, acudí a la Fiscalía 109° del Ministerio Público y formulé la respectiva denuncia, oportunidad en la cual fueron acordadas las medidas de protección a favor de la niña, de conformidad con lo establecido en los cardinales 5 y 6 del artículo 87 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia”.

Que, “el 27 de junio de 2016, el Tribunal Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control, Audiencia y Medidas del Circuito Judicial con Competencia en Delitos de Violencia Contra la Mujer del Área Metropolitana de Caracas, emitió los siguientes pronunciamientos:

“Primero (...) Admite Totalmente la acusación de conformidad con el artículo 313 numeral 2 del Código Orgánico Procesal Penal por remisión expresa del artículo 67 de al (sic) Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia toda vez que la misma reúne los requisitos de procedibilidad establecido en la (sic) artículo 308 del Código Orgánico Procesal Penal. **Segundo:** Se admiten los siguientes medios de pruebas: **DE LOS EXPERTOS:** 1.- Testimonio del Experto Alexis Freites, Psicólogo, adscrito a la Divisan de Protección Investigación en Materia de Niños, Niñas, Adolescentes, Mujer y Familia. Es necesario, útil, lícita y pertinente, por cuanto fue quien suscribió el Informe Psicológico a la presunta víctima. **DE LOS FUNCIONARIOS ACTUANTES:** 1.-Testimonio de la Detective Aurimar González, adscrita a la División de Inspección Técnica del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, quien figura como funcionaría actuante en la Inspección Técnica con fijaciones Fotográficas. **TESTIGOS** 1.- Testimonio de la ciudadana Ana Fariñas, quien es la progenitura de la presunta víctima y testigo presencial de los hechos investigados. 2.- Testimonio de la Psicólogo Ana María Barrios, adscrito (sic) al Centro Médico de Caracas, ¡quien figura como testigo referencia! de los hechos investigados. 3.-Testimonio de la ciudadana Luz Aríza, ¡quien es testigo referencia! de los hechos investigados. **DOCUMENTALES.** - Acata (sic) de la Prueba Anticipada, efectuada ante el Juzgado Tercero de de (sic) Primera Instancia de Violencia Contra la Mujer en Funciones de Control, Audiencias y Medidas del Área Metropolitana de Caracas. 2.- Acta de Nacimiento No. 1175 emanada de la Primera Autoridad Civil del Municipio Zamora, del Estado Miranda. 3.- Video de Grabación de la Prueba Anticipada (...) **Cuarto: Dado que el acusado Richard Oscar Aríza, manifestó a éste (sic) Tribunal su voluntad de Admitir Los Hechos, éste (sic) Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 107 de la ley especial y el artículo 376 del Código Orgánico procesal (sic) penal (sic), procede a imponer la pena, tomando en consideración el delito de Abuso Sexual a Niña Sin Penetración Agravada en Grado de Continuidad, previsto y sancionado en el encabezamiento y segundo aparte del artículo 259 de la Ley Orgánica Para la Protección del Niño, Niña y Adolescente concatenado con el artículo 99 del Código Penal.** Establece una pena de 2 a 6 años de prisión cuyo término medio es de cuatro (04) años, mas (sic) el incremento de un cuarto (1/3) (sic) de la pena, de cuatro (04) es igual a año (sic) (01) y cuatro (4) meses sumando cinco (05) años y cuatro



(04) meses, mas (sic) la mitad de cinco es dos (02) años y ocho (08) meses, considerando lo dispuesto en el artículo 107 de la ley especial que rige la materia en su primer aparte, se procede a rebajar un tercio, siendo el tercio de la pena a imponer Dos (02) Años y Ocho (08) Meses, de prisión. Quedando la pena a imponer en Cinco (05) Años, Cuatro (04) Meses. Asimismo, se le condena a las penas accesorias establecidas en el artículo 16 del Código Penal".

