



**BLOQUE DE DEFENSORES PÚBLICOS OFICIALES DEL MERCOSUR**

**BOLETIN DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

**N° 2  
AGOSTO 2011**

Elaborado por el Ministerio Público de la Defensa de Argentina



# Índice

## Argentina

Excesiva laxitud, omisión de considerar los agravios planteado por los actores. Menoscabo de la adecuada fundamentación exigible a las decisiones judiciales. Lesión al derecho de defensa en juicio. Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión de mandatos jurídicos. Convención sobre los Derechos del Niño (CSJN, Argentina, 2010.12.21 rol 13939).....5

Deber de resguardo en la instancia de grado del derecho de defensa del menor involucrado. Garantía de la doble representación que legalmente le correspondía (CSJN, Argentina, 2011.04.19 rol F. 501.XLV).....9

## Bolivia

Vulneración de los derechos al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la defensa (Trib. Const. Bolivia, 2010.08.17 rol 0942).....13

Vulneración de los derechos a recurrir, a la seguridad jurídica, a la petición, al debido proceso, al juez natural, a la defensa, a un proceso sin dilaciones indebidas. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Trib. Const. Bolivia, 2010.08.27 rol 1077).....21

## Chile

Reducción de penas. Abuso sexual y producción de material pornográfico infantil –relación de medio a fin-, principio de proporcionalidad, exclusión de prueba ilícita (Corte Suprema, Chile, 2011.05.11 rol 257-11).....39

Debido proceso, plazo de detención, derecho a defensa técnica (Corte Suprema, Chile, 2011.03.06).....51

## Paraguay

Absolución de culpa y pena a un procesado, juzgado dos veces por el mismo hecho y existencia de nuevos elementos de descargo surgidos con posterioridad a la sentencia que lo condenara (Corte Suprema, Paraguay, 2007.04.30 rol 1996).....91

Inconstitucionalidad contra disposiciones penales que establecen el plazo máximo de duración del procedimiento penal. Hechos punibles de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles (Corte Suprema, Paraguay, 2008.05.05 rol 5182).....123

## Uruguay

Responsabilidad de adolescente del delito de rapiña en calidad de actor. Imposición de sanción privativa de libertad. Solicitud de elevación de monto de internación por parte del fiscal invocando la Regla 17 de Beijing. Declaración definitiva de libertad del adolescente (T. A. Familia, Uruguay, 2009.09.16 rol 437.24/2009).....139

Derecho de defensa, derecho del trabajador a conocer las causas del despido y el derecho a la dignidad laboral. Aplicación de las 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad y normas de Derechos Humanos del Sistema Interamericano (T. A. Trabajo, Uruguay, 2010.03.17 rol 78-37/2009).....143

## Venezuela

Responsabilidad patrimonial del Estado. Tratados Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Venezuela. Principios constitucionales que deben ser interpretados en sentido progresista a favor del administrado, tal como corresponde a un Estado de Derecho y de Justicia (T. S. J., Venezuela, 2002.11.18 rol 2818).....153

Debido proceso y defensa, libertad personal y presunción de inocencia, situación de indefensión (T. S. J., Venezuela, 2001.12.06 rol 1265).....173

## Contenido por países

### ARGENTINA

**Excesiva laxitud, omisión de considerar los agravios planteados por los actores. Menoscabo de la adecuada fundamentación exigible a las decisiones judiciales. Lesión al derecho de defensa en juicio. Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión de mandatos jurídicos. Convención sobre los Derechos del Niño.**

**SÍNTESIS JURÍDICA:** La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada para que se dicte un nuevo pronunciamiento en razón de que ésta, mediante pautas de excesiva laxitud, omitió considerar los agravios que los actores plantearon.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS:** Los actores –padres del menor que falleció mientras residía en calidad de internado en un establecimiento dependiente del Consejo Provincial de Protección al Menor de la provincia de Córdoba- promovieron demanda de daños y perjuicios contra la referida provincia. El Superior Tribunal de Justicia de Córdoba rechazó el recurso de casación deducido por los padres contra la sentencia de la Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial que había rechazado la demanda. Contra ese pronunciamiento, los actores interpusieron recurso extraordinario que fue denegado, lo cual dio origen al recurso de hecho.

Buenos Aires, 21 de diciembre de 2010

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa P. de P., E. P. y otro c/ Gobierno de la Provincia de Córdoba”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que los actores son los padres del menor L. A. P., quien falleció —el 2 de junio de 1991, a los diecisiete años de edad— mientras residía en calidad de internado en el establecimiento Martín Miguel de Güemes, dependiente del Consejo Provincial de Protección al Menor de la Provincia de Córdoba.

Promovieron demanda de daños y perjuicios contra la referida provincia, con sustento en que: (a) su hijo fue “víctima de un oscuro y desgraciado suceso” en el que perdió misteriosamente la vida; (b) dicha muerte fue provocada por varios compañeros del establecimiento, que habían prometido vengarse, quienes lo ataron con un cinturón a

una reja y lo arrojaron al vacío del interior del patio; (c) no era cierto que su hijo pasara por una situación de depresión; (d) el ejercicio del Patronato imponía una serie de obligaciones de vigilancia y cuidado que los docentes y la directora del instituto Güemes no cumplieron; (e) dicho incumplimiento originaba la responsabilidad directa del Estado provincial, en tanto tenía a su cargo una función a cumplir que no fue cumplida.

2º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba rechazó el recurso de casación que los actores habían deducido contra la sentencia de la Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial local que había rechazado la demanda.

Para decidir como lo hizo, el tribunal *a quo* sostuvo que:(a)los actores no lograron refutar “el argumento dirimente expuesto en el fallo cuestionado, tal que en el caso no se configuraba la necesaria relación de causalidad entre el resultado dañoso (suicidio) y el obrar de la Provincia demandada en razón de haberse quebrado el nexo causal ante la configuración de la eximente ‘culpa de la víctima’”; (b) era lógicamente correcta la conclusión de la cámara acerca de que “el hecho de que el suicidio hubiera acontecido en dependencias del establecimiento provincial constituía un hecho casual no enrostrable al Estado guardador, el que había cumplido debidamente su función tuitiva”; (c) los padres debían ejercer la patria potestad de su hijo conjuntamente con el Patronato, de modo que ellos “también pudieron advertir si el niño estaba mal y haber obrado en consecuencia, lo que no sucedió”; (d) los padres no alegaron que el cumplimiento de la citada diligencia hubiera evitado realmente el daño causado a sí mismo por el menor. En definitiva, no se acredita cómo la invocada falta de diligencia, en un análisis *ex post facto*, hubiere evitado el citado desenlace, de modo tal que la desatención hubiera sido la causa adecuada del menoscabo producido”.

3º) Que contra ese pronunciamiento, los actores interpusieron recurso extraordinario, que fue replicado y denegado, lo cual dio origen al recurso de hecho en examen.

4º) Que los agravios han sido adecuadamente reseñados en el punto II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al que corresponde remitir para evitar repeticiones innecesarias.

5º) Que si bien dichos agravios involucran cuestiones probatorias, ajenas como regla a la vía extraordinaria federal, cabe hacer excepción a dicha regla cuando, como ocurre en el caso, la sentencia apelada exhibe conclusiones dogmáticas, a partir de premisas que, al apartarse de las constancias de la causa, prescinden de ponderar argumentos conducentes para la adecuada solución del caso, lo cual la descalifica como acto jurisdiccional válido.

6º) Que los recurrentes atribuyen al Estado provincial la responsabilidad por falta de servicio -por el fallecimiento de su hijo- en la medida en que aquél no cumplió una obligación o función legal que tenía a su cargo.

En ese sentido, cabe recordar que esta Corte ha señalado, de manera reiterada, que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que cause su cumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 312:1656; 315:1892,1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:1881,3065; 330:563,2748 y 331:1690,entre muchos otros). Y también ha indicado que esta idea objetiva de la falta de servicio -por hechos u omisiones- encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil. En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el

desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 306:2030; 312:1656; 317:1921; 318:192, 1862; 321:1124; 330:563, 2748 y 331:1690, entre muchos otros).

7º) Que, en ese orden de ideas, esta Corte ha señalado que debe distinguirse entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar (Fallos: 330:563, “Mosca”, considerando 6º).

8º) Que en cuanto aquí interesa con especial énfasis, la Convención sobre los Derechos del Niño, enunciada, con jerarquía constitucional, en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional prevé, entre otras disposiciones de relevancia para este caso, que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas [...] las autoridades administrativas [...] una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3º.1); que “Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada” (art. 3º.3); que “Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (art. 6º.2); que “[...] se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño [...]” (art. 12.2); que “Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de [...] descuido o trato negligente [...] mientras el niño se encuentre bajo la custodia de cualquier persona que lo tenga a su cargo” (art. 19.1); que “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado” (art. 20.1); que “Los Estados partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación” (art. 25).

9º) Que, también con significativa relevancia, debe ponerse de relieve que la ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños o Adolescentes” contempla el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta (art. 3º, inciso b) y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo (art. 24, inciso b); también prevé que “Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas [...] tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño o adolescente [...]” (art. 37, inciso f).

10) Que, a la luz de las disposiciones normativas recordadas, los reparos de los recurrentes tienen entidad bastante, en tanto sostienen que la sentencia apelada omitió examinar un argumento conducente como lo es el relativo a la necesidad de que el menor recibiera un tratamiento psicológico, que, además, él mismo había solicitado días antes de su fallecimiento. Hacen hincapié, en este sentido, en que la sentencia apelada no ponderó “la prueba documental sobre la internación del menor

con base en el informe psicológico”, prueba que resulta esencial y decisiva máxime cuando —dicen— “se le había diagnosticado una psicopatología que exigía un seguimiento para prevenir la aparición de factores desencadenantes que pudieran desequilibrarlo. Lo que ocurrió y dio como resultado su fallecimiento” (punto V.2.c. del recurso extraordinario).

11) Que, en efecto, junto con la demanda los actores acompañaron copias de diversos informes, que fueron remitidos al Juzgado de Menores de 2da. Nominación. En uno de ellos, elaborado por una psicóloga, tras destacarse que el menor L. A. P. provenía de un hogar desintegrado, que era un niño emocionalmente carenciado y que había presentado algunos problemas de conducta, se recomendó que él recibiera un “tratamiento psicoterapéutico de manera sistemática” y adecuado a su “problemática”. En otros informes, el director del Instituto Totoral refirió al “deterioro afectivo” que sufría el menor y al mejoramiento que se advertía en virtud del tratamiento psicológico que recibía. Finalmente, en otro informe, del 13 de mayo de 1991, la directora de la Residencia Güemes hizo saber al referido juzgado de menores que “a L. le resulta dificultoso adaptarse al grupo de pares, es agresivo en ocasiones, en especial con sus compañeros, ha requerido demanda psicológica por lo que a la brevedad se le dará curso a lo solicitado por el menor” (fs. 33, 42, 57 y 68/69).

12) Que, en suma, la sentencia apelada, mediante pautas de excesiva laxitud, omitió considerar los agravios que los actores plantearon y mantuvieron desde la promoción de la demanda, todo lo cual redundaba en menoscabo de la adecuada fundamentación exigible a las decisiones judiciales y, por consiguiente, lesiona el derecho de defensa en juicio.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado con la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI.

ES COPIA

Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación

ingrese a: [http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2008/monti/bis1/p\\_918\\_l\\_xliii\\_p.pdf](http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2008/monti/bis1/p_918_l_xliii_p.pdf)

**Deber de resguardo en la instancia de grado del derecho de defensa del menor involucrado. Garantía de la doble representación que legalmente le correspondía. Nulidad de la sentencia dictada en primera instancia y de los actos procesales cumplidos con posterioridad.**

**SÍNTESIS JURÍDICA:** En el caso, el Defensor Oficial, no ha tenido intervención alguna en la causa, razón por la que debe invalidarse la decisión de la cámara que — pese a esa omisión— confirmó el fallo de la instancia anterior. En consecuencia y conforme con lo requerido por el representante del Ministerio Público de la Defensa, corresponde declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia y de los restantes actos procesales cumplidos con posterioridad, debiendo resguardarse en la instancia de grado el derecho de defensa del menor involucrado y garantizarle la doble representación que legalmente le correspondía. Por ello, y lo concordemente expuesto en el punto IV del dictamen del señor Defensor Oficial, se declara la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia y de los actos procesales cumplidos con posterioridad. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que tome intervención el Ministerio Pupilar con arreglo a lo expresado en la presente, y haga valer los derechos que estime corresponder en el juicio.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS:** La Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la decisión de primera instancia que había denegado el beneficio de litigar sin gastos requerido por Ruth M. Faifman — que actuaba por derecho propio y en representación de sus hijas menores—, deducido con el objeto de reclamar en el juicio principal al Estado Nacional la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la muerte de su cónyuge en el trágico atentado a la AMIA. Contra ese pronunciamiento la vencida interpuso recurso extraordinario. Atento la existencia de menores involucrados en la contienda, el Tribunal dispuso correr vista de las actuaciones al señor Defensor General. El representante del Ministerio Público de la Defensa señaló que en el caso no se había dado intervención al ministerio pupilar, circunstancia que comprometía las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceso a la justicia en un pie de igualdad y el derecho a ser oídos, tutelados — con relación a los menores— por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño, omisión que no podía ser subsanada con la vista que ahora se le confería, y por ello requirió que se decretara la nulidad de la sentencia de primera instancia y de los restantes actos procesales cumplidos con posterioridad, debiendo remitirse las actuaciones a la instancia de grado, a fin de que se garantizara al menor involucrado la doble representación que legalmente le correspondía. El Tribunal dispuso correr traslado de esa petición a los recurrentes presentados, a la parte demandada y al representante del Fisco, traslados que fueron contestados.

F. 501. XLV.

**RECURSO DE HECHO**

Faifman, Ruth Myriam y otros c/ Estado Nacional s/ beneficio de litigar sin gastos.

Buenos Aires, 19 de abril de 2011

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Faifman, Ruth Myriam y otros c/ Estado Nacional s/beneficio de litigar sin gastos”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la decisión de primera instancia que había denegado el beneficio de litigar sin gastos requerido por Ruth M. Faifman -que actuaba por derecho propio y en representación de sus hijas menores-, deducido con el objeto de reclamar en el juicio principal al Estado Nacional la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la muerte de su cónyuge en el trágico atentado a la AMIA.

2º) Que después de hacer una reseña de los argumentos utilizados por el juez de primera instancia para denegar el beneficio solicitado y de los agravios de la parte, el a quo sostuvo que el detalle de los gastos que realizaba habitualmente la actora -de acuerdo con lo que surgía de los resúmenes de la tarjeta de crédito obrantes en autos- era demostrativo de un nivel de vida que no se compadecía con el estado de necesidad que regulaba el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para dispensar al justiciable del costo que irroga demandar el servicio de justicia.

3º) Que, asimismo, señaló que conceder el beneficio solicitado importaría vulnerar las normas reglamentarias de acceso a la jurisdicción, sin que la falta de oposición del representante del Fisco permitiera concluir que correspondía otorgar la franquicia de manera automática, pues su dictamen no era vinculante para el juez que era -en definitiva- el encargado de valorar las circunstancias particulares de cada caso y resolver conforme con su convicción respecto de su procedencia.

4º) Que contra ese pronunciamiento la vencida interpuso recurso extraordinario con sustento en que la alzada había efectuado una valoración irrazonable de la prueba producida en el beneficio de litigar sin gastos y no había ponderado adecuadamente la falta de oposición del representante del Fisco a la concesión del referido beneficio.

5º) Que atento la existencia de menores involucrados en la contienda, el Tribunal dispuso -mediante la providencia dictada a fs. 25 del recurso de queja- correr vista de las actuaciones al señor Defensor General. El representante del Ministerio Público de la Defensa señaló que en el caso no se había dado intervención al ministerio pupilar, circunstancia que comprometía las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceso a la justicia en un pie de igualdad y el derecho a ser oídos, tutelados -con relación a los menores- por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño, omisión que no podía ser subsanada con la vista que ahora se le confería (conf. punto IV del dictamen obrante a fs. 33/36).

6º) Que sobre esa base el señor Defensor Oficial requirió que se decretara la nulidad de la sentencia de primera instancia y de los restantes actos procesales cumplidos con posterioridad, debiendo remitirse las actuaciones a la instancia de grado, a fin de que se garantizara al menor involucrado la doble representación que legalmente le correspondía. El Tribunal dispuso correr traslado de esa petición a los recurrentes presentados a fs. 17/21 y 39/42, a la parte demandada y al representante del Fisco (fs. 45), traslados que fueron contestados a fs. 48, 49/51 y 52, respectivamente.

7º) Que, concordemente con lo señalado en el dictamen de la Defensoría Oficial respecto a que se le había impedido asumir la representación promiscua de los menores, expedirse sobre la prueba producida en el incidente y ejercitar las atribuciones propias de las etapas recursivas, corresponde recordar que el Tribunal reiteradamente ha expresado que es "...descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones"

(Fallos: 325:1347 y 330:4498; también doctrina de Fallos: 305:1945; 320:1291; 332:1115 y 333:1152).

8°) Que, en el caso, el Defensor Oficial, no ha tenido intervención alguna en la causa, razón por la que debe invalidarse la decisión de la cámara que -pese a esa omisión- confirmó el fallo de la instancia anterior. En consecuencia y conforme con lo requerido por el representante del Ministerio Público de la Defensa, corresponde declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia y de los restantes actos procesales cumplidos con posterioridad, debiendo resguardarse en la instancia de grado el derecho de defensa del menor involucrado y garantizarle la doble representación que legalmente le correspondía.

Por ello, y lo concordemente expuesto en el punto IV del dictamen del señor Defensor Oficial, se declara la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia y de los actos procesales cumplidos con posterioridad. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que tome intervención el Ministerio Pupilar con arreglo a lo expresado en la presente, y haga valer los derechos que estime corresponder en el juicio. Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI – CARMEN M. ARGIBAY.  
ES COPIA



## Bolivia

**Vulneración de los derechos al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la defensa.**

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0942/2010-R  
BOLIVIA - Sucre, 17 de agosto de 2010

Expediente: 2007-16126-33-RAC  
Distrito: Oruro  
Magistrado Relator: Dr. Ernesto Félix Mur

En revisión la Resolución 169/2007 de 31 de mayo, cursante de fs. 75 a 78 vta., pronunciada por la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, dentro del recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo constitucional, interpuesto por Patricia María Elena Salas Ortuño contra Zenobio Calizaya Velásquez, Vocal de la Sala Penal Primera; Jonny Edwin Quilo Rocabado, Vocal de la Sala Penal Segunda; y Verónica Echalar Barrientos, Oficial de Diligencias de la misma Sala Penal, todos de la Corte Superior del mismo Distrito Judicial, alegando la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la “seguridad jurídica” y a la defensa, citando el efecto los arts. 16 y “7 inc. a)” de la Constitución Política del Estado abrogada (CPEabrg).

### I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

#### I.1. Contenido del recurso

Mediante memorial presentado el jueves 3 de mayo de 2007, cursante de fs. 22 a 24 vta., subsanado a fs. 27, con relación a los terceros interesados, la recurrente expresa los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

##### I.1.1. Hechos que motivan el recurso

Dentro del proceso penal seguido en su contra por Bigman Pacheco Quispe, el 4 de octubre de 2006, la Jueza Segunda de Sentenciadle Distrito Judicial de Oruro, emitió fallo de fondo, declarándola autora del delito de calumnia, imponiéndole una pena privativa de libertad de un año, a cumplir en el centro penitenciario de “San Pedro” y una multa de ciento veinte días, a razón de Bs3.- (tres bolivianos), por día y concediéndole perdón judicial.

En tiempo hábil, formuló recurso de apelación restringida contra la Sentencia, que se radicó en la Sala Penal Segunda y fue resuelto mediante Auto de Vista 32/2006 de 7 de diciembre, por lo Vocales recurridos, declarándolo improcedente y confirmando el fallo de primera instancia.

El 20 de diciembre de 2006, la Oficial de Diligencias, correcurrida, practicó la diligencia

de notificación con el referido Auto de Vista, mediante cédula fijada en el tablero de notificaciones de la Corte Superior, sin considerar que, en la Sentencia, constaba su domicilio procesal y real; el 22 de ese mes y año, se remitió el cuaderno al Juzgado de origen, una vez en éste, recién asumió conocimiento del citado fallo, habiendo sido notificada inclusive en forma personal con posteriores resoluciones de la Jueza Segunda de Sentencia. De este modo, se impidió la interposición del recurso de casación contra el señalado Auto de Vista.

#### I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

Indica como vulnerados, sus derechos al debido proceso, a la “seguridad jurídica” y a la defensa, citando el efecto los arts. 16 y “7 inc. a)” de la CPEabrg.

#### I.1.3. Autoridades y funcionaria judicial recurridas y petitorio

Interpone recurso de amparo constitucional contra Zenobio Calizaya Velásquez, Vocal de la Sala Penal Primera; Jonny Edwin Quilo Rocabado, Vocal de la Sala Penal Segunda; y Verónica Echalar Barrientos, Oficial de Diligencias de la misma Sala Penal, todos de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, solicitando se declare “procedente”; y en consecuencia, nula la notificación con el Auto de Vista 32/2006, practicada mediante cédula fijada en el tablero de notificaciones y se disponga una nueva, de forma personal, en su domicilio real o procesal, señalados e informados al Tribunal en la Sentencia impugnada; con costas y demás condenaciones de ley.

#### I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

Efectuada la audiencia pública el 31 de mayo de 2007, según consta en el acta cursante de fs. 64 a 74 vta., presentes la recurrente y las autoridades y la funcionaria judicial recurridas; ausentes el representante del Ministerio Público y los terceros interesados, se produjeron los siguientes actuados:

##### I.2.1. Ratificación y ampliación del recurso

El abogado patrocinante de la recurrente, ratificó en su integridad los fundamentos del recurso, ampliándolo bajo los siguientes términos: 1) El recurso, no tiene por objetivo el análisis del fondo de lo resuelto en el Auto de Vista por los Vocales recurridos ni dentro del proceso penal, sino simplemente la omisión en la que incurrió la Oficial de Diligencias, correcurrida, al practicar la diligencia mediante cédula fijada en el tablero judicial, cuando constaba en la Sentencia su domicilio real y procesal; 2) La recurrente, asumió conocimiento del Auto de Vista recién cuando el proceso estaba en ejecución; 3) Se demanda de amparo, también contra los Vocales de la Sala Penal, tomando en cuenta que al menos tenían conocimiento que la diligencia no había sido debidamente practicada y no por el contenido de la Resolución pronunciada; y, 4) Al no haber sido notificada como correspondía, la recurrente no tuvo oportunidad de formular el recurso de casación.

##### I.2.2. Informe de las autoridades y de la funcionaria recurrida

En audiencia, el Vocal recurrido, Zenobio Calizaya Velásquez, informó que: a) En su condición de Vocal de la Sala Penal Primera y Presidente de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, fue convocado por la Sala Penal Segunda para conocer y resolver el proceso penal de la recurrente, oportunidad en la que se emitió el Auto de Vista 32/2006; b) El recurso de amparo constitucional, es improcedente por carecer de legitimidad pasiva directa; donde el recurrido, debe tener la posibilidad de rectificar el supuesto acto ilegal, pero en el presente caso, esto no se cuestiona en absoluto, sino

la notificación, actuación que les corresponde sólo a los funcionarios de cada una de las salas y juzgados, al no poder ejercer control alguno en su condición de Vocal suplente, considerando además, sus recargadas funciones como Vocal de la Sala Penal Primera y Presidente de la Corte Superior; en todo caso, este control está a cargo del Secretario de Cámara, como así lo establece la Ley de Organización Judicial, ahora abrogada, de lo que se infiere que si se pretende este argumento del ejercicio de control, debía haberse demandado de amparo contra el Secretario de Cámara, quien interactúa directamente con el personal de apoyo jurisdiccional como la Oficial de Diligencias; c) El recurso es improcedente por carecer de legitimidad pasiva indirecta, que se da por diversas razones como en el caso de que la autoridad ya no esté en ejercicio de esas funciones, quien no podrá reparar el acto en caso de otorgarse la tutela, si se declara nula la diligencia, es la oficial de diligencias de la sala, quien tiene que cumplir la decisión, inclusive no es necesaria ni la intervención de una autoridad que disponga su cumplimiento; y, d) Es de aplicación y observancia el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional, previsto en el art. 96.3 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC); al no haber impugnado el acto que considera vulnerante, las autoridades judiciales no tuvieron la oportunidad de pronunciarse al respecto; la parte, debió acudir ante la Jueza de la causa y solicitar la remisión del expediente al tribunal superior, a efectos de que advertido de aquel defecto, pueda anular lo obrado; y no existió un mecanismo previo de reclamación, ejerciendo así el control de legalidad extrañado, situación por la que inclusive no consta.

El Vocal, Jonny Edwin Quilo Rocabado, se ratificó en los fundamentos expuestos por el Vocal, Zenobio Calizaza Velásquez y complementó manifestando que, el único argumento del recurso, es la notificación con el Auto de Vista que pronunciaron, acto respecto al cual, no se menciona otro que implique a los Vocales, concluyendo que no conculcaron derecho ni garantía constitucional alguno, al no haberse precisado los hechos, el derecho lesionado y de qué forma los consideran vulnerados; el recurso, adolece de falta de contenido, requisito previsto en el art. 97.III de la LTC, por lo que corresponde su “improcedencia”.

La Oficial de Diligencias, Verónica Echalar Barrientos, recurrida, intervino en audiencia conforme consta en el acta de fs. 71 a 72 vta.; sin embargo, sobre esta participación en el recurso, se pronunciará expresamente este Tribunal en el presente fallo.

### I.2.3. Intervención de los Terceros Interesados

La recurrente, identifica como terceros interesados a Bigman Pacheco Quispe y Lan Franco Benito Salas Ortuño, quienes fueron notificados con el presente recurso, en el domicilio procesal señalado dentro del proceso penal; sin embargo, no asistieron a la audiencia ni presentaron informe alguno.

### I.2.4. Resolución

Concluida la audiencia, la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, constituida en Tribunal de garantías, dictó la Resolución 169/2007 de 31 de mayo, cursante de fs. 75 a 78 vta., por la que concede el recurso respecto a la Oficial de Diligencias de la Sala Penal Segunda y lo deniega con relación a los Vocales recurridos, con los siguientes fundamentos: i) Al haberse practicado la diligencia de notificación con el Auto de Vista 32/2006, a la recurrente, mediante cédula fijada en el tablero judicial y remitirse posteriormente, al juzgado de origen, inclusive antes del vencimiento del plazo para interponer el recurso de casación, recibiendo notificaciones, inclusive en forma personal de ese Juzgado, se vulneró el debido proceso, en su componente del derecho a la defensa; y, ii) Los Vocales de Sala

Penal Segunda, carecen de legitimación pasiva, al no haberse pronunciado sobre la ejecutoria del Auto de Vista notificado erróneamente en esa instancia.

### I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

El expediente, se recibió en el Tribunal Constitucional el 4 de junio de 2007; sin embargo, ante las renunciaciones de los Magistrados en diciembre de ese año, se interrumpió la resolución de causas. Con la designación de nuevas autoridades, por Acuerdo Jurisdiccional 001/2010 de 8 de marzo, el Pleno resolvió el reinicio de los cómputos; en consecuencia, habiéndose procedido al sorteo de la causa el 22 de junio de 2010, la presente Sentencia es pronunciada dentro de plazo.

## II. CONCLUSIONES

Realizada la revisión y compulsación de los antecedentes, se evidencia lo siguiente:

II.1. El 22 de septiembre de 2006, la Jueza Segunda de Sentencia del Distrito Judicial de Oruro, dentro del proceso penal seguido por Bigman Pacheco Quispe contra la recurrente y Lan Franco Benito Salas Ortuño, emitió la Sentencia 007/2006, declarándola autora del delito de calumnia, imponiéndole una pena privativa de libertad de un año, multa de ciento veinte días a razón de Bs3.- por día; y concediéndole el beneficio del perdón judicial. En la parte introductora de la Sentencia, constan los domicilios de la recurrente: “Domicilio Real: calle Ayacucho 1257 entre Linares y Baptista” (sic) y “Domicilio Procesal: La Plata 5734” (sic) (fs. 27 a 32 vta. del anexo).

II.2. El 21 de octubre, la recurrente interpone recurso de apelación restringida contra la referida Sentencia (fs. 2 a 7 vta.).

II.3. El 15 de noviembre de 2006, la Oficial de Diligencias correcurrida, notifica a la recurrente, mediante cédula fijada en el tablero judicial, con el decreto de convocatoria a formar Sala al Vocal, Zenobio Calizaya Velásquez y el Auto de radicatoria en Sala Penal Segunda (fs. 14).

II.4. Previo sorteo realizado el 8 de noviembre de 2006, los Vocales de la Sala Penal Segunda, recurridos, pronuncian el Auto de Vista 32/2006, declarando improcedente el recurso; y en consecuencia, confirmando la Sentencia de primera instancia (fs. 47 del anexo y 15 a 18).

II.5. El 20 de diciembre de 2006, se notifica a la recurrente con el citado Auto de Vista, mediante cédula fijada en el tablero judicial de notificaciones (fs. 19).

II.6. El 22 de diciembre de 2006, se remite el cuaderno procesal al Juzgado de origen; y al día siguiente, la Juzgadora decreta “cúmplase” (fs. 20 y vta.).

II.7. La recurrente, el 28 de marzo de 2007, solicita fotocopias legalizadas de todo lo obrado en segunda instancia a la Jueza Segunda de Sentencia (fs. 69 del anexo).

II.8. No consta en obrados, ni en el anexo (que consigna actuaciones hasta el 10 de abril de 2007), impugnación alguna de la recurrente respecto a la diligencia de notificación en segunda instancia; e interpone directamente el recurso de amparo el 3 de mayo del mismo año.

## III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La recurrente, alega la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la “seguridad jurídica” y a la defensa, manifestando que, dentro del proceso penal por calumnias seguido en su contra por Bigman Pacheco Quispe, que se tramitó en el Juzgado Segundo de Sentencia, impugnó, mediante el recurso de apelación restringida, la Sentencia condenatoria y en segunda instancia, las notificaciones con el decreto de radicatoria y el Auto de Vista pronunciado por los Vocales recurridos, que confirmaba el fallo de fondo impugnado, que se practicaron por la Oficial de Diligencias correcurrida, en el tablero judicial de la Corte Superior, pese a constar en la misma Sentencia impugnada, su domicilio real y procesal. En consecuencia, corresponde dilucidar en revisión, si tales argumentos son evidentes y si constituyen actos ilegales lesivos de los derechos fundamentales de la recurrente, a fin de otorgar o denegar la tutela solicitada.

### III.1. Sujeción de la actuación del Tribunal Constitucional a la Constitución Política del Estado vigente desde el 7 de febrero de 2009

Con carácter previo a ingresar al análisis de la problemática planteada en el presente recurso, y en virtud a que el mismo fue presentado y resuelto por el Tribunal de garantías en vigencia de la Constitución Política del Estado ahora abrogada, y al existir una nueva Ley Fundamental en plena vigencia, es necesario realizar algunas precisiones al respecto.

Las disposiciones de la Constitución Política del Estado, al ser la norma fundamental y fundamentadora de un Estado, son vinculantes para la conformación del sistema jurídico del país; en consecuencia, todas las normas inferiores deben adecuarse a lo prescrito por ella. Ahora bien, la Constitución promulgada y publicada el 7 de febrero de 2009, abrogó la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas posteriores, determinando a su vez en su Disposición Final: “Esta Constitución aprobada en referéndum por el pueblo boliviano entrará en vigencia el día de su publicación en la Gaceta Oficial”.

Al respecto, corresponde señalar que la Constitución, al ser reformada o sustituida por una nueva, mantiene su naturaleza jurídica, toda vez que ontológicamente sigue siendo la norma suprema y fundamental dentro de un Estado, por lo mismo en razón a su exclusiva naturaleza jurídica, su operatividad en el tiempo no es semejante a la de las normas ordinarias; en ese sentido, los preceptos de una Ley Fundamental al entrar en vigencia, deben ser aplicados de forma inmediata, aún en casos pendientes de resolución iniciados con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política que se está aplicando, pues los derechos fundamentales, garantías constitucionales y los principios contenidos en la Constitución Política, adquieren plena e inmediata eficacia al entrar ésta en vigor.

De acuerdo a las consideraciones efectuadas, y conforme al mandato consagrado por el art. 410 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y gozar de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, toda actuación de este Tribunal a objeto de cumplir el mandato constitucional y las funciones establecidas por los arts. 1 y 7 de la LTC y 4 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, debe ser afín al nuevo orden constitucional en observancia y coherencia con los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el país y que forman parte del bloque de constitucionalidad. El referido entendimiento está acorde a lo previsto por el art. 6 de la Ley 003, que dispone que en la labor de resolución y liquidación de causas ingresadas hasta el 6 de febrero de 2009, el

Tribunal Constitucional debe hacer prevalecer la primacía de la Constitución Política del Estado vigente.

Dentro de ese marco y considerando que la presente Sentencia es pronunciada en vigencia de la nueva Ley Suprema, se resuelve el caso concreto a la luz de las normas constitucionales actuales, sin dejar de mencionar las invocadas por el recurrente al momento de plantear el recurso.

### III. 2. Términos en la presente acción tutelar

Con relación a los sujetos que intervienen en la acción, el cambio en cuanto a la dimensión procesal de esta garantía, tiene incidencia directa en la terminología a utilizarse en cuanto a las partes procesales involucradas en las causas a ser resueltas, en ese contexto, la norma constitucional abrogada denominaba a las partes intervinientes, recurrente (s) y autoridad (es) recurrida (s), terminología que en la nueva dimensión procesal de esta garantía debe cambiar, motivo por el cual, la parte que hubo activado la tutela en vigencia de la anterior constitución y cuya causa será resuelta por el Tribunal Constitucional en el marco del art. 4 de la Ley 003, deberá ser denominada “accionante”, aclarando su carácter inicial de recurrente. Por su parte, la autoridad contra la cual se activó este mecanismo procesal-constitucional, deberá ser denominada “autoridad demandada”; en caso de tratarse de persona individual o colectiva será “demandada (o)”, términos que se enmarcan a la nueva dimensión procesal de la acción de amparo constitucional.

En cuanto a la terminología utilizada en la parte dispositiva, en mérito a la configuración procesal prevista por el art. 129.IV de la CPE y a efectos de guardar coherencia en caso de otorgar la tutela se utilizará el término “conceder”, caso contrario “denegar” la tutela. Al respecto, cabe acoger la aclaración efectuada en la SC 0071/2010-R de 3 de mayo, en cuanto a la denegatoria del recurso sin ingresar al análisis de la problemática de fondo, cuando establece: “No obstante, en resguardo de la previsión constitucional y a objeto de guardar armonía y no generar confusión con el uso de la terminología propia de la fase de admisión, corresponde en estos casos, 'denegar' la tutela solicitada con la aclaración de que: 'no se ingresó al análisis de fondo de la problemática planteada', dado que en estos casos el accionante puede nuevamente interponer la acción tutelar, siempre y cuando, cumpla con los requisitos de admisibilidad”.

### III. 3. Cuestiones accesorias dentro de un proceso judicial - vía incidental

El art. 44 del Código de Procedimiento Penal (CPP), establece que: “El juez o tribunal que sea competente para conocer de un proceso penal, lo será también para decidir todas las cuestiones e incidentes que se produzcan en el curso de su tramitación, así como para dictar las resoluciones respectivas y ejecutarlas”.