Continua argumentando la solicitante, que: *“El 21 de agosto de 2017, el Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Ejecución del Circuito con Competencia en Delitos de Violencia contra la Mujer de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas dictó Orden de Aprehensión en contra del ciudadano Richard Oscar Ariza y designó como centro de reclusión el Internado Judicial Rodeo III, oficiando al Jefe del Departamento de Aprehensión del Cuerpo de Investigaciones Penales y Criminalísticas (CICPC), así como la Orden de Encarcelación No. 008-17, dirigida al Director del internado Judicial Rodeo III. Sin embargo, para el momento de la interposición del presente escrito, se encuentra evadido de la justicia”.*

II

FUNDAMENTOS DE LA REVISIÓN

Descrito como fueron los antecedentes procesales del caso, la solicitante fundamenta su acción, sobre las bases siguientes:

Aduce que, *“a partir de mi separación con el ciudadano Richard Oscar Ariza, la niña comenzó a tener una conducta ansiosa, irritable y depresiva, razón por cual acudimos a consultas de terapia psicológica con la profesional de la salud mental, Ana Aria Ríos en el Centro Médico de Caracas, prolongándose las mismas hasta que la niña narra los hechos penales que fueron investigados, procesados y posteriormente admitidos por el hoy condenado en la Audiencia Preliminar el 5 de abril de 2016 y cuya publicación in extenso se realizó, desde entonces, la niña ha manifestado su interés en que le sea suprimido el apellido paterno y con él, todo aquello que la vincule a su victimario, tal como se evidencia del informe médico psiquiátrico emitido por la Dra. Ana María Ríos el 19 de julio de 2018, cuyo original se anexa al presente escrito”.*

Alega igualmente la solicitante que: *“Evidentemente, la sentencia objeto de revisión, no presenta por sí sola, para el momento en que fue dictada una vulneración del orden público, constitucional o legal, ni a la moral o las buenas costumbres. Sin embargo, tal como quedó demostrado en la sentencia de admisión de hechos, existió una causa sobrevenida que actualmente afecta el interés superior de mi hija, por cuanto es obligada a utilizar el apellido ‘Ariza’ en el médico; en el Sistema Nacional de Orquestas y Coros Infantiles y Juveniles de*



Venezuela (es Concertina de un Núcleo); en el colegio (actualmente comenzará a cursa 2do año de bachillerato) y en todo lugar donde haga vida pública y social, situación ésta que la revictimiza y le produce constantes cambios de estado de ánimo”.

En ese sentido, desde el punto de vista jurídico, describió lo siguiente:

“Ahora bien, en sentencia Nro. 091 del 15 de marzo de 2017 (caso: Alfonso Nicolás De Conno Alaya), de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, estableció que:

"la Sala precisa que la violencia en todas sus manifestaciones ejercidas sobre las mujeres constituye una conducta censurable que quebranta los derechos fundamentales de libertad, igualdad, dignidad, no discriminación, capacidad de decisión y derecho a la vida de las mujeres, niñas y adolescentes; así como derechos económicos sociales y culturales. De modo que, el derecho de las mujeres a vivir libre de violencia y discriminación ha sido consagrado y establecido como un desafío prioritario en los sistemas de protección de los derechos humanos a nivel regional e internacional".

Desde esta perspectiva, arguye la accionante a su vez, que: *“La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia establece que el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, niñas y adolescentes, se ha visto afectado significativamente por las concepciones jurídicas tradicionales, basadas en paradigmas positivistas, patriarcales y sexistas que son reflejos de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, por lo que el derecho de todas las mujeres a una vida libre de violencia incluye el derecho a no ser discriminadas y el derecho a ser valoradas y educadas libres de patrones estereotipados”.*

De modo que, *“el Estado como garante de los derechos humanos, está en el deber de proveer recursos judiciales y procedimientos idóneos que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos humanos de las mujeres, niñas y adolescentes, mediante la aprobación de leyes y la aplicación e interpretación de las mismas que desarrollen los postulados constitucionales. Dichos postulados, son los siguientes:*

"Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e inter dependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.

“Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.



La solicitante alegó además, que: *“Las disposiciones constitucionales transcritas deben ser interpretadas sistemáticamente, pues ambas se complementan, articuladamente a fin de completar la base dogmática general para la protección integral de los derechos humanos..., ya que, en los delitos de violencia de género, la víctima no es indeterminada para el agresor, sino que es objeto perenne de la comisión del delito. También, cuando el agresor es pariente de la víctima su sola presencia en el entorno familiar configura una situación de riesgo real e inmediato que el Estado no puede ignorar, sino que debe impedir adoptando medidas razonables para suprimir el riesgo”*.