Los arts. 167 y ss. del CPP, prevén la impugnación de la actividad procesal defectuosa; así, expresamente, el art. 169 inc. 3), establece, entre otros, que es un defecto absoluto; y, por tanto, no susceptible de convalidación, aquél que implique inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y el mismo Código de Procedimiento Penal.

Por su parte, el art. 314 del citado Código, determina el trámite en la vía incidental para las peticiones o planteamientos de las partes que, por su naturaleza o importancia, deban ser debatidas o requieran la producción de prueba.

De ello, se infiere que, cualquier situación accesoria, como la validez o no de las diligencias de notificación practicadas por el personal de los juzgados y tribunales del Poder Judicial, sobre la cual, el sujeto que interviene en el proceso considere necesario impugnar a efectos de lograr el pronunciamiento respectivo por la autoridad jurisdiccional, deberá formularse en la vía incidental y los juzgadores, imprimir el trámite correspondiente para asumir convicción sobre la situación formulada.

### III. 4. Naturaleza subsidiaria del amparo constitucional

El recurso de amparo constitucional, previsto por el art. 19 de la CPE abrg, consagrado ahora como acción de amparo constitucional por el art. 128 de la CPE, se instituye por la Ley Fundamental como una acción tutelar de defensa contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la misma Constitución Política del Estado y la ley.

El art. 94 de la LTC y la jurisprudencia constitucional, establecen la subsidiariedad del amparo constitucional, naturaleza consagrada en la actual acción de amparo constitucional, en su art. 129 de la CPE, al disponer que se interpondrá siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados. Naturaleza subsidiaria desarrollada en amplia jurisprudencia emitida por este Tribunal Constitucional, que acogida en la SC 0150/2010-R de 17 de mayo, se indicó que: "...el amparo constitucional se constituye en un instrumento subsidiario y supletorio de protección; subsidiario porque no puede ser utilizado si previamente no se agotaron la vías ordinarias de defensa, y supletorio porque viene a reparar y reponer las deficiencias de esa vía ordinaria. En consecuencia, para que los fundamentos de una demanda de amparo constitucional puedan ser analizados en el fondo, la parte recurrente debe haber utilizado hasta agotar todos los medios y recursos legales idóneos para la tutela de sus derechos sea en la vía jurisdiccional o administrativa, pues donde se deben reparar los derechos y garantías lesionados es en el mismo proceso, o en la instancia donde fueron vulnerados, esto es, que en principio haya acudido ante la misma autoridad que incurrió en la presunta lesión y luego a las superiores a ésta, y si a pesar de ello persiste la lesión porque los medios o recursos utilizados resultaron ineficaces, recién se abre la posibilidad de acudir al amparo constitucional, el que no puede ser utilizado como un mecanismo alternativo o sustitutivo de protección, pues ello desnaturalizaría su esencia".

### III. 5. Respecto a la legitimidad pasiva y responsabilidad de los funcionarios subalternos del Poder Judicial

El Tribunal Constitucional indicó, con relación a la responsabilidad del personal subalterno de los Juzgados y Salas de las Cortes Superiores de Distrito y Corte Suprema de Justicia: "...que la administración de justicia está encomendada a los órganos jurisdiccionales del Estado, de acuerdo con el art. 116.I, IV CPE y art. 3 de la Ley de Organización Judicial (LOJ); en consecuencia son los jueces los funcionarios que ejercen esa jurisdicción, entre tanto que los secretarios, actuarios y oficiales de diligencias, no tienen facultades jurisdiccionales sino que están obligados a cumplir las órdenes o instrucciones del Juez, emergentes de sus decisiones, por lo que no tienen legitimación pasiva para ser demandados por cuanto no son los que asumen determinaciones de orden jurisdiccional dentro de los procesos, salvo que incurrieran en excesos contrariando o alterando esas determinaciones de la autoridad judicial..." (SC 1572/2003-R de 4 de noviembre).

La SC 0332/2010-R de 17 de junio, amplió esta comprensión indicando que: "...es

necesario establecer que la responsabilidad o no del personal subalterno por contravenir lo dispuesto por la autoridad jurisdiccional será evaluada de conformidad a la actuación de esta, una vez prevenido de la omisión o comisión de la vulneración alegada, con el objetivo de reconducir el procedimiento y restituir los derechos o garantías vulnerados, puesto que si la autoridad jurisdiccional convalida la actuación, vulneradora o no del personal subalterno, automáticamente se deslinda de responsabilidad, con la consecuencia de asumirla por completo”.

De lo transcrito se concluye, que inclusive se encuentra inmersa la naturaleza subsidiaria de la presente acción, teniendo que ver también con la legitimidad pasiva, considerando que el trabajo desempeñado por el personal subalterno, secretarios, actuarios y oficiales de diligencias, implica el cumplimiento de las disposiciones de la autoridad que ejerce jurisdicción y de la misma normativa aplicable a sus funciones, considerando que ante la impugnación respectiva, la autoridad que ejerce jurisdicción, debe pronunciarse sobre la validez de las actuaciones del personal subalterno; de corroborar su invalidez, ordenará su rectificación y si se verifica su validez, pronunciará resolución declaratoria, otorgándole la fuerza necesaria con la consecuencia jurídica que corresponda, como la ejecutoria de las resoluciones judiciales, si se trata de notificaciones. En todo caso, será ésta la resolución sobre la cual recaiga la revisión, ante la alegación de vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales, por parte de un tribunal de garantías y del mismo Tribunal Constitucional. De ello, depende que la legitimación pasiva recaiga sobre estas autoridades; actuar en contrario, implica impugnar directamente el acto realizado por el personal subalterno que no ejerce jurisdicción y, en más de los casos, sobre una actuación que no fue dispuesta por el juzgador, sino que implica el ejercicio mismo de las funciones encomendadas por ley a estos funcionarios, situación que de ninguna forma puede derivar en la activación de la vía constitucional, sin existir pronunciamiento jurisdiccional al respecto, ni haber otorgado a las autoridades la oportunidad de disponer la rectificación de las diligencias o de verificar y declarar su validez.

### III. 6. Análisis del caso concreto

La accionante, habiendo utilizado el recurso de apelación restringida contra la Sentencia pronunciada en su contra por el ilícito de calumnias, pretende que por medio de la presente acción tutelar, se deje sin efecto la notificación con el Auto de Vista 32/2006, pronunciado por los Vocales demandados, que confirmaba el fallo de primera instancia, alegando que dicha diligencia la Oficial de Diligencias de la Sala Penal Segunda, codemandada, la practicó en el tablero judicial de la Corte Superior, sin considerar que en la misma Sentencia impugnada, se consignaba su domicilio real y procesal.

En la tramitación del recurso de apelación restringida dentro del proceso penal, no se notificó con ningún actuado a la accionante de forma personal o mediante cédula en su domicilio real o procesal, no es menos evidente que -así se tiene de los antecedentes que constan en obrados y en el anexo- no se impugnó de ninguna forma las diligencias de notificación practicadas, cuando podía formular un incidente de nulidad de las mismas para efectuar el reclamo que ahora pretende hacer valer a través de la acción de amparo constitucional, que como se tiene previsto por el art. 129 de la CPE, la acción tutelar se interpondrá siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados.

Por lo expuesto se concluye que al no impugnar la forma en la que se practicó la diligencia de notificación, no consta una resolución judicial expresa que determine su

validez o no y formula directamente la acción contra la propia diligencia de notificación e inclusive contra la funcionaria subalterna que la practicó, quien, como se explica en el presente fallo, no tiene legitimación pasiva que justifique su intervención en una acción tutelar como la que nos ocupa, cuando lo que correspondía era solicitar a la Jueza de la causa la remisión del expediente al Tribunal de apelación y la formulación del incidente de nulidad de notificación y así, la jurisdicción ordinaria, en caso de advertir defecto u error en la misma, disponer su rectificación mediante resolución judicial expresa que así lo declare y el personal subalterno, cumplir con la disposición de la autoridad jerárquica, sin que la actitud pasiva de la ahora accionante, que implica negligencia en causa propia, se pueda suplir con la interposición de la presente acción tutelar.

En ese contexto, corresponde observar en el presente caso, la naturaleza subsidiaria que conlleva la activación de la acción tutelar de amparo constitucional.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal de garantías, al haber concedido la acción contra la Oficial de Diligencias y denegado contra los Vocales demandados verificada la observancia y aplicación de la naturaleza subsidiaria de la acción, ha efectuado una parcial compulsión de los hechos y alcances de la acción tutelar.

**POR TANTO**

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confieren los arts. 4 y 6 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público; 7 inc. 8) y 102.V de la LTC, en revisión, resuelve REVOCAR en parte la Resolución 169/2007 de 31 de mayo, cursante de fs. 75 a 78 vta., pronunciada por la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro; y en consecuencia, DENIEGA la tutela solicitada contra todos los demandados, con la aclaración de que no se ingresó al análisis del fondo de la problemática planteada, en razón al principio de subsidiariedad. Sin responsabilidad por ser excusable, salvando los efectos emergentes de la concesión de la tutela dispuesta por el Tribunal de garantías.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

Fdo. Dr. Juan Lanchipa Ponce  
PRESIDENTE

Fdo. Dr. Abigael Burgoa Ordóñez  
DECANO

Fdo. Dr. Ernesto Félix Mur  
MAGISTRADO

Fdo. Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños  
MAGISTRADA

Fdo. Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés  
MAGISTRADO

**Vulneración de los derechos a recurrir, a la seguridad jurídica, a la petición, al debido proceso, al juez natural, a la defensa, a un proceso sin dilaciones indebidas. Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1077/2010-R  
BOLIVIA - Sucre, 27 de agosto de 2010

Expediente: 2007-16472-33-RAC  
Distrito: La Paz  
Magistrado Relator: Dr. Abigael Burgoa Ordóñez

En revisión la Resolución 027/07 de 8 de agosto de 2007, cursante de fs. 221 a 223 de obrados, pronunciada por la Sala Social y Administrativa Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, dentro del recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo constitucional, interpuesto por Jorge Fernando Ortega Hinojosa en representación de Elizabeth Iñiguez Moscoso de Salinas, Martha Rojas Álvarez, Artemio Arias Romano y Walter Alfredo Raña Arana contra Antonio Ramón Sánchez Carranza, María Teresa Núñez de Arauz, Rodrigo Ibáñez Cassón, Félix César Navarro Miranda, Arminda Méndez Terrazas, Miguel Machaca Huacani, Gonzalo David Lazcano Murillo y José Felipe Oña Paredes, Presidente, Vicepresidente, Secretario y Vocales respectivamente de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, alegando la vulneración de los derechos de sus representados a recurrir, a la seguridad jurídica, a la petición y al debido proceso y en sus elementos del derecho al juez natural, a la defensa, a un proceso sin dilaciones indebidas, citando al efecto los arts.16. IV de la Constitución Política del Estado abrogada (CPEabrg) y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

El recurrente por sus representados, mediante memorial presentado el 25 de julio de 2007, cursante de fs. 51 a 58 vta., expone los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

I.1.1. Hechos que motivan el recurso

1) En cuanto a la denuncia realizada por el Presidente Constitucional

El 15 de mayo de 2007, el Presidente Constitucional de la República Juan Evo Morales Ayma, presentó denuncia contra sus mandantes ante el Presidente de la Cámara de Diputados, por la supuesta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes, impedimento del ejercicio de funciones, resoluciones contrarias a la Constitución y a las leyes y prevaricato, sindicación que fue remitida ante la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial para el desarrollo de la investigación.

2) De los medios de defensa utilizados por los representados del recurrente  
Señala que el 28 de mayo de 2007, sus representados plantearon ante la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, las excepciones de incompetencia del órgano

legislativo para la investigación y enjuiciamiento penal, incompetencia del órgano en razón a la materia y falta de acción, las mismas que fueron declaradas improbadas por Resolución 001/2007-2008 de 21 de junio de 2007.

Continúa señalando que contra esta Resolución, en fecha 27 de junio de 2007, sus mandantes interpusieron recurso de apelación incidental ante la referida Comisión recurso que hasta la fecha, pese a los reclamos efectuados en fechas 5 y 13 de julio de 2007, no mereció el trámite previsto por el art. 33.III de la Ley 2623 de 22 de diciembre de 2003 denominada Ley Procesal para el Juzgamiento de Altas Autoridades del Poder Judicial y del Fiscal General de la República, concordante con el art. 405 del Código de Procedimiento Penal (CPP) (resaltado nuestro).

3) En cuanto a la conducta de los miembros de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial Sostiene el recurrente por sus representados, que los miembros de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, a pesar de hallarse impedidos por mandato del art. 396 inc.1) del CPP -que otorga "efecto suspensivo a los recursos"- para realizar mayor actuación que la prevista en los arts. 33 de la Ley 2623 y 405 del CPP, en lugar de remitir el expediente a la Comisión de Derechos Humanos para que se resuelva la apelación incidental, dispusieron arbitrariamente y mandaron a ejecutar diligencias de notificación con la Resolución 002/2007-2008 (aprobación del informe preliminar e imputación formal), actuaciones que se practicaron en forma posterior a la presentación del recurso.

4) En cuanto a los actos denunciados como lesivos

4. 1) Refiere también que las autoridades recurridas cometieron una omisión indebida e ilegal, al no haber cumplido con el trámite previsto en los arts. 33.III de la Ley 2623 y 405 del CPP, lesionando sus derechos al juez natural, competente, independiente e imparcial, protegido por el art. 16.IV de la CPE abrg y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4. 2) Continúa su exposición señalando que sus mandantes se encuentran sujetos al desarrollo de una etapa preparatoria en la que los órganos que los juzgan no tienen competencia material para el conocimiento de los presuntos delitos por los que se investiga a sus representados, aspecto que vulnera sus derecho al debido proceso en su elemento referente al juez natural.

4. 3) Asimismo, señala que los actos de notificación con la Resolución 002/2007-2008, sobre aprobación del informe preliminar del Comité del Ministerio Público e imputación formal, practicados en forma posterior a la presentación del recurso de apelación incidental, a pesar del efecto suspensivo de este medio de impugnación, vulneran su derecho al debido proceso.

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

El recurrente, alega la vulneración de los derechos de su representado a recurrir, a la seguridad jurídica, a la petición y al debido proceso, en sus componentes al derecho al juez natural, competente, independiente e imparcial, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, citando al efecto los arts. 16. IV de la CPE abrg y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

I.1.3. Autoridades recurridas

Con esos antecedentes, el recurrente interpone recurso de amparo constitucional contra: Antonio Ramón Sánchez Carranza, María Teresa Núñez de Arauz, Rodrigo

Ibáñez Cassón, Félix César Navarro Miranda, Arminda Méndez Terrazas, Miguel Machaca Huacani, Gonzalo David Lazcano Murillo y José Felipe Oña Paredes, Presidente, Vicepresidente, Secretario y Vocales respectivamente de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados.

#### I.1.4. Petitorio

El recurrente por sus representados pide se conceda la tutela pedida y se ordene: a) La inmediata tramitación del recurso de apelación y su consiguiente remisión a la Comisión de Derechos Humanos; b) se declare la nulidad de las notificaciones con la Resolución 002/2007-2008, sobre aprobación del informe preliminar del Comité del Ministerio Público e imputación formal, practicadas a sus mandantes en forma posterior a la presentación del recurso de apelación incidental; y, c) Se determine responsabilidad civil contra las autoridades recurridas.

#### I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

Efectuada la audiencia pública el 8 de agosto de 2007, según consta en el acta de fs. 211 a 220, con la asistencia del recurrente por sus representados; Carlos Jáuregui Ortega, en representación de los señores Antonio Ramón Sánchez, Gonzalo David Lazcano, María Teresa Núñez, Félix César Navarro, Miguel Machaca, la autoridad recurrida José Felipe Oña Gutiérrez y el representante del tercero interesado y con la ausencia de Arminda Méndez, Rodrigo Ibáñez Cassón y del representante del Ministerio Público, se produjeron los siguientes actuados:

##### I.2.1. Ratificación y ampliación del recurso

El recurrente por sus representados, en audiencia ratificó y reiteró in extenso el contenido de la demanda interpuesta.

##### I.2.2. Informe de las autoridades recurridas

Carlos Jáuregui Ortega en representación de las autoridades recurridas, mediante informe cursante de fs. 74 a 82, señaló lo siguiente:

a) Recibida y leída la denuncia interpuesta contra las autoridades ahora recurrentes, en la 16ta. sesión ordinaria de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, se ordenó la remisión de dicha denuncia penal, al Comité del Ministerio Público y Policía Judicial, para que proceda con el desarrollo de la investigación de acuerdo a lo establecido por la Ley 2623. En fecha 6 de junio de 2007, el Comité del Ministerio Público y Policía Judicial, remitió a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, informe preliminar de acuerdo a lo establecido por el procedimiento de la citada Ley, en este contexto, establece que en fecha 21 de junio del mismo año, en la "22da." sesión de la referida Comisión, mediante Resolución CCJPJ-JAJ/13 Resolución 001/2007-2008, la Comisión resuelve declarar improbadas las excepciones de incompetencia y falta de acción presentadas por los Magistrados del Tribunal Constitucional.

b) En fecha 27 del citado mes y año, fue presentado el recurso de apelación incidental planteado por los denunciados ahora representados del recurrente, razón por la cual, en fecha 3 de julio de ese año, se convocó a la 25ta. sesión de Comisión, la misma que no pudo ser instalada por la inasistencia de sus miembros. En fecha 11 del mismo mes y año, se convocó nuevamente a la 25ta. sesión de Comisión, la que también fue suspendida por la inasistencia de sus miembros. Asimismo, de acuerdo a la documental aparejada se establece que la Cámara de Diputados, declaró como

semana regional del 16 al 20 de julio de 2007, precisa también que en fecha 25 de ese mes, la sesión fue suspendida, llevándose a cabo la sesión de 3 de agosto del referido año, en la cual se consideró el recurso de apelación interpuesto por los ahora recurrentes, “procediéndose a la consideración del decreto de remisión el cual fue sometido a votación, logrando la mayoría absoluta de votos afirmativos, con lo que quedó aprobada la decisión de Comisión” (sic).

c) La Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, como control jurisdiccional, de acuerdo a la Constitución Política del Estado (art. 62 inc. 3)- hoy abrogada- y a la Ley 2623, promulgada y publicada el 22 de diciembre de 2003, está plena y legalmente facultada para asumir como juez natural.

#### I.2.4. Resolución

Mediante Resolución 027/07 de 8 de agosto, cursante de fs. 221 a 223, pronunciada por la Sala Social y Administrativa Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, se concedió el recurso planteado, en mérito a los siguientes fundamentos:

a) En el presente caso, una vez declaradas improbadas las excepciones planteadas, la concesión del recurso era insoslayable, así lo determina el art. 403 inc. 2) de la CPE.

b) La omisión de trámite y consiguiente concesión del recurso de apelación de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial que deniega un derecho reconocido por la Constitución como un medio de defensa legítimo y procesalmente concedido tanto en la norma especial como por el Código de Procedimiento Penal, conculca y violenta el derecho al debido proceso, con las consiguientes supresiones de las garantías y derechos fundamentales previstos en el art. 7 incs. a) y h) de la CPEabrg.

c) En lo que se refiere al efecto del recurso a concederse, esta es una atribución de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, la que debe ser provista por esta instancia, no siendo el Tribunal de garantías el competente para disponer sobre el efecto de la concesión y menos suspender la etapa preparatoria del juicio o de disponer la prosecución de los trámites puesto que este tema debe formar parte integral del recurso a concederse por autoridad competente.

d) La solicitud en audiencia del tercero interesado no corresponde ser atendida en vista de que el Comité del Ministerio Público y Policía Judicial no toma decisiones en juicios según lo prevé la misma Ley 2623.

#### I.2.5. Complementación y aclaración de la Resolución emitida por el Tribunal de garantías

En virtud a la solicitud de aclaración y complementación realizada por el representante de las autoridades recurridas, el Tribunal de garantías, mediante providencia de 9 de agosto de 2007, cursante a fs. 232, de manera textual aclara lo siguiente: “Este Tribunal no ha decidido en su parte resolutive la suspensión ni prosecución de ningún actuado procesal al no ser de su competencia como se fundamenta en la decisión. Sin embargo al advertir error en la parte in fine del último párrafo de la parte resolutive, este Tribunal de conformidad con el art. 50 de la Ley 1836, enmienda su decisión dejando sin efecto lo siguiente: ‘...y saneando procedimiento se deja sin efecto las notificaciones practicadas con la Resolución 02/2007-2008 y se dispone nueva notificación en tanto se provea el memorial del recurso’, manteniéndose en lo demás firme y subsistente” (sic).

### I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

Debido a la ausencia de quórum establecido por ley, las causas pendientes de resolución por parte del Tribunal Constitucional quedaron en espera hasta la designación de nuevos Magistrados.

En virtud de dicho nombramiento, por Acuerdo Jurisdiccional 001/2010 de 8 de marzo, se dispuso el reinicio de los cómputos. En consecuencia se sorteó el expediente el 7 de julio del año en curso, posteriormente se amplió el plazo mediante Acuerdo Jurisdiccional 150/2010 de 27 de agosto; razón por la cual, la presente Resolución es dictada dentro de plazo.

## II. CONCLUSIONES

Del análisis y compulsas de los antecedentes que cursan en obrados, se establecen las siguientes conclusiones:

### II.1. Denuncia presentada por el Presidente Constitucional de Bolivia

Cursa en antecedentes memorial de denuncia presentado ante el Presidente de la Cámara de Diputados por el Presidente Constitucional de Bolivia, Juan Evo Morales Ayma, sindicación realizada contra los Magistrados del Tribunal Constitucional, Elizabeth Iñiguez Moscoso de Salinas, Martha Rojas Álvarez, Artemio Arias Romano y Walter Alfredo Raña Arana (fs. 3 a 8 vta.).

### II.2. Resolución Camaral de designación de miembros del Comité de Ministerio Público y Policía Judicial

Mediante Resolución Camaral 006/2007 de 7 de febrero, se resuelve designar a los diputados René Oscar Martínez Callahuanca, David Edgar Balderrama Balderrama y Pablo Banegas Claudio, Secretario y Vocales respectivamente del Comité de Ministerio Público y Policía Judicial (fs. 196 a 201).

### II.3. Citación y emplazamiento a los denunciados

En antecedentes cursa providencia de 17 de mayo de 2007, mediante el cual, el Comité del Ministerio Público y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, compuesto por René Martínez, Pablo Banegas y David Balderrama, ordenan la citación y emplazamiento con la denuncia descrita supra, a las autoridades ahora representadas por el recurrente (fs. 9).

### II.4. Excepción de incompetencia y falta de acción interpuesta por los recurrentes

Mediante memorial de fecha 28 de mayo de 2007, los representados del recurrente presentan ante la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial excepción de incompetencia y falta de acción (fs. 10 a 18).

Asimismo, por memorial de fecha 12 de junio del citado año, los mandantes del recurrente solicitan a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, resolver con carácter previo la excepción planteada (fs. 19 y vta.).

### II.5. Resolución de las excepciones interpuestas

Cursa también en antecedentes Resolución 001/2007-2008 de 21 de junio de 2007,

mediante la cual, la Comisión de Constitución de Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, declara improbadas las excepciones de incompetencia y falta de acción, presentadas por los Magistrados del Tribunal Constitucional, y en consecuencia, se ordena la prosecución del proceso de investigación iniciada en sus etapas e instancias correspondientes (fs. 20 a 31).

Se advierte también que esta Resolución fue notificada a los recurrentes en fecha 25 de junio de 2007 (fs. 27 a 31 del anexo 1).

#### II.6. Del recurso de apelación interpuesto por los recurrentes

Asimismo, cursa en obrados, memorial de recurso de apelación incidental contra la Resolución 001/2007-2008, presentado el 27 de junio del mismo año, interpuesto por los representados del recurrente, ante el Presidente y miembros de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados (fs. 32 a 46 vta.). De la misma forma, cursa en antecedentes memoriales presentados por los representado del recurrente en fecha 5 y 13 de julio de 2007, en virtud del cual, solicitan al Presidente y miembros de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, remitir las actuaciones a la Comisión de Derechos Humanos (fs. 47 a 48.).

#### II.7. En cuanto al acta 025/2007

Cursa en antecedentes acta de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial 25/2007 de 3 de julio, mediante la cual, se evidencia la suspensión de la sesión (fs. 152).

De la misma forma, por acta 025/2007 de 11 de julio, se advierte la suspensión de la sesión convocada para esta fecha (fs. 150).

Asimismo, por acta de 25 de julio de 2007, se colige que la sesión ordinaria 25, fue suspendida por falta de quórum (fs. 118).

Finalmente, por acta 025/2007 de de 3 de junio, se evidencia la decisión de esta comisión de remitir el memorial de la apelación incidental presentada por los ahora recurrentes al Comité del Ministerio Público (fs. 93 a 97).

#### II.8. Convocatoria para la sesión ordinaria 25ta de 3 de agosto de 2007

Cursa en antecedentes, convocatoria para la vigésima segunda sesión ordinaria de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, a ser realizada el día 3 de agosto de 2007. (fs. 248 anexo 2).

#### II.9. Remisión de documentación y notificación al Comité del Ministerio Público

Asimismo, por documental de fecha 3 de agosto de 2007, que da cumplimiento a la decisión descrita supra, por lo que se remite y notifica al Comité del Ministerio Público y Policía Judicial, con el recurso de apelación incidental presentado por los ahora representados del recurrente (fs. 96 del anexo 1).

#### II.10. En cuanto a la acreditación de la semana regional

Por certificación cursante en antecedentes, se evidencia que del 7 al 10 de agosto de 2007, al haberse declarado semana de trabajo en regiones, no se llevaron a cabo las sesiones camarales ni de comisión (fs. 228).

## II.11. Contenido de la Resolución 002/2007-2008

Se advierte que mediante Resolución 002/2007-2008 de 21 de junio de 2007, la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, resuelve aprobar el informe preliminar CMPPJ 002/07, emitido por el Comité del Ministerio Público y Policía Judicial, formalizando la imputación formal contra Elizabeth Iñiguez Moscoso de Salinas, Martha Rojas Álvarez, Walter Alfredo Raña Arana y Artemio Arias Romano, Magistrados del Tribunal Constitucional, por existir suficientes indicios sobre su participación en los delitos de prevaricato e impedimento del ejercicio de funciones (fs. 32 a 41 del anexo 1).

Dicha decisión fue notificada a las autoridades recurridas en el siguiente orden: a) Al magistrado Artemio Arias Romano, de forma personal en fecha 25 de junio de 2007; b) A la magistrada Elizabeth Iñiguez Moscoso de Salinas, de forma personal en fecha 3 de julio de 2007; c) A la magistrada Martha Rojas Álvarez, de manera personal en fecha 2 de julio de 2007; y d) Al Magistrado Walter Alfredo Raña Arana, de manera personal en fecha 2 de julio de 2007 (fs. 42 a 50 del anexo 1).

## III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

Para conocer y resolver en revisión la Resolución 027/07 de 8 de agosto de 2007, dictada por el Tribunal de garantías que conoció la presente causa de naturaleza constitucional, previamente es imperante determinar con claridad el objeto y la causa de este recurso, ahora denominado acción de amparo constitucional, razón por la cual, se tiene que en la especie, el objeto de la tutela pedida es el resguardo de los derechos al debido proceso, en sus elementos del derecho al juez natural, al derecho de recurrir, a la seguridad jurídica y a la petición. Asimismo, se establece que la causa de la petición de tutela versa sobre tres actos concretos denunciados como lesivos a los derechos antes descritos: a) En cuanto a la apelación incidental planteada por los representados del recurrente, ahora accionante, las autoridades demandadas cometieron una omisión indebida e ilegal, porque no imprimieron al proceso el trámite previsto por el art. 33.III de la Ley 2623 y 405 del CPP, toda vez que éstos, no remitieron actuados a la Comisión de Derechos Humanos para que resuelva la apelación interpuesta; b) Los accionantes se encuentran sujetos al desarrollo de una etapa preparatoria en la que están sometidos a órganos que no tienen competencia material para el conocimiento de los presuntos delitos por los que se los investiga; y, c) Los actos de notificación con la Resolución 002/2007-2008, sobre aprobación del informe preliminar del Comité del Ministerio Público e imputación formal, fueron practicados en forma posterior a la presentación del recurso de apelación incidental, a pesar del efecto suspensivo que el art. 396. inc.1) del CPP, otorga a este medio de impugnación.

Por lo expuesto, corresponde ahora analizar la concesión o denegación de la tutela pedida, tarea que será realizada a continuación.

### III.1. Operatividad y aplicación en el tiempo del bloque de constitucionalidad

Antes de desarrollar la argumentación jurídica conveniente al caso concreto; previamente, es imperante referirse a la uniforme jurisprudencia que este Tribunal Constitucional ha desarrollado a partir de la SC 0001/2010-R de 25 de marzo y todas las posteriores, en ese contexto, debe establecerse que la Constitución Política del Estado, aprobada mediante referendo constitucional de 25 de enero de 2009, es de aplicación directa a las causas conocidas en revisión, aspecto que emana de su carácter de norma suprema del orden jurídico y que además se encuentra

debidamente sustentado por los principios de irradiación y de eficacia plena del bloque de constitucionalidad ampliamente explicados en la SC 0008/2010-R de 6 de abril, entre otras.

### III.2. Armonización de términos procesales-constitucionales

Siendo aplicable al caso concreto la Constitución vigente y los demás compartimentos del bloque de constitucionalidad, es imperante previamente aclarar la terminología procesal-constitucional a ser utilizada; al respecto, la Constitución abrogada en el art. 19, norma el “recurso de amparo constitucional”. De manera más amplia y garantista los arts. 128 al 129 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), reglamentan la llamada “acción de amparo constitucional”, sin que en esencia esta nueva norma altere el “núcleo esencial” de este mecanismo procesal.

En mérito a lo expuesto, se puede establecer que una diferencia entre ambas normas no se refiere al núcleo esencial de protección de esta garantía de defensa, sino más bien la diferencia radica en la dimensión procesal de ambos; es decir, que con la Constitución abrogada éste era considerado un recurso, en cambio, con la Constitución vigente, este mecanismo es una acción.

El cambio en cuanto a la dimensión procesal de esta garantía, tiene incidencia directa en la terminología a utilizarse en cuanto a las partes procesales involucradas en las causas a ser resueltas, en ese contexto, la norma constitucional abrogada denominaba a las partes intervinientes recurrente(s) y autoridad(es) recurrida(s), terminología que en la nueva dimensión procesal de esta garantía debe cambiar.

Lo precedentemente expuesto, denota la necesidad de uniformar la terminología aplicable a las causas pendientes de resolución en el marco del mandato inserto en los arts. 4 y 6 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público; por tal razón es pertinente señalar que en virtud a la nueva dimensión procesal de esta garantía, deben adecuarse los términos a la Constitución vigente, por lo cual, la parte que hubo activado la tutela en vigencia de la anterior constitución y cuya causa será resuelta por el Tribunal Constitucional, en el marco del art. 4 de la Ley 003, deberá ser denominada “accionante”, aclarando su carácter inicial de recurrente. Por su parte, la autoridad contra la cual se activó este mecanismo procesal-constitucional, deberá ser denominada “autoridad demandada”, términos que se enmarcan a la nueva dimensión procesal de la acción de amparo constitucional.

Asimismo, en caso de otorgarse la tutela constitucional a través del recurso de amparo constitucional, se “concederá” la misma, caso contrario la acción será “denegada”.

Según la SC 0119/2010-R de 10 de mayo, refiere que: “En los casos en que no sea posible ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada se mantendrá la denegatoria, haciéndose constar tal situación, dado que el accionante puede nuevamente interponer la acción tutelar, siempre y cuando, cumpla con los requisitos de admisibilidad”.

### III.3. El diseño orgánico y procesal de juicios de responsabilidades en contra de altas autoridades del Poder Judicial

En este punto, se analizará el primer acto denunciado como lesivo a los derechos de los representados del accionante, en tal sentido, en principio y con carácter previo, es imperante establecer el diseño constitucional orgánico imperante en el momento de la interposición de la presente acción, en esa perspectiva, debe precisarse que la CPE

abrg, en su art. 2, reconocía y garantizaba el principio de separación de poderes, a partir del cual, la estructura constitucional, reconocía al Estado boliviano la función legislativa, ejecutiva y judicial.

En efecto, la teoría de la separación de funciones consagrada por el orden constitucional abrogado, evita la concentración de roles orgánicos, asignando atribuciones específicas a cada uno de ellos, en esa dimensión y a la luz de la problemática concreta, debe precisarse que la función legislativa, en virtud de la cual el Poder Legislativo, al margen de sus facultades en materia de legislación y fiscalización disciplinadas por el art. 59 de la CPE abrg, tiene el rol constitucional para la sustanciación y resolución de juicios de responsabilidades contra Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados del Tribunal Constitucional, Consejeros de la Judicatura y Fiscal General de la República, por tanto, en cuanto a estas atribuciones, evidentemente se establece que el diseño constitucional orgánico imperante en el momento de la interposición de la presente acción constitucional, atribuye roles jurisdiccionales a este órgano para el enjuiciamiento de estas autoridades, así, el art. 62.3 de la CPE abrg, faculta a la Cámara de Diputados a realizar la acusación ante el Senado de Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados del Tribunal Constitucional, Consejeros de la Judicatura y Fiscal General de la República, momento procesal a partir del cual, de acuerdo al mandato inserto en el art. 66.1 de la citada norma suprema, la Cámara de Senadores, toma conocimiento de la acusación y sustancia el juicio hasta su conclusión.

En efecto, a partir de este diseño constitucional, la Ley 2623, denominada Ley Procesal para el Juzgamiento de Altas Autoridades del Poder Judicial y del Fiscal General de la República, disciplina todos los actos procesales e instancias orgánicas encargadas de desarrollar el citado juicio, configurando las reglas de un debido proceso para la tramitación y sustanciación de estas causas de naturaleza especial.

En ese orden de ideas, en principio, a la luz del caso concreto, resulta determinante establecer los roles y atribuciones de las etapas procesales disciplinadas, las instancias orgánicas competentes para la tramitación de estos juicios y los actos procesales de todas las partes procesales que actúan en la sustanciación de estas causas, tarea que será realizada a continuación.

Siguiendo el diseño constitucional y normativo imperante desarrollado en la normativa expuesta supra, se tiene que la tramitación del juicio de responsabilidades contra Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados del Tribunal Constitucional, Consejeros de la Judicatura y Fiscal General de la República, tiene dos etapas procesales claramente diferenciadas: a) La etapa preparatoria; y b) La etapa de sustanciación del juicio.

En la especie, a la luz de la teoría del proceso y sobre la base del marco normativo vigente, es imperante desarrollar la etapa preparatoria en este tipo de juicios, en tal sentido y en concordancia con la teleología de la etapa preparatoria disciplinada por el Código de Procedimiento Penal, esta fase procesal tiene la finalidad de recolectar los elementos de juicio suficientes para fundar una acusación penal, en ese contexto, la labor a ser desarrollada en esta etapa procesal, ha sido encomendada a la Cámara de Diputados, tal como lo establece el art. 11.1 de la Ley 2623.

Bajo este espectro y a la luz de las facultades encomendadas a la Cámara de Diputados en la etapa preparatoria de estos juicios especiales, es pertinente delimitar la naturaleza procesal y los roles de tres instancias orgánicas con roles concretos en esta etapa: i) La Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial; ii) El Comité del Ministerio Público y Policía Judicial; y iii) La Comisión de Derechos Humanos.