De ahí que, *“esas conductas delictivas atroces de graves violaciones a los derechos humanos alcanzan un nivel elevado de reproche dentro del mundo jurídico internacional, lo cual ha permitido que la República Bolivariana de Venezuela suscriba, en aras de velar cabalmente por la protección de las víctimas, diversos tratados o convenios internacionales para erradicar la comisión de otros hechos punibles. Tal es el caso del Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños; el Código Penal Internacional; la Convención sobre el Derecho de los Niños y Ley Aprobatoria del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta, Prostitución Infantil y Utilización de Niños en la Pornografía y, Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo”*.

Que *“...a pesar de que el Estado no puede ser responsable de todas las conductas violatorias de los derechos humanos ocurridas entre particulares, lo cierto es que el Estado responde, ya sea por acción u omisión, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, y corroborando la existencia de una posible cuota de responsabilidad que pueda tener para evitar esas conductas lesivas”*.

Así las cosas y de acuerdo con los hechos narrados por la solicitante (posteriores a la sentencia de adopción), con respecto al criterio vinculante de esta Sala Constitucional previamente transcritos, petición: *“(...) muy respetuosamente se sirvan revisar con una nueva óptica la sentencia que declara con lugar la adopción plena y conjunta, con respecto a la filiación de la niña y el ciudadano Richard Oscar Ariza, ambos plenamente identificados, en vista de que en los actuales momentos atenta contra el ejercicio y disfrute pleno de los derechos de mi hija, lesiona su interés superior, su derecho y garantía irrenunciable inherente a la persona humana y su derecho a la identidad (pues no desea ser reconocida con el apellido de quien cometió en su contra un delito atroz, que le dejó secuelas psicológicas) consagrados en los artículos 1; 8; 11, 17 y 78 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”*.



Por último, la parte actora “*en vista de los hechos penales que dan origen a la presente solicitud de revisión, solicitó muy respetuosamente a esta Máxima Interprete de la Constitución, dictar un fallo vinculante en el sentido de que, una vez comprobado por la vía penal competente que uno de los progenitores o ambos (de ser el caso) estén incurso en tan aberrantes hechos punibles, los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la República procedan de mero derecho a dictar fallos a favor de las víctimas y sean revisadas Las Instituciones Familiares de acuerdo a las necesidades y el Interés Superior de cada Niño, Niña o Adolescente en particular*”.

III **DE LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN**

La decisión de cuya revisión se solicita, fue dictada el 10 de octubre de 2010 por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Medicación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niña y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en Guatire sobre la base de la argumentación siguiente:

“Por todo lo antes expuesto, y por cuanto se han cumplido todos los requisitos exigidos por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, este Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en Guatire, en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley, **DECLARA CON LUGAR** la presente solicitud de adopción plena y conjunta y **DECRETA** la misma en beneficio de la niña (...), estableciéndose la filiación de ésta con respecto de los ciudadanos **RICHARD ÓSCAR ARIZA** y **ANA MARÍA FARIÑAS**, titulares de las cédulas de identidad Nos. 7.954.545 y 12.562.389, respectivamente.

Conforme lo establece la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la niña llevará los apellidos de sus adoptantes, y en lo sucesivo se llamará **ARIZA FARIÑAS**.

A fin de dar cumplimiento a lo establecido la Ley en comento, una vez firme la presente decisión de adopción plena y conjunta, expídase por secretaria copia certificada de la misma y envíese oficio a la Unidad Hospitalaria de Registro Civil de Nacimientos de la Maternidad Concepción Palacios y al Registro Principal del Distrito Metropolitano de Caracas, a objeto de que se sirva invalidar el acta de nacimiento Nro. 1354, de fecha 13/02/2008. Asimismo, líbrese oficio una vez firme el presente decreto de adopción al Registro Civil del Municipio Zamora del Estado Miranda, con el objeto de que se sirva levantar una nueva partida de nacimiento a la niña anteriormente mencionada, con el texto ordinariamente utilizado, **SIN HACER MENCIÓN ALGUNA DEL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN NI DE LOS VÍNCULOS CON SUS PADRES CONSANGUÍNEOS**. Líbrese oficio, con copia certificada de la presente sentencia a la Oficina de Adopciones del Instituto Autónomo Consejo Nacional de Derechos del Niño, Niña y del Adolescente (IDENA)”.