En efecto, a partir de la delimitación de estos órganos, es imperante determinar de manera concreta sus roles procesales, en esa perspectiva, se tiene que el control jurisdiccional de la etapa preparatoria, ha sido encomendado a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, así lo establece el art. 11.III de la Ley 2623.

Asimismo, se tiene que el Comité del Ministerio Público y Policía Judicial, tiene dos roles concretos y esenciales, que de acuerdo al art. 11.II de la citada Ley, se traducen en: a) La promoción de la acción penal; y b) La dirección de la investigación en la etapa preparatoria; entonces, a partir de estas dos premisas, para el caso concreto se establece una conclusión determinante para la resolución de la presente causa, que se traduce en los siguientes términos: El Comité del Ministerio Público y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, en virtud a su rol de promoción de la acción penal, en la tramitación de todo juicio de responsabilidades, es parte procesal en el desarrollo de esta etapa.

Finalmente, se tiene que la Comisión de Derechos Humanos, en esta etapa procesal, tiene un rol revisor, es decir, procesalmente se configura como una instancia diferente a la encargada de realizar el control jurisdiccional, con una atribución específica, que se traduce en el conocimiento de las apelaciones incidentales contra todas las resoluciones emitidas en esta etapa preparatoria.

Una vez delimitados los roles procesales de estos tres órganos, corresponde ahora precisar las reglas de un debido proceso para la tramitación y sustanciación de apelaciones incidentales presentadas en etapa preparatoria, tarea que será realizada a continuación.

### III.3.1. Las reglas del debido proceso en cuanto a la tramitación de las apelaciones incidentales en la etapa preparatoria

Para el análisis del primer acto denunciado como lesivo a los derechos de los representados del accionante, cabe en principio definir al debido proceso, por eso, es pertinente citar al tratadista Luis Sáenz Dávalos, para quien el debido proceso en su dimensión adjetiva, se refiere a toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de todo tipo de proceso, sea este jurisdiccional, administrativo o corporativo particular.

Ahondando aún más la definición antes citada, se tiene que las reglas del debido proceso en su vertiente adjetiva, se refieren a la estructura procesal imperante para el decurso de una causa, cuya secuencia comprende la estructura orgánica aplicable, las etapas procesales diseñadas para la tramitación de la causa y los actos procesales tanto de las partes como de las autoridades con facultad decisoria en el proceso, en tal sentido, en el marco de los citados lineamientos y de acuerdo a la problemática planteada en el caso concreto, corresponde analizar las reglas procesales vigentes en la Ley 2623, para la tramitación de apelaciones en la etapa preparatoria.

Entonces, como ya se tiene dicho, en la sustanciación de estos procesos especiales, la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, es la instancia encargada del control jurisdiccional de todos los actos procesales a ser desarrollados en la etapa preparatoria, entonces, en su labor está facultada para emitir resoluciones, las mismas, que de acuerdo al mandato inserto en el art. 11.IV de la Ley 2623, serán recurribles mediante recurso de apelación, actuando en este supuesto la

Comisión de Derechos Humanos, como la instancia revisora con competencia plena para resolver las apelaciones incidentales interpuestas por las partes procesales.

Ahora bien, la interposición y resolución de una apelación incidental en etapa preparatoria, está sujeta a actos procesales esenciales que son de orden público y de cumplimiento obligatorio y que conforman una ingeniería procesal que garantiza un respeto al debido proceso en igualdad de condiciones para las partes procesales, por cuanto resulta imperante describir de forma detallada esos actos procesales propios de la tramitación de estas apelaciones incidentales.

Así, el art. 33 de la Ley 2623, disciplina todos y cada uno de los actos procesales tendientes a la tramitación y resolución de las apelaciones incidentales interpuestas en la etapa preparatoria, en ese orden de ideas y de acuerdo a las directrices orgánicas de las reglas del debido proceso, el párrafo segundo de la citada norma, atribuye competencia a la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados para la resolución de esta instancia, previo trámite procesal disciplinado por el tercer párrafo del art. 33 de la referida Ley, en efecto, interpuesto el recurso ante la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial y antes de acudir a la instancia encargada de resolver el recurso de apelación, de manera inexcusable deben cumplirse los siguientes actos procesales: a) Una vez recibido el recurso, la Comisión debe notificar a las otras partes con dicho recurso; b) La otra parte procesal, debe contestar el recurso en el plazo de tres días; y c) la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, debe remitir las actuaciones a la Comisión de Derechos Humanos.

Lo expuesto precedentemente, denota que las reglas procesales diseñadas tienen una teleología concreta, que se traduce en garantizar a todas las partes dentro del proceso, igualdad procesal y el derecho a una defensa amplia no solamente en juicio, sino también en la tramitación de apelaciones incidentales planteadas contra las resoluciones emitidas por el órgano encargado del control jurisdiccional del proceso en la etapa preparatoria.

En este estado de cosas, es pertinente invocar la premisa sostenida en el Fundamento Jurídico III.3 de la presente Sentencia, en el cual, se señaló que el Comité del Ministerio Público y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, en virtud a su rol de promoción de la acción penal, en la tramitación de todo juicio de responsabilidades, es parte procesal en el desarrollo de esta etapa, por tanto, siguiendo las reglas procesales descritas precedentemente, una correcta tramitación de la causa, de acuerdo al mandato inserto en el art. 33.III, implica que una vez recibido el recurso, la Comisión de Justicia, Constitución y Policía Judicial, debe notificar con el memorial de apelación incidental interpuesto al Comité del Ministerio Público y Policía Judicial, toda vez que esta instancia, al ejercer la acción penal en el juicio de responsabilidades es parte procesal y por tanto, debe garantizársele su derecho a la defensa e igualdad procesal, siendo estos aspectos los criterios teleológicos para el diseño normativo inserto en el referido art. 33.III, en ese entendido, las reglas procesales imperantes, mandan a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, remitir las actuaciones a la Comisión de Derechos Humanos, previo cumplimiento de los actos procesales antes descritos.

Finalmente, para concluir con la ingeniería de los actos procesales destinados a resolver las apelaciones incidentales interpuestas en el decurso de la etapa preparatoria, es imperante referirse a las sesiones ordinarias a ser realizadas para que la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial imprima el trámite descrito precedentemente, en tal sentido, no se puede perder de perspectiva, que esta comisión, en esencia cumple labores propias de la función legislativa, empero, en el caso del juicio de responsabilidades contra las autoridades señaladas en la Ley 2623,

ejerce como ya se dijo, roles jurisdiccionales; sin embargo, sus sesiones ordinarias, deben regirse a una legalidad específica, disciplinada concretamente en el Reglamento de Debates de la Cámara de Diputados, en ese contexto, las sesiones, su naturaleza, finalidad y publicidad de sus resoluciones, para su validez deben regirse estrictamente a esta normativa, por tanto, es esta disposición la que regula las reglas procesales a ser seguidas para las sesiones, las mismas que deben ser cumplidas en la tramitación de apelaciones incidentales planteadas en la etapa preparatoria.

### III. 3.1.1. Análisis del primer acto denunciado como lesivo a los derechos de los representados del accionante

El accionante, mediante memorial de amparo constitucional cursante de fs. 51 a 58 vta., como primer acto lesivo de los derechos de sus representados, denuncian que en cuanto a la apelación incidental planteada, las autoridades demandadas cometieron una omisión indebida e ilegal, porque no se dio al proceso el trámite previsto por el art. 33.III de la Ley 2623 y 405 del CPP, toda vez que no se remitieron actuados a la Comisión de Derechos Humanos para que resuelva esta apelación.

Ahora bien, de la compulsas de antecedentes se establece lo siguiente: a) En fecha 28 de mayo de 2007, los mandantes del accionante interpusieron recurso de apelación incidental contra la Resolución 001/2007-2008, reiterando por dos veces consecutivas a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, la remisión de actuaciones a la Comisión de Derechos Humanos, solicitudes que datan de fechas 5 y 13 de julio de 2007; b) En fecha 29 de mayo de 2004, fue recepcionado por la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial el memorial de apelación incidental tal como lo acredita la documental de fs. 53 del anexo 1; c) Las semanas regionales fueron desarrolladas del 1 al 4 de mayo; del 4 al 8 de junio y del 16 al 20 de julio todos del 2007; d) Para el tratamiento de este memorial, la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, suspendió sus sesiones por falta de quórum tres veces; es decir, el de 3 de julio, 11 de julio y 25 de julio de 2007; e) El memorial de amparo constitucional fue presentado en fecha 25 de julio de 2007; f) Por acta 025/2007 de de 3 de agosto, se evidencia la decisión de esta Comisión de remitir el memorial de la apelación incidental presentada por los ahora representados del accionante al Comité del Ministerio Público; g) La sesión de 3 de agosto del citado año, fue debidamente convocada de acuerdo a las normas del Reglamento General de la Cámara de Diputados; y h) La audiencia de amparo constitucional fue realizada el 8 de agosto del mismo año.

En base a estos aspectos y de acuerdo al Fundamento Jurídico III.3.1 de la presente Sentencia, se establece que se cumplió con los pasos procesales establecidos en el art. 33.III de la Ley 2623, toda vez que la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, previamente y antes de remitir antecedentes a la Comisión de Derechos Humanos, dio conocimiento del recurso de apelación incidental al Comité del Ministerio Público y Policía Judicial. En este punto, cabe aclarar que si bien la apelación incidental no fue puesta a conocimiento del Comité del Ministerio Público y Policía Judicial a la fecha de presentación de la acción de amparo constitucional, no es menos cierto que se imprimió el trámite debido antes de la audiencia de amparo constitucional que fue realizada el 8 de agosto del referido año, por tanto, de acuerdo a la línea jurisprudencial sentada en este Tribunal a partir de la SC 1290/2006-R de 12 de diciembre, entendimiento que desarrolla la denominada “teoría del hecho superado”, en la especie, se cumplió con el procedimiento establecido para la sustanciación de este tipo de apelaciones; en efecto, por las documentales cursantes en antecedentes, se evidencia que en fecha 3 de agosto de 2007, se puso en conocimiento el memorial de apelación incidental presentado por los mandantes del accionante al Comité del Ministerio Público y Policía Judicial, siguiendo el

procedimiento establecido por el art. 33. III de la Ley 2623, acto procesal sin el cual, no podría remitirse la apelación incidental interpuesta a la Comisión de Derechos Humanos, por tanto, evidentemente el hecho denunciado como lesivo a los derechos de los ahora representados del accionante, fue superado.

Asimismo, de la compulsa de antecedentes y en coherencia con el Fundamento Jurídico III.3.1, se evidencia que las autoridades demandadas, cumplieron con los requisitos y pasos administrativos previos para la convocatoria a la sesión en la cual se decidió remitir el memorial al Comité del Ministerio Público y Policía Judicial, en ese contexto, la publicidad de toda sesión ordinaria de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, expresamente disciplinada por el art. 72 del Reglamento General de la Cámara de Diputados, hace que la sesión 25ta de esta Comisión y la decisión asumida en fecha 3 de agosto de ese año, es decir, cinco días antes de la audiencia de amparo constitucional, tengan plena validez y por tanto, al haberse cumplido con el trámite para la sustanciación de apelaciones incidentales, antes de desarrollada la audiencia de amparo constitucional, es evidente que en la especie, debe aplicarse la teoría del hecho superado reconocida por este Tribunal a partir de la SC 1290/2006-R de 18 de diciembre, razón por la cual, de acuerdo al mandato inserto en el art. 96.2 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), no puede otorgarse tutela a través del amparo constitucional.

### III.3.2. El control jurisdiccional en los juicios de responsabilidades contra altas autoridades del Poder Judicial

Debe determinarse con claridad que el segundo acto denunciado como lesivo por los accionantes, se refiere a la incompetencia material de los órganos que ejercen el control jurisdiccional en la etapa preparatoria, aspecto que vulneraría el derecho al juez natural, al respecto, debe realizarse las siguientes precisiones de orden jurídico-constitucional:

Para analizar este aspecto, previamente es importante señalar que el debido proceso en su faceta adjetiva, se encuentra integrado por los siguientes compartimentos: a) El juez natural; b) El juicio previo; c) El derecho a la defensa; y, d) El estado de inocencia, entre otros elementos.

El juez natural, constituye una garantía constitucional con incidencia en el campo tanto jurisdiccional como administrativo, cuyo “núcleo duro” está compuesto por tres elementos a saber: la competencia, la imparcialidad y la independencia. Asimismo, esta garantía constitucional genera una prohibición expresa de constituir o establecer tribunales de excepción.

Del contenido esencial de la garantía del juez natural y a la luz del caso concreto, se establece que la competencia tiene una génesis de rango constitucional enraizada en el juez natural, aspecto del cual devienen sus características esenciales, toda vez que la competencia como medida y continente de la potestad administrativa o jurisdiccional es indelegable, invalorable y emana solamente de la ley y la Constitución; entonces, la importancia que reviste este elemento del juez natural en el Estado Social y Democrático de Derecho, hace que el ordenamiento jurídico-constitucional boliviano le conceda un resguardo reforzado frente a actos de quienes usurpen funciones que no les competen, o contra los actos de quienes ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley. A partir de este entendimiento, se puede inferir la teleología y el “núcleo duro” del art. 31 de la Constitución abrogada y 122 de la Constitución vigente.

En el contexto antes citado, se tiene que a partir de la reforma de 1994 a la Constitución de 1967, se crea en Bolivia la justicia constitucional a la cabeza del

Tribunal Constitucional, como último y máximo garante de la Constitución y los Derechos Fundamentales. En ese contexto y de acuerdo al criterio de interpretación constitucional de “unidad constitucional”, se establece que el control de constitucionalidad al margen de su rostro preventivo o reparador, tiene tres brazos operativos de control a saber: El primero referente al control normativo de constitucionalidad; el segundo vinculado al control reforzado de constitucionalidad, referente a la vigilancia y resguardo de Derechos Fundamentales y finalmente, el control competencial de constitucionalidad, a través del cual se protege la garantía de competencia frente a actos lesivos que puedan afectarla.

En este ámbito de control de constitucionalidad vinculado directamente a la competencia, para proteger concretamente la garantía inserta en el art. 31 de la Constitución abrogada y 122 de la vigente, el ordenamiento constitucional, de forma coherente y no aislada o paralela a otros mecanismos de defensa de derechos fundamentales, ha configurado el mecanismo específico de protección para el resguardo a los supuestos de hecho insertos en la normativa referida, que es precisamente el recurso directo de nulidad, desarrollado en el art. 120.6 de la Constitución abrogada y 202.12 de la Constitución vigente.

En esta perspectiva, es imperante detallar los supuestos de hecho previstos en el art. 31 de la Constitución abrogada y en el art. 122 de la Constitución vigente, para luego determinar los actos lesivos contra los cuales procede el recurso directo de nulidad y para diferenciarlo del radio de acción del amparo constitucional.

Por lo expuesto, del contenido de las disposiciones legales precedentemente citadas y de acuerdo a lo establecido por el art. 79 de la LTC, y en virtud al principio de separación de poderes, en mérito del cual el órgano ejecutivo en sus diferentes niveles se encuentra investido de potestad administrativa que deviene de la función administrativa encomendada y considerando que al órgano judicial, se le encomienda la administración de justicia a través de la función jurisdiccional, se colige que debe diferenciarse las esferas tanto administrativa como jurisdiccionales para establecer los alcances de la garantía inserta en el art. 31 de la Constitución abrogada y 122 de la vigente; entonces, se tiene que para la esfera administrativa, es decir, para actos administrativos existen dos supuestos claros para la procedencia del recurso directo de nulidad y la protección por tanto de la competencia: 1) La usurpación de funciones que no estén establecidas por ley; y 2) El ejercicio de potestad, se entiende administrativa, que no emane de la ley, supuestos que son relevantes para el análisis de la problemática planteada.

En la esfera jurisdiccional y en concordancia con el art. 79.II de la LTC, existen también tres supuestos claros que forman el “núcleo esencial” de esta garantía, siendo por tanto nulas las decisiones emitidas por autoridades judiciales en los siguientes supuestos: 1) Resoluciones emitidas en ejercicio de jurisdicción o potestad que no emane de la Ley; 2) Las resoluciones o actos pronunciados por autoridad que usurpe funciones que no le compete; 3) Resoluciones pronunciadas por autoridad jurisdiccional que hubiere cesado en sus funciones.

En mérito a lo señalado, se puede establecer que el antes recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo, es un mecanismo de protección eficaz y pertinente para el resguardo del derecho al debido proceso en todos sus elementos incluido el juez natural, pero, solamente en sus elementos imparcialidad e independencia, en ese sentido, debe precisarse que la protección del tercer componente del juez natural, es decir, el referente a la competencia en cuanto a los supuestos de hecho antes descritos; es decir, usurpación de funciones que no estén establecidas por ley, ejercicio de potestad administrativa que no emane de la ley,

resoluciones judiciales emitidas en ejercicio de jurisdicción que no emane de la ley o pronunciadas por autoridad jurisdiccional suspendida en el ejercicio de sus funciones o que hubieren cesado en las mismas; se encuentran resguardados específicamente por el recurso directo de nulidad.

Las consideraciones antes señaladas, fueron fundamento para que a través de la SC 0099/2010-R de 10 de mayo, se module la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional a partir de la SC 0585/2005-R de 31 de mayo, por tanto, este órgano contralor de constitucional entiende que “De acuerdo a las reglas del principio de interpretación de unidad constitucional, dentro del ordenamiento jurídico constitucional boliviano, el juez natural en su elemento competencia, para todos los supuestos descritos en el art. 31 de la CPE abrg y 122 de la CPE, tiene un mecanismo idóneo, inmediato, eficaz y específico para su protección, que es precisamente el recurso directo de nulidad, constituyendo el amparo constitucional un medio eficaz para reparar lesiones al debido proceso, también en lo referente al juez natural, pero sólo en sus elementos de imparcialidad, independencia. En el marco de lo señalado, debe aclararse que de no asumirse esta postura, se estaría desconociendo la verdadera naturaleza jurídica del recurso directo de nulidad y se crearía confusión en las vías pertinentes para defender la garantía inserta en el art. 31 de la CPEabrg y 122 de la CPE”.

Ahora bien, considerando que el acto denunciado como lesivo se encuentra directamente vinculado a la supuesta incompetencia material de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, por los argumentos expuestos precedentemente, este Tribunal no puede ingresar al análisis de fondo de este aspecto, razón por la cual, en cuanto este acto denunciado como lesivo la tutela debe ser denegada.

### III.3.3. Actos ulteriores a la interposición de apelaciones incidentales planteadas en el desarrollo de un juicio de responsabilidades a altas autoridades del Poder Judicial

Por el contenido del memorial de amparo constitucional cursante de fs. 51 a 58 vta., se establece que los representados del accionante como tercer acto lesivo a sus derechos, denuncian que la notificación a los referidos representados con la Resolución 002/2007-2008, respecto a la aprobación del informe preliminar del Comité del Ministerio Público e imputación formal, fue practicada en forma posterior a la presentación del recurso de apelación incidental, a pesar del efecto suspensivo que el art. 396.I del CPP, otorga a este medio de impugnación. Al respecto, es pertinente realizar el siguiente análisis jurídico-constitucional:

El art. 9 de la Ley 2623, señala que: “Se aplicarán supletoriamente las Disposiciones del Código Penal y Nuevo Código de Procedimiento Penal, en todo lo que no esté regulado por la presente Ley, y no sea contrario a su sentido y finalidad”, en ese contexto, es imperante analizar los mecanismos intraprocesales establecidos por la normativa penal adjetiva para denunciar actividad procesal defectuosa, tarea que será realizada a continuación.

#### III.3.3.1. Mecanismos intraproceso para restituir derechos afectados por actividad procesal defectuosa

Para la problemática concreta, debe establecerse que el Código de Procedimiento Penal, en su art. 54, establece las atribuciones del juez de instrucción en lo penal, entre las cuales, en el inciso 1) se establece que tiene por misión controlar la investigación conforme a las facultades y deberes previstos en esta norma. Por lo tanto, a partir de esta previsión normativa se debe establecer que esta autoridad es el

guardián del respeto a los derechos fundamentales del denunciado, del imputado y de la víctima en la etapa preparatoria, dentro de este alcance, la Ley 2623, equipara la naturaleza orgánica de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial a los roles asignados por el art. 54.1 del CPP, al juez cautelar en procesos penales ordinarios.

Bajo esta perspectiva, debe establecerse que el art. 167 del CPP, disciplina el resguardo normativo frente a la actividad procesal defectuosa, determinando en el art. 168, los supuestos para la corrección de oficio o a petición de parte de actos que puedan ser enmendados. Asimismo, los arts. 169 y 170 del citado Código regulan los supuestos de hecho catalogados como defectos procesales absolutos y relativos. Ahora bien, precisamente para corregir actos procesales defectuosos que puedan afectar derechos fundamentales, los arts. 314 y 315 del mismo Código, disciplinan el procedimiento para la tramitación incidentes por actividad procesal defectuosa, siendo este el mecanismo de defensa expreso, efectivo, idóneo y oportuno para pedir protección de derechos fundamentales afectados en el proceso, mecanismos que deben ser agotados antes de acudir a la tutela constitucional. En este contexto, se establece que los incidentes por actividad procesal defectuosa, regulados por el Código de Procedimiento Penal, son plenamente aplicables al juicio de responsabilidades contra altas autoridades del Poder Judicial y Fiscal General, por cuanto, al ser mecanismos de defensa lo suficientemente idóneos para la protección de derechos, antes de acudir a la vía constitucional, deben ser utilizados por las partes procesales que se crean afectadas con actos procesales defectuosos que pudieran afectar derechos fundamentales.

### III.3.3.2. El amparo constitucional y el principio de subsidiaridad

La acción de amparo constitucional regulada por el art. 19 de la CPE abrg; y los arts. 128 y 129 de la CPE, es un mecanismo procesal de naturaleza constitucional cuyo fin es la protección y resguardo efectivo de derechos fundamentales que no versen sobre derechos protegidos por la acción de libertad, la acción de protección de privacidad, de cumplimiento y acción popular.

La acción de amparo constitucional, tiene en el ordenamiento jurídico boliviano un carácter preventivo y reparador, y opera en casos en los cuales no exista otro remedio judicial eficiente, por tanto, se concluye que esta acción por mandato del art. 19.V de la CPE abrg y 129.I de la Constitución vigente se caracteriza por la vigencia del principio de subsidiariedad, toda vez que este mecanismo no sustituye las otras vías o mecanismos legales que las leyes confieren a los afectados para restituir los derechos fundamentales afectados.

Siguiendo una interpretación bajo el criterio de “unidad constitucional” y a la luz de la problemática concreta, se establece que el principio de subsidiariedad de la acción de amparo constitucional, encuentra sustento en la ingeniería constitucional establecida por el constituyente para el órgano judicial, en ese contexto, la jurisdicción ordinaria tiene la finalidad de administrar justicia al amparo del principio de unidad jurisdiccional plasmado en el art. 179.I de la CPE, función que también ha sido encomendada al órgano legislativo para los juicios de responsabilidades contra altas autoridades del Poder Judicial y Fiscal General; por su parte, la justicia constitucional, tiene como misión garantizar el respeto a la Constitución Política del Estado y la vigencia plena de los Derechos Fundamentales. Lo expresado precedentemente, implica que la justicia ordinaria resuelve conflictos con relevancia social y garantiza así la tan ansiada paz social; asimismo, la justicia constitucional en relación a la primera, es garante de los derechos fundamentales cuando éstos han sido vulnerados en sede judicial ordinaria o en la sustanciación de juicios especiales de responsabilidad contra altas autoridades

del Poder Judicial y Fiscal General. El postulado antes señalado tiene gran preponderancia ya que el juez o tribunal ordinario, no es solamente garante de la legalidad, sino que en su función de administrador de justicia, es también garante de derechos fundamentales, por tal razón, solamente en caso de incumplir este rol, puede operar la tutela constitucional, ya que de lo contrario y de no agotarse todos los medios procesales para el resguardo de los mismos en sede jurisdiccional, se tendrían justicias con roles paralelos equivocando así el verdadero sentido de la justicia constitucional y ocasionándose incoherencias jurídicas que afecten los cimientos propios de la justicia ordinaria y constitucional.

#### III.3.3.3. Análisis del tercer acto denunciado como lesivo a los derechos de los representados del accionante

Si bien se denuncia que la notificación a los accionantes con la Resolución 002/2007-2008, respecto a la aprobación del informe preliminar del Comité del Ministerio Público e imputación formal, fue practicada en forma posterior a la presentación del recurso de apelación incidental, de la compulsión de antecedentes, se evidencia que los representados del accionante, no utilizaron el incidente de actividad procesal defectuosa, por tanto, en coherencia con los Fundamentos Jurídicos III.3.3.1 y III.3.3.2, no puede operar el control de constitucionalidad a través de la acción de amparo en relación a este acto denunciado como lesivo, ya que éstos, no agotaron los mecanismos intraprocesales establecidos para la restitución de posibles afectaciones a derechos fundamentales.

#### III.4. Actuación del Tribunal de garantías

Considerando que por los argumentos expuestos en la presente Sentencia, se ha establecido que las autoridades demandadas han cumplido con el trámite establecido en el art. 33 de la Ley 2623 y tomando en cuenta que en cuanto a los otros dos actos denunciados como lesivos no puede ingresarse al análisis de fondo de los mismos, se evidencia que al haberse concedido en su totalidad la tutela, el Tribunal de garantías, compulsó y evaluó erróneamente la presente causa.

#### POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confieren los arts. 4 y 6 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público; 7 inc. 8) y 102.V de la LTC, en revisión, resuelve REVOCAR la Resolución 027/07 de 8 de agosto de 2007, cursante de fs. 221 a 223, pronunciada por la Sala Social y Administrativa Primera de la Corte Superior de Distrito Judicial de La Paz; y en consecuencia DENIEGA la tutela solicitada.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No interviene el Magistrado, Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés, por ser de voto disidente.

Fdo. Dr. Juan Lanchipa Ponce

MAGISTRADO

Fdo. Dr. Abigael Burgoa Ordóñez

DECANO

Fdo. Dr. Ernesto Félix Mur

MAGISTRADO

Fdo. Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños

MAGISTRADA

## Chile

### **Reducción de penas. Abuso sexual y producción de material pornográfico infantil –relación de medio a fin-. Principio de proporcionalidad, exclusión de prueba ilícita.**

**SÍNTESIS JURÍDICA:** Corte Suprema acoge un recurso de nulidad presentado por la defensa penal pública, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo, reduciendo en forma importante las penas impuestas por la sentencia impugnada. Las causales invocadas por intermedio de este arbitrio fueron las del 373 a), 374 f) y 373 b), todas del Código Procesal Penal (CPP), siendo finalmente acogida la del 373 b), por errónea aplicación del derecho, estimándose que entre la figura del abuso sexual y producción de material pornográfico infantil existe una relación de medio a fin, en términos tales, que de no haberse cometido el delito de abuso sexual, no habría prosperado el segundo delito. También aplica la regla de reiteración del artículo 351 del CPP respecto de uno de los acusados, a quien se le atribuyó la comisión de tres hechos de abusos sexuales cometidos en contra de la misma víctima. En relación al primer motivo de nulidad del recurso, si bien fue desestimado, se reconoce en el fallo el principio de proporcionalidad como un límite a la regla de exclusión de prueba ilícita, en aquellos casos que entran en pugna dos garantías constitucionales, encontrando su máxima aplicación a favor del mismo acusado. También se mencionan como excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita los casos de descubrimiento inminente, la buena fe o la fuente independiente.

**SÍNTESIS DE HECHOS:** Ambos imputados son acusados de haber cometido abusos en contra de la menor de iniciales C.D.P.Y., consistentes en tocaciones de connotación sexual mientras ésta dormía, situación que era filmada por uno de ellos, a quien en ocasiones se le ve igualmente efectuando tocaciones del mismo carácter a la víctima. A la acusada se le condena a penas de 7 años y 183 días por los abusos reiterados y a 4 años y 1 día por el de producción de material pornográfico infantil. Al acusado, por su parte, se le condenó a dos penas de 3 años y 1 día, por los mismos delitos. Acogido el recurso, las penas fueron rebajadas.

**Santiago, once de mayo de dos mil once.**

#### **Vistos:**

El Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de 15 de marzo de 2011, condenó a S.M.Y.Y. como autora de delito reiterado de abuso sexual a su hija C.D.P.Y., cometido en el transcurso del año 2007, a la pena única de siete años y ciento ochenta y tres días de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos. Se la condenó, además, a sufrir la pena de cuatro años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autora del delito consumado de producción de material pornográfico infantil, cometido en la persona de la misma víctima y durante el mismo periodo de tiempo.

Se le privó también de la patria potestad y demás derechos respecto de la persona o bienes de la ofendida, sus ascendientes o descendientes e interdicción para ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley señala, además de quedar sujeta a la vigilancia de la autoridad por los 10 años siguientes al cumplimiento de la pena principal.

En esa misma sentencia se condenó también al acusado S.S.A.S., como autor del delito de abuso sexual respecto de la misma menor antes señalada por sus iniciales, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a otra sanción de la misma entidad (tres años y un día) por el delito de producción de material pornográfico infantil, respecto de la misma menor.

La defensa de los acusados ha deducido recurso de nulidad contra la sentencia antes referida, el que se ordenó conocer por resolución de fs. 45, fijándose la audiencia del día 21 de abril pasado para su vista e incorporándose a fs. 51 el acta que da cuenta de haberse realizado aquélla.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la defensa ha invocado como causal principal en el recurso de nulidad interpuesto, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, la que fundamenta en el hecho que –según relata- constaría en el considerando quinto de la sentencia que la prueba obtenida por el Ministerio Público, de acuerdo a los dichos de la propia víctima, fue hallada por ella entre unas cosas en la pieza de la pareja de su madre – mientras buscaba un video de las vacaciones- ocasión en que se encontró con uno donde aparecía ella dormida, mientras su madre la desnudaba y le hacía tocaciones en sus pechos y zona genital. Le exhibió la cinta a su pololo, el que luego se negó a devolvérsela. Después de un año y a consecuencia de disputas que la niña tuvo con su madre, se fue a casa de su tía abuela de nombre Cecilia a quien, además de contarle lo ocurrido en ese momento, le contó de aquella cinta, que su pololo fue a buscar y le exhibieron. Al día siguiente esa pariente fue a poner una denuncia a la Policía de Investigaciones y llevó la cinta.

Acusa infracción al artículo 19 Nos. 4 y 5, “sobre derecho a la propiedad e inviolabilidad del hogar, respectivamente, en relación con el inciso 4º del número 3 del artículo 19, sobre debido proceso legal”, todos de la Constitución Política, por no haberse excluido del auto de apertura y luego valorado prueba que fue obtenida con inobservancia de garantías constitucionales, y que corresponde al video VHS donde consta la grabación que sustenta la acusación. El Tribunal rechazó la petición de la defensa porque fue la propia víctima quien encontró la cinta y lo hizo en un lugar que era abierto para ella donde el mismo acusado le permitía entrar, donde se la cuidaba y alimentaba. Asimismo, el hallazgo fue accidental y de buena fe.

Sin embargo, la defensa considera insostenible ese argumento, porque iría contra las máximas de experiencia, ya que no por ser pareja de la madre y por ello, al ser la hija de aquélla, tener libre acceso a su domicilio, tendría también derecho a sacar cosas sin su voluntad. No tiene valor, en su concepto, que el hallazgo fuera accidental o de buena fe, porque son precisamente esas circunstancias las que resultan “accidentales”.

Agrega que no puede esgrimirse que no hay infracción a su intimidad porque el video da cuenta de imágenes que afectan la intimidad de la misma menor, puesto que éste fue encontrado en el lugar que resulta ser más íntimo para un ser humano, su propio dormitorio, de modo que el juez sólo examinó la intimidad respecto de una parte, no de ambas. Deben aplicarse los artículos 9, 205, 206, 217 y 220 del Código Procesal Penal. Quien se encuentra obligado a respetar la intimidad de una persona es el órgano persecutor y el tribunal, que deben someter su actuar a lo prevenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política. Cita rol 1836-2007 de esta Corte en el sentido que la prueba ilícita puede ser obtenida por particulares y procede aplicarle la teoría de los frutos del árbol envenenado en cuanto a la prueba derivada de la originalmente mal habida. De no haberse permitido la prueba del video, no se habría obtenido tampoco la demás y no existiría, por ende, condena.

**SEGUNDO:** Que la parte recurrente ofreció prueba de audio para demostrar la preparación de la causal principal, cuyos fundamentos arriba fueron descritos. Sin embargo, con acuerdo del representante del Ministerio Público que concurrió a estrados, manifestaron estar de acuerdo en que dicha causal efectivamente había sido preparada en los términos que exige el legislador, dando por demostrado el presupuesto de hecho de esa circunstancia, lo que será estimado entonces, como una convención probatoria por este tribunal.

En virtud de dicho acuerdo, la defensa se desistió de la prueba de audio que había ofrecido por ser innecesaria.

**TERCERO:** Que antes de revisar los fundamentos de la causal principal, resulta necesario destacar que, como la defensa reconoció en estrados, la menor ofendida no vive bajo el mismo techo del condenado A.S., quien aún cuando es pareja de su madre, no mantendría convivencia o cohabitación o no la tenían, al menos, cuando se produjo el hecho que reclama la defensa y que consiste en el hallazgo del video incriminatorio. Asimismo, la defensa aceptó que la menor concurrió al domicilio del referido A. y entró en su dormitorio buscando un video de unas vacaciones y que se llevó el que resultó ser, posteriormente, evidencia en el juicio, sin revisarlo previamente, sino que lo habría visto en su casa. Tal aserto aparece descrito de la misma manera en la síntesis que hace el tribunal de la declaración de la menor ofendida en el razonamiento quinto de la sentencia impugnada, donde se afirma que la niña...” encontró mientras buscaba unos videos de unas vacaciones familiares una cinta que se llevó a su casa y al verla constató que...”.

Además, fue descrito por ambas partes en la audiencia, que la menor no entró usando de fuerza u otro medio no idóneo al domicilio del acusado A., sino que lo hizo autorizado por la madre de aquél, sin que se haya rendido prueba por la defensa en el sentido que se le prohibió acceder al dormitorio o sacar algo de ese lugar o de cualquiera otro, en circunstancias que la autorización realizada o tácita no aparece contraria a las reglas de la experiencia, si se trata de videos que incluían a la familia, donde la menor aparecería junto a su madre y, aparentemente, junto a quien era pareja de esta última, lo que explicaría el motivo por el cual era él quien guardaba las cintas en cuestión. De otro modo no se explica por qué esta última circunstancia, si se trataba de videos familiares, sin que nadie haya alegado lo que es evidente y natural en estas situaciones, que cualquier miembro de la familia puede ver y disfrutar las fotografías o videos de las vacaciones familiares.

**CUARTO:** Que tampoco debe perderse de vista que la menor no examinó la cinta con la evidencia incriminatoria en la misma casa del acusado, sino que de manera inocente la sacó desde la esfera de resguardo donde se encontraba –creyendo que contenía archivos de la época estival- y los examinó recién en su propio domicilio que fue el lugar donde se encontró con que no era lo que ella buscaba, sino que muy por el contrario, tomó conocimiento de que había sido abusada por su propia madre y con la concurrencia de A. ¿Se esperaba entonces que fuera a devolver el video al lugar donde lo había encontrado?. La respuesta afirmativa a esa interrogante resultaría francamente absurda. De modo que cuando los jueces del tribunal oral concluyeron que el hallazgo del video por la niña y el hecho que ella lo sacara del domicilio del acusado no constituyen la violación de garantías que se pretende, sino que es efectivo que ella actuó de buena fe.