IV DE LA COMPETENCIA

En primer lugar, corresponde a esta Sala determinar su competencia para revisar la decisión adoptada por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en Guatire y, a tal efecto, advierte que el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le atribuye a esta Sala Constitucional la potestad de *“revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva”*.

Asimismo, esta Sala Constitucional en sentencia N° 93 del 6 de febrero de 2001 (Caso: Corpoturismo), determinó los límites y alcance de la potestad de revisar sentencias, que le fue atribuida constitucionalmente, indicando que procede la misma contra:

- “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”*.

De ahí que, esta Sala Constitucional en sentencia (N° 365 del 10/5/2010, caso: Fernando Pérez Amado), amplió los supuestos de revisión cuando entre otras cosas señaló: *“Tiene firme asidero la posibilidad de que esta Sala Constitucional revise, incluso de oficio, decisiones, autos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya fijado la Sala; a fin de garantizar –se insiste- la supremacía constitucional conforme al estado de derecho y justicia proclamado por la Constitución”*.

Ahora bien, en el caso sub *iudice*, esta Sala Constitucional sobre la petición formulada de revisión constitucional de una sentencia definitivamente firme de adopción, que por sí sola, para el momento en que fue dictada no hubo una vulneración del orden público, constitucional o legal, pero que se alega una causa penal sobrevenida (sentencia de condena) que atenta



contra la institución de la adopción y el ejercicio y disfrute pleno de los derechos constitucionales de la niña adoptada, el cual –a su criterio- lesiona su interés superior, su derecho y garantía irrenunciable inherente a la persona humana y su derecho a la identidad.

Del planteamiento íntegro realizado, esta Sala evidencia, que su pretensión está vinculado al derecho a la identidad de una adolescente- producto de la filiación establecida por una adopción decretada-, la cual ha sido considerado por esta Sala Constitucional como un derecho humano que debe ser garantizado por el Estado, tomando en consideración, que las normas sustantivas y adjetivas que regulan los derechos de niños, niñas y adolescentes son de eminente orden público, por lo que esta Sala a los fines de garantizar la tutela del derecho fundamental a la identidad, le resulta imperioso conforme al artículo 336.10 Constitucional revisar de oficio la presente causa, objeto de revisión. Así se decide.

V

MOTIVACION PARA DECIDIR

Determinada la competencia, la Sala pasa a pronunciarse sobre la solicitud de revisión sometida a su conocimiento y, al efecto, observa:

La presente causa de revisión constitucional reviste un carácter excepcional, toda vez que la misma emerge de un hecho sobrevenido recaído sobre la adopción decretada que originó el vínculo familiar, lo que en todo caso resultaría imperante para esta Sala Constitucional, realizar un análisis normativo que permitiera verificar si están presentes violaciones constitucionales, que aún no han sido reparadas.

De ahí que, en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, sobre la institución de la adopción, fue concebida en aras de preservar la constitución de la familia bajo esta modalidad, con la intención de impedir modificaciones posteriores a la filiación establecida por orden judicial, creando con ella, derechos y obligaciones entre sus integrantes, en razón de ello, el legislador estableció de manera irrestricta en el artículo 508 *eiusdem* que: “*La adopción es irrevocable*”.

No obstante, la Sala Constitucional resalta que el hecho sobrevenido denunciado en revisión, lo constituye la sentencia condenatoria por admisión de los hechos dictada por el Tribunal Tercero (3°) de Primera Instancia en Funciones de Control, Audiencia y Medidas del Circuito Judicial con competencia en delitos de Violencia contra la Mujer del Área Metropolitana de Caracas, del 27 de junio de 2016, -la cual consta en copia certificada- contra el ciudadano Richard Oscar Ariza (padre adoptivo), por la comisión del delito de Abuso Sexual a niña sin penetración agravada y continuada, tipificado en el encabezamiento y segundo



aparte del artículo 259 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes concatenado con el artículo 99 del Código Penal, cometido en perjuicio de la hija adoptiva, solicitante ante esta Sala.

Constatándose que dada la admisión de los hechos efectuada por el acusado Richard Oscar Ariza durante la audiencia preliminar, el Tribunal de Control referido, le impuso una penalidad de cinco (05) años, cuatro (04) meses y fijándose por el Tribunal competente como sitio de reclusión, el internado judicial Rodeo III.

Ahora bien, el hecho sobrevenido de la adopción resulta de una sentencia condenatoria penal contra el padre adoptivo por la comisión del delito de Abuso Sexual a niña sin penetración agravada en grado de continuidad, previsto y sancionado en el encabezamiento y segundo aparte del artículo 259 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes concatenado con el artículo 99 del Código Penal, cometido por el padre adoptivo en perjuicio de su hija adoptada, ello, contraría lo establecido en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que por remisión del artículo 78 Constitucional, refiere: *“Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados (...). El estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan (...).”*

Sin embargo; poco o nada se ha escrito sobre situaciones presentadas posteriores al decreto de la adopción, entendiéndose sobre la irrevocabilidad de la misma, ya que la intención del legislador fue mantener incólume la integración de la familia constituida bajo esta modalidad, para evitar consecuencias retroactivas de las causas que originaron la medida de protección. En razón de ello, esta Sala tomando en cuenta experiencias del derecho comparado sobre el tema, refiere lo siguiente:

En Latinoamérica, algunas legislaciones en materia de Niñez y Adolescencia, sostienen el criterio venezolano de mantener la irrevocabilidad de la adopción luego de ser decretada, no obstante, en Colombia se estableció una excepción mediante decisión judicial, al evidenciarse un vicio en el acto administrativo del proceso que consecuentemente afectaría la decisión de fondo (Vid. Vid. Sentencia Corte Constitucional de Colombia T-844 de 2011).

Así mismo; en Francia (artículo 370 Code “modificado por la Ley n°. 2016-297, de 14 de marzo de 2016”) e Italia, (Vid. Codice artículo 305 y sgts), establecieron rigurosamente disposiciones taxativas para que procediera la revocabilidad, considerando ambas legislaciones, que el motivo de su origen sea “grave”, pero siempre atendiendo al interés superior del Niño, principio que por demás ha sido objeto de aplicación y reflexión de esta Sala, *“como el deber de actuar con mucha más precaución al momento de tomar cualquier decisión que pueda afectar derechos e intereses de los niños”* (Vid. Sentencia 2301 del 14 de diciembre de 2006, entre otras).



En este orden de ideas en el caso bajo estudio, se circunscribe a una conducta grave y reprochable socialmente, donde esta Sala Constitucional ha sido enfática en reiterar que: “*la violencia en todas sus manifestaciones ejercidas sobre las mujeres, constituye una conducta censurable que quebranta los derechos fundamentales de libertad, igualdad, dignidad, no discriminación, capacidad de decisión y derecho a la vida de las mujeres, niñas y adolescentes; así como derechos económicos sociales y culturales*”, a su vez, ha considerado la Sala, que en materia de violencia de género se hace obligatorio aplicar diversas disposiciones normativas vigentes que procuren la protección integral de los derechos humanos de las mujeres, adolescentes y niñas víctimas de aquellos delitos atroces, que merecen por su gravedad, máxime cuando es una niña, donde la víctima no es indeterminada para el agresor, sino que es objeto perenne de la comisión del delito, principalmente cuando el agresor es pariente de la víctima, donde su sola presencia en el entorno familiar configura una situación de riesgo real e inmediato que el Estado no puede ignorar, sino que debe impedir adoptando medidas razonables para suprimir el riesgo. (Vid. Sentencia N° 91 del 15 de marzo de 2017).