**QUINTO:** Que como ya se ha resuelto con anterioridad por este tribunal, “...el proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho y en esta tarea, las prohibiciones de prueba, ligadas al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales, juegan un rol de gran importancia; ello no significa que deba llegarse al extremo de eliminar toda posibilidad de afectación de los derechos de las personas, toda vez que “una adecuada administración de justicia

penal no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención” en los derechos de la persona del inculpado o de terceros; no se trata de equiparar la juridicidad a una prohibición genérica y absoluta de este tipo de facultades, sino de establecer una regulación que las limite a los casos y a la medida en que sean realmente indispensables. (“La prueba en el proceso penal”, Jorge Bofill G., Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XCI, Nro. 1, Enero- Abril 1994, p. 28). Rol N° 1741-10.

En nuestro Código Procesal Penal no se establecen expresas normas sobre este tema, pero parece necesario tener presente que el principio de la proscripción de la prueba ilícita reconoce limitaciones y para ello valga tener en cuenta, como punto de partida, que nuestro legislador señala en el artículo 276 del Código Procesal Penal, que el juez “excluirá las pruebas... que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”, sin embargo, de no hacerlo, la defensa no tiene derecho a impugnar por la vía del recurso de apelación, por lo que debe aguardar al recurso de nulidad el que no prosperará si no ha manifestado sus protestas oportunamente y en todas las instancias, de lo que vale concluir que la infracción de una garantía constitucional ha quedado supeditada al cumplimiento de las exigencias procesales de preparación.

En derecho comparado también se han ido aceptando diversas excepciones al principio de exclusión de prueba ilícita, con diferentes fundamentos.

Para corregir posibles distorsiones que puede producir una postura demasiado rígida, aunque se ha reservado para casos graves, se ha desarrollado el principio de la proporcionalidad que ha sido aceptado en tribunales alemanes, en casos excepcionales y muy graves, tratando de encontrar un punto de equilibrio entre dos garantías constitucionales que resultan afectadas, lo que ha tenido su máxima aplicación a favor del mismo acusado, cuando es aquél quien resulta favorecido con el reconocimiento de una prueba ilícita. Pugna, entonces, la garantía afectada al obtener la prueba de descargo con el derecho a defensa y es posible, en ciertos casos, ceder a favor de esta última. Se fundamenta como la existencia de una legítima defensa (al obtener ilícitamente la prueba) lo que excluye la antijuridicidad de su conducta.

Otras excepciones que han sido elaboradas y aplicadas tanto en los EEUU como en Latinoamérica, corresponden a excepciones incluso derivadas de la posibilidad de contaminación de la prueba inicial y que proceden no necesariamente a favor del acusado, sino que en su contra, tales son, por ejemplo, los casos denominados del descubrimiento inminente, la buena fe o la fuente independiente.

Lo que aparece claro es que la existencia de una prueba ilícita no significa directa e inmediatamente la nulidad de una actuación, sino que es preciso traspasar primero, el cedazo de la preparación y, luego, el de la trascendencia que el legislador nacional impuso en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, sin descuidar tampoco el sistema de valoración probatorio y la disposición constitucional del artículo 19 N° 26 que impone a todos los ciudadanos la obligación de “tolerar” ciertas restricciones en sus derechos, en tanto no se vulnere el núcleo esencial del mismo.

**SEXTO:** Que en el caso concreto, la descripción fáctica que se ha hecho sobre la forma en que procedió la víctima de autos, tomando conocimiento de su calidad de tal después incluso de haber sacado el controvertido video desde la casa del acusado Araya, no corresponde desde ningún punto de vista a una violación a los Nos. 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política, como aduce la defensa en relación al derecho a la propiedad e inviolabilidad del hogar, respectivamente, en relación con el inciso 4º del número 3 del artículo 19, sobre debido proceso legal, desde que, como ya se dijo, la menor tenía franqueado el acceso al domicilio del acusado y en aquél, a su dormitorio y, en particular resulta natural y consistente con las reglas de la experiencia, que pudiera buscar un video que aquél tenía sobre vacaciones familiares y que, como tales, han sido aceptadas por la defensa y que eran guardadas por el acusado.

De otra parte, aún en el caso de estimarse que la incorporación del video hubiera sido ilícito, que no es el caso según se concluyó, igual se trataría de prueba

admisible en juicio, porque el obrar de la niña se ajusta a un “encuentro casual” y a un proceder de buena fe, ya que la menor, como se ha repetido incansablemente, no entró al domicilio del acusado ni afectó su intimidad buscando algo para perjudicarlo, sino que unos simples videos familiares, de modo que actuó siempre de buena fe, al punto que se llevó las cintas sin siquiera revisarlas y cuando tomó conocimiento de su contenido, no fue capaz de actuar frente al delito del que entonces supo había sido víctima, porque se encontraba embarazada y no quiso hacer nada que pudiera afectar el normal desarrollo de su criatura. No actuó entonces movida por animosidad alguna contra al acusado cuando entró en su dormitorio y abrió su velador, se movió siempre de buena fe y ese desempeño constituye una excepción reconocida en el derecho comparado a la exclusión de la prueba ilícita.

**SÉPTIMO:** Que en virtud de lo razonado se rechazará la petición de invalidación de la sentencia y el juicio que se ha formulado a través de la causal principal.

**OCTAVO:** Que, en forma subsidiaria, la defensa invocó la causal de la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, asilada en el hecho que de acuerdo a la acusación, los delitos se producen entre los meses de abril y julio de 2007. Sin embargo, el perito Sr. Jean Paul Ducret del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones, señaló que en una de las últimas escenas del video, claramente se escucha un programa de televisión en el que se expresó la fecha: 8 de noviembre de 2007. Sin embargo, esa imprecisión fue descartada en la sentencia porque se estimó que el principio de congruencia “no tiene por objeto precisar los detalles de un suceso causal con precisión histórica y total exactitud, sino que erigirse en una función cautelar para garantizar el correcto ejercicio del derecho a defensa, sin que ésta pueda verse sorprendida imprevistamente en el juicio por hechos distintos a los que fueron objeto de incriminación...”. Sin embargo, aduce el recurrente, la función cautelar del principio de congruencia impide agregar un hecho que está fuera del alcance temporal por el que se fue acusado, sobre todo considerando que la prueba estaba en poder del Ministerio Público antes de formular la acusación.

La tesis del tribunal conduce a la inseguridad e incerteza jurídica porque implica que la defensa podría ser sorprendida en el juicio con hechos también distintos a los que fueron objeto de incriminación.

**NOVENO:** Que el artículo 341 del código del ramo prescribe que “La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.”

En el caso concreto, se expresó en la acusación que los hechos de abuso sexual y de producción de material pornográfico infantil, se habían producido entre los meses de abril y julio de 2007; en tanto que el hecho que el tribunal tuvo por demostrado se verificó “en el año 2007”.

La defensa sostiene que el principio de congruencia impide agregar un hecho que está fuera del alcance temporal por el que se fue acusado, pero en el caso concreto no se ha agregado un hecho, a pesar de existir el yerro en el periodo de tiempo señalado en la acusación, o más precisamente, a pesar de haberse señalado un lapso mayor al de la acusación en la sentencia y ello es así por cuanto los abusos sexuales que se atribuyeron a los acusados estaban grabados en una cinta de video a la cual tuvieron acceso y sabían con toda precisión el contexto físico y, por ende, el lugar o casa habitación donde estaban cuando se cometieron y que aparecía en el video la menor y su madre y en uno de ellos la mano del acusado A. quien, en todos los casos, grababa lo que la mujer adulta hacía sobre el cuerpo de la niña. No se incorporó un hecho nuevo, lo que ocurrió fue que producto de la investigación, un perito logró hacer audible un programa que se había registrado de fondo, pero ello no altera el contexto general y las circunstancias concretas de la acusación.

No habría ocurrido lo mismo si no existiera el video. Probablemente el contexto temporal habría resultado ser mucho más relevante para efectos de determinar la defensa, como por ejemplo si el acusado pudiera probar que estaba fuera del país en el periodo que se le imputa la comisión de un delito determinado. En tal caso el espacio de tiempo en que se dice haberse cometido el hecho resulta fundamental para la defensa. Pero no es ese el caso en esta situación concreta, por el simple hecho de existir un video que reproduce íntegra una situación determinada de la cual –salvo denunciar falsificación o manipulación- no es posible extraer a quien en él aparece efectivamente.

Por las razones señaladas, se rechazará también esta primera causal subsidiaria.

**DÉCIMO:** Que en subsidio de las dos causales ya analizadas, la defensa de ambos condenados esgrimió la contenida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, porque en el motivo 6° de la sentencia impugnada se ha hecho una errónea interpretación del derecho en lo que se refiere a la pluralidad o concurso de delitos, porque el abuso sexual es un delito necesario para la configuración de la producción de material pornográfico infantil del artículo 366 quinquies del Código Penal. Existe un concurso aparente, o bien, un concurso ideal.

Será concurso aparente si el desvalor de injusto del abuso se encuentra comprendido en el del injusto de la producción de material pornográfico. Para ello sería preciso aceptar que el bien jurídico protegido en ambos casos es el mismo: la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Cita a Cox Leixerand, Molina Cantillana y Bascuñán Rodríguez con una visión moralizante del bien jurídico y aplica la teoría de la absorción, donde el desvalor del abuso quedaría comprendido en el de la producción de material pornográfico. Por otra parte, cita a Politoff, Matus y Ramírez y dice que para ellos, quien produce el material pornográfico sólo agota el delito previo de abuso, “sólo representa una intensificación del hecho punible ya consumado, razón por la cual este segundo acto no sería punible independientemente y quedaría consumido por el hecho precedente”.

Será, en cambio, concurso ideal, si se pretende que ambos injustos protegen bienes jurídicos diferentes y, entonces, la solución la da el legislador en el artículo 75 del Código Penal. En estricto rigor, se trata de un concurso real. Un solo hecho constituye dos o más delitos. En el caso concreto: grabar con una filmadora las acciones de abuso, si bien son separables en dos acciones, ambas constituyen un solo hecho.

En la sentencia se aduce que no se infringe el principio del *non bis in idem* porque se trata de dos acciones que afectan dos bienes jurídicos diversos: la libertad sexual, en el delito de abuso; y, la integridad sexual, en el delito de producción de material pornográfico. Pero al expresar esto, los jueces no han considerado las distinciones antes vertidas por el recurrente.

Agrega en esta parte, que la acusada Yáñez fue condenada como autora de delito reiterado, en circunstancias que se trata de un delito continuado. Cita a los profesores Cury y Rodríguez Collao.

Pide que para el caso de aceptarse esta última causal subsidiaria y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se invalide sólo la sentencia y se dicte una de reemplazo que califique el hecho como delito continuado de abuso sexual y se condene a Yáñez a 4 años y a Araya a 3 años y un día, otorgándoseles el beneficio de libertad vigilada.

**UNDÉCIMO:** Que en estos antecedentes se han tenido por demostrados dos ilícitos diferentes, por un lado, el abuso sexual de que fue objeto la menor tanto por su madre (en tres ocasiones) y del conviviente de aquélla (en una oportunidad) y que consistían en tocaciones en su cuerpo, senos y genitales e incluso en introducir la acusada sus dedos en la vagina o el ano de la niña.

Y, por otra parte está la producción de material pornográfico que consistió en la grabación de estos mismos actos.

Sólo en uno de los casos concurrió a los abusos el filmador, que era A., ayudando a desnudar a la víctima para proceder con su actividad posterior, pero en general mientras la madre “actuaba” para la filmación y abusaba de su hija, A. filmaba.

No se advierte entonces, que se trate de un solo hecho o una sola acción que pueda recibir diferentes calificaciones. La mujer está haciendo dos cosas, actúa un video y abusa de su hija menor, estando de acuerdo con Araya para grabarlo, mientras este último desarrolla una sola acción, produce el material pornográfico, con acuerdo de la mujer.

No hay concurso aparente, porque hay dos acciones diferentes claramente delimitadas, tanto en el proceder del hombre respecto de la mujer, como en el de ésta, que está quebrantando de una sola vez dos bienes jurídicos protegidos por el sistema legal respecto de su hija: su indemnidad sexual y su integridad sexual y, la primera, con las agravantes de hacerlo encontrándose la chica privada de sentido y encontrándose la acusada a cargo de su cuidado.

Sin embargo, sí existe entre ambas conductas una relación de medio a fin, en el sentido que de suprimirse una de las acciones, no podría cumplirse efectivamente la otra. Suprimidos los abusos, no era posible proceder con la producción del material pornográfico infantil, sino que sólo habría existido la grabación de una menor dormida o inconsciente, lo que no aparece relevante para el derecho penal. En este sentido, aparece efectiva la protesta de la defensa, verificándose en la especie la situación del artículo 75 del Código Penal, que en su inciso final ordena sancionar sólo el delito más grave.

**DUODÉCIMO:** Que por haberse cometido, en consecuencia, una infracción de derecho con influencia sustancial en la decisión, desde que ha significado la imposición de una pena mayor a la que correspondía en el caso concreto, situación de aquellas descritas en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se invalidará solamente la sentencia pronunciada en estos antecedentes y se dictará sentencia de reemplazo.

Y, visto, además, lo dispuesto en los artículos 383 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge el recurso de nulidad** deducido en lo principal de fs. 27 de este legajo por la defensa de S.S.A.S. y S.M.Y.Y., sólo respecto de la segunda causal deducida en forma subsidiaria, rechazándose las demás y, en consecuencia, **se invalida solo la sentencia** de quince de marzo de dos mil once, escrita en copia a fs. 1 y siguientes de este expediente y que corresponde a los autos RUC 0900663872-1 y RIT 140-2010 del Quinto Tribunal Oral de Santiago, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, pero en forma separada y sin nueva vista.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez no acepta la referencia que en el acápite penúltimo del fundamento undécimo se hace a la agravante del abuso sexual “de hacerlo encontrándose la chica privada de sentido” porque esta circunstancia es elemento del delito, de conformidad con lo prevenido en los artículos 366, inciso primero, en concordancia con el artículo 361, N° 2, por lo que rige a su respecto el artículo 63, inciso primero, todos del Código Penal.

Se previene que el abogado integrante Sr. Pozo concurre a la decisión de acoger el recurso de la defensa por la causal e infracción de derecho del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pero por motivos diversos a los expresados en el fallo, lo que se explica en su prevención de la sentencia de reemplazo.

Regístrese.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch.

**Rol N° 2576-11.**

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Nelson Pozo S. y Domingo Hernández E.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a once de mayo de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

## **SENTENCIA DE REEMPLAZO**

De conformidad a lo ordenado en sentencia que antecede y a lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se pronuncia la siguiente sentencia de reemplazo.

Santiago, once de mayo de dos mil once.

### **Vistos:**

Se reproducen los motivos primero a décimo de la sentencia anulada con esta misma fecha y que es de quince de marzo de dos mil once, cuya copia se incorporó a fs. 1 y siguientes de este legajo.

### **Y se tiene, además, presente:**

1° Que sin perjuicio de lo que se razonó en el fallo que se ha reproducido en el sentido que los delitos de abuso sexual y de producción de material pornográfico infantil constituyen dos ilícitos diferentes y que amparan dos bienes jurídicos también distintos, a la hora de aplicar la sanción a los acusados se hace preciso reconocer que existe entre los abusos y la grabación una relación de medio a fin, en términos tales que de no haberse cometido el delito de abuso, no habría prosperado el segundo ilícito, puesto que la sola grabación de una menor de edad dormida o inconsciente no constituía el injusto por el que se formuló la acusación.

Esa hipótesis está reglamentada en el artículo 75 del Código Penal y ordena imponer la pena mayor asignada al delito más grave.

2° Que el inciso primero del artículo 366 del Código Penal establece para el delito de abuso sexual verificado en la especie, la pena de presidio menor en su grado máximo, en tanto que el artículo 366 quinquies de ese código señala la misma sanción para quien interviene en la producción de material pornográfico infantil.

En el caso concreto, se aplicará la pena correspondiente al ilícito de abuso sexual que es el medio para la comisión del segundo ilícito.

La acusada Y. ha resultado ser autora de tres delitos de abuso sexual en perjuicio de su hija, de modo que se trata de un delito reiterado y le afecta la disposición del artículo 368 del Código Penal, beneficiándola por otra parte, la atenuante de su irreprochable conducta anterior.

El artículo 368 mencionado ordena que se imponga la pena con exclusión de su mitad inferior y, favoreciéndole una atenuante, será precisamente el mínimo de ese tramo la pena que se le aplicará. Por último, por tratarse de delito reiterado y resultándole más favorable la disposición del artículo 351 del Código Procesal Penal, se aumentará la pena en un grado por la reiteración, quedando en definitiva en presidio mayor en su grado mínimo.

Por su parte, al acusado A.S. ha resultado responsable de un delito de abuso sexual y del delito consumado de material pornográfico infantil. Por aplicación de la disposición del artículo 75 inciso final del Código Penal, según lo antes razonado,

corresponde aplicarle una pena de presidio menor en su grado máximo y favoreciéndole la atenuante de su irreprochable conducta anterior, corresponde aplicarla en su *mínimum*.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 21, 28, 29, 31, 50, 67,75, 366, 366 quinquies, 368, 370 bis, 372, 374 bis del Código Penal; artículos 295, 297, 314, 325, 340, 342, 344, 346, 348 y 351 del Código Procesal Penal; 600 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 15 y 17 de la ley 18.216, se declara que:

**Se condena a S.M.Y.Y.**, ya individualizada, a sufrir la pena única de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, en su calidad de autora del delito reiterado de abuso sexual en grado de consumado y el delito de producción de material pornográfico infantil, cometidos en el curso del año 2007, en perjuicio de su hija menor de iniciales C.D.P.Y..

Por la extensión de la pena impuesta, no se le otorga ninguno de los beneficios que contempla la ley 18.216.