En ese sentido, esta Sala Constitucional ha denotado en este tipo de casos sometidos a su conocimiento, que en el enjuiciamiento de estos delitos de abuso sexual, los estudios al respecto han determinado que las víctimas padecen lo que se denomina “*traumatismo del silencio*”, “*traumatismo de incesto*” o “*traumatismo de pedofilia*”; esto es, la tardanza de manifestar o exteriorizar el sufrimiento como víctima de ese hecho prohibido, por cuanto el agresor, quien casi siempre pertenece al círculo familiar de la víctima o tiene una relación cercana, obliga a la víctima niño, niña y adolescente, mediante amenazas y presiones, a mantener el secreto del acto deplorable.

Ahora bien, esta Sala Constitucional, a los fines de asegurar la integridad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo con el artículo 334 constitucional, considera que en el presente caso existe una incompatibilidad entre el artículo 78 de la norma constitucional y el artículo 508 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por lo que la Sala considera aplicar en preferencia la disposición constitucional para decidir lo conducente en el caso bajo análisis, ya que la normativa legal impediría reparar la protección constitucional de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes sometidos a este flajelo en base al principio constitucional del *Interés Superior del Niño*. En consecuencia, esta Sala declara **HA LUGAR PARCIALMENTE** la revisión planteada; **ANULA** parcialmente la sentencia emitida el 22 de octubre de 2010, por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en Guatire, solo con respecto al padre adoptivo ciudadano Richard Oscar Ariza. Asimismo se **ORDENA** al Registro Civil del Municipio Zamora del Estado Miranda, invalidar el acta de nacimiento suscrita en beneficio de la hoy adolescente V.A.F. Por efecto de la adopción decretada en su oportunidad, y a su vez deberá suscribir una nueva acta de nacimiento reconociendo la filiación de su madre adoptiva, ciudadana Ana María Fariña Morales. Así se decide.



VI DECISIÓN

Por las razones que anteceden esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

PRIMERO: HA LUGAR PARCIALMENTE la revisión constitucional interpuesta por la ciudadana Ana María Fariñas Morales, actuando en representación de su hija (datos que se omiten de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) sobre parte de la sentencia emitida el 22 de octubre de 2010, por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en Guatire, mediante la cual declaró: Con lugar la solicitud de adopción plena y conjunta en beneficio de su hija, estableciéndose la filiación de ella con respecto a los ciudadanos Richard Oscar Ariza y Ana María Fariñas Morales.

SEGUNDO: ANULA parcialmente, la sentencia emitida el 22 de octubre de 2010, por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en Guatire, solo con respecto al padre adoptivo ciudadano Richard Oscar Ariza.

TERCERO: Se ORDENA al Registro Civil del Municipio Zamora del Estado Miranda, invalidar el acta de nacimiento suscrita en beneficio de la hoy adolescente V.A.F. Por efecto de la adopción decretada en su oportunidad, y a su vez deberá suscribir una nueva acta de nacimiento reconociendo la filiación de su madre adoptiva, ciudadana Ana María Fariñas Morales.

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 8 días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022). Años 211° de la Independencia y 163° de la Federación.

La Presidenta,

LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON

Vicepresidente,



ARCADIO DELGADO ROSALES

Los Magistrados,

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN
(Ponente)

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

CALIXTO ORTEGA RÍOS

LUIS FERNANDO DAMIANI BUSTILLOS

RENÉ DEGRAVES ALMARZA

El Secretario,

CARLOS ARTURO GARCÍA USECHE
No firma la presente sentencia la magistrada Dra. Lourdes Benicia
Suárez Anderson, por motivos justificados.

El Secretario,

CARLOS ARTURO GARCÍA USECHE

Exp. 21-0598
CZdM

El presente Boletín fue elaborado gracias al aportes de los miembros del Bloque y del trabajo perseverante de los funcionarios de la ADEPPY, a quienes en nombre de la Abg. Laura Mendieta agradecemos su colaboración.

**Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina
ADePRA – Asociación Civil de la Defensa Pública
de la República Argentina**



DPU – Defensoría Pública da Uniao de Brasil



**Defensoría Pública Penal de Chile
ADEP – Asociación de Defensores Públicos de Chile**



**Ministerio de la Defensa Pública del Paraguay
ADEPPY – Asociación de Defensores Públicos del Paraguay**



Asociación de Defensores de Oficio de Uruguay



Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela



Noviembre 2022