Se priva a la acusada de la patria potestad respecto de la víctima, si la tuviere, o se la inhabilita para obtenerla si careciera de ella y, además, se le priva de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confirieren respecto de la persona o bienes de la ofendida, de sus ascendientes y descendientes. También, se le condena a la pena de interdicción de ejercer la guarda y ser oída como pariente en los casos que la ley designa y a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal.

**Se condena, asimismo, a S.S.A.S.**, ya individualizado, a la pena única de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor de los delitos de abuso sexual en grado de consumado y de producción de material pornográfico infantil, cometidos en el curso del año 2007, en la persona y en perjuicio de la menor de iniciales C.D.P.Y..

Por concurrir respecto de este último, los requisitos del artículo 15 de la ley 18.216, se le concede el beneficio de la libertad vigilada, quedando sometido a la fiscalización de la autoridad administrativa por el lapso de cinco años, debiendo dar cumplimiento a las demás exigencias que le impone el artículo 17 de esa misma ley y su reglamento.

**Se absuelve** a S.M.Y.Y. y a S.S.A.S. de la acusación que se les formuló como autores del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, sin condena en costas al Ministerio Público, por considerar que ha obrado con motivo plausible.

Que, en lo formal, se reproduce y mantiene la decisión del tribunal oral de declarar exento de legitimación activa al querellante representado por el abogado Sr. R.C.J., lo que condujo a prescindir de su actividad probatoria.

Se decreta el comiso de la evidencia material incorporada al juicio, especialmente de los NUES 645406 y 645394.

Ejecutoriada la sentencia, incorpórese la huella genética de ambos acusados al registro de condenados, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 19.970.

Se mantiene la orden dada por el Tribunal a su Unidad de Causas en relación al estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 20.285 y Acta 72 2009 de esta Corte Suprema, en relación a la publicidad de la sentencia e identificación de la víctima con reserva de identidad.

Devuélvase la prueba incorporada por las partes y, en su oportunidad, dese cumplimiento al artículo 113 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales y 468

del Código Procesal Penal. Remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía competente para el cumplimiento y ejecución.

**Se previene** que el **Abogado Integrante don Nelson Pozo Silva**, fue de parecer que en el caso de autos nos encontramos en presencia de una pluralidad de conductas en distintos contextos temporales, además en concurrencia de delitos sexuales, razón por la cual corresponde en la especie tener en consideración los siguientes fundamentos:

1°.- Que en primer término, la pluralidad de conductas en delitos sexuales en distintos contextos temporales, esto es la denominada reiteración, debe analizarse al tenor de la actual redacción de la figura delictiva de abuso sexual, donde la pluralidad de conductas, sin ser necesaria es natural al abuso sexual, tal como al igual una lesión puede inferirse a través de un solo golpe, como también a través de una secuencia de ellos. Es así que el propio texto legal reconoce en el delito de abusos sexuales impropios, que castiga a quién “sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, **realizarse acciones de significación sexual...**”. Este mismo argumento resulta perfectamente aplicable al delito de abuso sexual propio.

2°.- Que en consecuencia en el caso típico de los abusos sexuales, la pluralidad de conductas sobre un mismo sujeto pasivo, sin solución de continuidad entre las conductas, mantiene la unidad del hecho delictivo, tal como sucede, por ejemplo con los delitos de estupro y violación.

3°.- Que la figura del delito continuado, si bien no está consagrada en el derecho positivo chileno, es acogida tanto por la doctrina y la jurisprudencia (La Corte Suprema la acepta por primera vez en el año 1966, según señala Alfredo Etcheverry: Derecho Penal en la Jurisprudencia, Tomo II, págs. 78, 80-82, 84 y 85.).

Nacida históricamente a partir de los delitos contra los valores patrimoniales, ve ampliada su esfera de aplicación la noción de delito continuado, cuando tal como afirma Arroyos De Las Heras, “la tendencia actual es la de dotar al delito continuado de un ámbito cada vez mayor, así en los delitos contra el honor, estupro, abuso deshonesto (hoy abusos sexuales), robo con fuerza en las cosas, falsedades, etc.”, citado por Alfonso Arroyos De Las Heras en “Manual de Derecho Penal. El Delito”, Tomo II, Pamplona, Aranzadi, 1985, pág.798.

4°.- Que la figura del delito continuado sólo puede aplicarse en cuanto beneficie al delincuente tal como acontece en la especie, debido a la carencia de normas jurídicas que la consagre, fundado en la unidad jurídica del hecho delictivo fruto de una creación del derecho consuetudinario (Maurach (1962), p. 429; Mezger (1985), p. 339; Cury (1998), II, p. 266, citado por Marco Antonio Mercado Gómez, Problemas Concursales y Delito Continuado en los Delitos que Protegen la Libertad Sexual, Edit. Lexis Nexis, 2003, pág. 35).

5°.- Que siendo los elementos del delito continuado la pluralidad de acciones, la unidad de la norma jurídica violada, el transcurso de un cierto lapso de tiempo entre la ejecución de cada acción, sumado al elemento subjetivo, la unidad de dolo o designio criminal, lo que algunos denominan dolo conjunto, o continuidad entre las diversas resoluciones, estos coinciden plenamente con las conductas desplegadas por la acusada S.M.Y.Y. en relación al delito de abuso sexual indagado en autos.

6°.- Que en este mismo sentido el fundamento de la actuación bajo el denominado dolo global, es entendido por Mir Puig como aquél donde “la repetición o progresión aumenta sólo cuantitativamente la gravedad objetiva del hecho y no varía la situación

motivacional del autor” (Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Editorial PPU, 1990, p.724).

7°.- Que, además, el sujeto activo requiere un trato más benévolo, ya que su actuación denota una menor reprochabilidad: el desvalor de acción justifica la valoración unitaria de las conductas delictivas ejecutadas, considerando que la diversidad de acciones es reflejo de una voluntad débil, la cual sucumbe ante análogas circunstancias motivadoras, ello fundamenta el tratamiento benévolo del delito continuado y coincide con la interpretación de éste a la luz del principio de legalidad.

8°.- Que en el mismo sentido razona Cury cuando señala que la libertad sexual es bien jurídico eminentemente personal, por lo tanto, es necesario fundar, además, el delito continuado en un menor desvalor del resultado delictivo, esto es, que la lesión del bien jurídico no requiera más que una valoración unitaria. La clave, entonces, está en la valoración del injusto típico (Enrique Cury: Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pág. 269.).

9°.- Que por su parte Mario Garrido Montt precisa que “Se acepta, sin embargo, que puede existir continuidad en atentados en contra de bienes personales cuando su titular es igual sujeto pasivo, lo que podrá tener particular importancia en delitos de índole sexual contar igual víctima” (Mario Garrido Montt, Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 341).

10°.- Que en relación con el delito de abuso sexual, cabe señalar que las formas abusivas de la acción sexual están construidas sobre las circunstancias del delito de violación o estupro, por lo dicho, es que la posibilidad de dar cabida al delito continuado en estos ataques resulta perfectamente pertinente en ese injusto.

11°.- Que en relación a la concurrencia de diversos delitos sexuales tales como el delito de abuso sexual y el de producción de material pornográfico realizada en el marco situacional de un delito sexual, cabe señalar que dicha producción de material pornográfico aprovechando la perpetración de un delito de abuso sexual, en el presupuesto de la existencia de un concurso de delitos, tales atentados forman parte de un mismo hecho delictivo, ya que se desarrolla en un mismo contexto situacional, así lo denota la realización fáctica de las conductas, como así también la voluntad final del autor única en el atentado, luego, corresponde calificarlo como un caso de concurso ideal de delitos. A modo de ejemplo el fotógrafo o camarógrafo, quien invita a una mujer a participar en la producción de material pornográfico o la engaña respecto del contenido de éste, y durante la sesión de fotografías, deja la cámara en automático para captar el momento en que procede a violarla; el tutor de un menor que aprovecha la posición de superioridad que ostenta, logra la aquiescencia de la víctima para el acceso carnal y al mismo tiempo graba la comisión del ilícito; o incluso el caso de la filmación por encargo de un video, en que se requiere contenga la comisión de violaciones u otras conductas torpes.

12°.- Que en tal línea argumental, la existencia de un concurso ideal de delitos a la hora de determinar la pena aplicable debe recurrir al caso de concurso medial, en los términos del artículo 75 del Código Penal.

13°.- Que los abusos sexuales impropios incluyen, como ya dijimos, una hipótesis del todo novedosa dentro del ordenamiento jurídico, cual es la utilización de un menor de edad en la producción de material pornográfico bajo la concurrencia de las circunstancias del delito de violación propia o estupro, o en cualquier hipótesis si la víctima es menor de doce años de edad. Dicha preceptiva castiga la utilización del menor de edad, es decir, la producción del material pornográfico en sí no es el

presupuesto de aplicación del artículo 366 quater. Por lo anterior, en este evento las hipótesis de abusos sexuales impropios tienen aplicación preferente sobre las normas del artículo 374, es decir, esta última preceptiva sólo entrará a regir en defecto de los abusos sexuales impropios, toda vez que hay una relación de subsidiariedad entre los delitos, la cual viene a solucionar el concurso aparente manifiesto en esa relación.

La conclusión precedente es importante, por cuanto dijimos con antelación que tanto la violación como el estupro absorben el injusto de los abusos sexuales, sean propios o impropios; luego, las hipótesis en que concurre alguno de los primeros ilícitos con la presente figura impropia, eliminan la posible aplicación de estos últimos, situación relevante en relación con el delito de producción de pornografía, porque como ya señalamos, en este supuesto cobra aplicación el artículo 374 en virtud de la subsidiariedad que lo une con los abusos impropios. Para este último evento la concurrencia es ideal, en la misma forma expresada al inicio de esta disidencia.

14°.- Que de esta forma estamos en presencia de un delito continuado de abuso sexual en concurso ideal con un delito de producción de material pornográfico, razón por la cual le es aplicable lo dispuesto en el artículo 75 del Código Penal, y le corresponde en relación al quantum de la pena, aplicársele la pena de **presidio menor en su grado máximo** y favoreciéndole la atenuante de irreprochable conducta anterior, corresponde aplicarla en su mínimo, siendo al efecto atribuible la sanción de **cuatro años de presidio menor en su grado máximo** más accesorias, como autora a **S.M.Y.Y.** de un delito de abuso sexual en carácter de consumado en concurso ideal con el ilícito de producción de material pornográfico infantil.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch.

**Rol N° 2576-11.**

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Nelson Pozo S. y Domingo Hernández E.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a once de mayo de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**Debido proceso, plazo de detención, derecho a defensa técnica.**

**SÍNTESIS JURÍDICA:** Las defensas de los cuatro imputados dedujeron sendos recursos de nulidad en contra de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, fundados en vulneración de garantías (373 letra a), debido proceso; por el uso de testigos sin rostro, derecho a guardar silencio, plazos de detención; derecho a defensa técnica. Arbitrios que fueron rechazados por los motivos que contienen los considerandos cuarto a cuadragésimo.

En forma subsidiaria se dedujeron recursos por la causal del art. 374 letra e) CPP, que la Corte Suprema rechaza por los fundamentos expuestos en los considerandos cuadragésimo primero a cuadragésimo octavo. Finalmente se acogen los recursos deducidos por la causal del art. 373 letra b), estableciendo la Corte Suprema que el delito del art. 268 ter del Código Penal requiere dolo directo, anulando parcialmente la condena y dictando sentencia de reemplazo.-

Santiago, tres de junio de dos mil once.

**VISTOS:**

Ante el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, entre el ocho de noviembre de dos mil diez y el veintidós de febrero recién pasado, se llevó a efecto audiencia de juicio oral correspondiente al Rit 35-2010, que terminó con resolución de veintidós de marzo del año en curso, que rola de fojas 1 a 190 vuelta de estos antecedentes, mediante la cual se castigó a HJLLC, RELLP, JSJR y JSJM, por su responsabilidad de autores del delito de robo con intimidación en la persona de XXXXXX y su familia, de especies de propiedad de aquél, cometido en Tirúa el quince de octubre de dos mil ocho; como asimismo, se les reprimió en su calidad de autores del delito de homicidio frustrado en la persona de un fiscal adjunto del Ministerio Público y de lesiones graves inferidas al personal de la Policía de Investigaciones de Chile, perpetrados ambos en esa misma localidad al día siguiente del ilícito anterior.

Por el robo con intimidación, se infligió a HJLLC diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, y a RELLP, JSJR y JSJM, cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a cada uno, más las accesorias legales pertinentes. Por el homicidio frustrado y las lesiones graves, se impuso a cada uno de los mismos enjuiciados, quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, con las accesorias legales correspondientes.

Posteriormente, se absolvió a VLLP, LMCH, CPL, JPL y NPL de los cargos formulados en su contra como autores del robo con intimidación ya referido y amenazas terroristas, verificadas en Tirúa coetáneamente con el robo; y se absolvió a VLIP, LMCh, JPL y CMH de los cargos librados en su contra como autores del homicidio frustrado del fiscal y de lesiones graves al personal de la Policía de Investigaciones; y se les absolvió de los delitos de incendio terrorista e incendio de objeto valorizado en más de cuarenta UTM; como igualmente, de los cargos por asociación ilícita terrorista y asociación ilícita común. Finalmente, se eximió a los encausados y a los querellantes del pago de las costas de la causa.

Contra esta decisión las asesorías letradas de los inculpados dedujeron sendos recursos de nulidad por diferentes causales, y requirieron la competencia de esta Corte Suprema, arbitrios declarados admisibles, por lo cual se fijó audiencia para

conocer de ellos a fs. 655, incorporándose el acta de las audiencias celebradas los días doce, trece y dieciséis de mayo del presente año.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que las asistencias jurídicas de los convictos JSJR y JSJM, alegaron en su causal principal, así como las defensas de RELLP y HLLC, en su inicial petición subsidiaria, **la motivación del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en consonancia con la seguridad de un proceso previo legalmente tramitado y el derecho a guardar silencio.**

Aunque no se trata de la causal principal promovida por RELLP y HLLC, se analizarán en conjunto con la impetrada en forma principal por JSJR y JSJM, sólo por razones de economía procesal y de orden y sistema del examen que se ha propuesto a esta Corte.

**SEGUNDO:** Que las normas que los recurrentes han sindicado como violentadas son las del artículo 19, N° 3°, inciso 5°, y N° 7°, letra f), de la Constitución Política de la República, en concordancia con las garantías aludidas, como los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 91, 93, 193, 194, 195 y 196 del Código Procesal Penal.

Explican que la participación de sus representados en los hechos se tuvo por acreditada con el mérito de la declaración del encartado JHM, prestada ante la policía y luego ratificada ante un fiscal del Ministerio Público, la que fuera relatada en el juicio oral por el prefecto Alfredo Espinoza, en circunstancias que el referido JHM fue detenido en Temuco, presentaba una lesión en el oído compatible con un golpe, más tarde fue trasladado a Concepción, sin permitirle comunicarse con su familia, y llegado a esa ciudad, se le interrogó de madrugada por espacio de cuatro horas, dejándose constancia sólo de las respuestas y sin que el prefecto que testificó recuerde siquiera si le leyó sus derechos. Proclaman que ese procedimiento se desarrolló fuera del marco constitucional y, en consecuencia, se conculcó el debido proceso de sus mandantes y su derecho a que el veredicto sea fruto de una investigación racional y justa. Traen en su apoyo jurisprudencia reiterada de esta Corte Suprema contenida en los autos N°s. 3666-05, 5435-2007 y 6112-2006.

Aducen también vulneración a la facultad de guardar silencio y a no ser utilizado como fuente de información, que constituye un derecho inalienable de todo ser humano, y señalan como hipótesis susceptibles de afectar la voluntariedad de la declaración, aquéllas de coacción física o moral (tortura, amenazas, el cansancio, la pérdida de la serenidad, cargos o reconvenciones, respuestas instadas perentoriamente). Aquí incorporan la denominada “coacción inherente”, creada en la jurisprudencia norteamericana del caso “Miranda vs. Arizona” (mil novecientos sesenta y seis), relativo al interrogatorio en sede policial, sin coacción en el sentido tradicional, pero donde la “atmósfera de intimidación” que rodea al individuo, lo saca de su entorno natural, lo somete a custodia policial, le impide comunicarse con los suyos y le priva de asistencia y consejo de un defensor técnico, incluso omitiendo darle a conocer su derecho a guardar silencio, todo lo cual termina por destruir la dignidad humana, socava la libertad hasta impedir su libre elección, por lo que el sujeto acaba por sucumbir, de modo que la declaración del imputado prestada ante la policía, aunque no se reclama su falsedad, lleva implícita “por el lugar donde se recibe” -y el estado psicológico del interrogado- la posibilidad que la manifestación de voluntad allí exteriorizada tampoco sea libre y, por ende, que no sea cierta en su contenido.

Concretan las transgresiones al artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental en la ausencia de voluntariedad y libertad en la declaración, porque no se acataron las exigencias del artículo 91 del compendio procedimental del ramo, ya que JHM manifestó su intención de declarar seis horas después de su detención, mientras estaban en Temuco y en lugar de conducirlo a un tribunal, se le trasladó a Concepción, donde fue interrogado por la policía, no sólo acerca de los hechos que JHM convino en declarar, sino que fue confrontado con antecedentes que supuestamente tenía la Policía de Investigaciones.

Tampoco se observó el artículo 193 del mismo estatuto adjetivo, en orden a comunicar la detención a la defensa, lo que quedó de manifiesto en la audiencia de control de detención donde el fiscal se excusó que no era obligación suya hacerlo y que recién había dado la orden a la fiscalía de Cañete para tal aviso, lo cual también conduce a la nulidad de la declaración prestada por JHM ante la policía. Ni se cumplió el artículo 196 de dicho cuerpo legal, debido a que fue detenido a las doce horas en Temuco y trasladado en la tarde a Concepción; interrogado de madrugada por al menos cuatro horas, para conducirlo posteriormente a Cañete donde declaró ante el Fiscal, sin que conste que se le haya dado descanso o algún receso que le permitiera recuperarse, lo que igualmente invalida la actuación.

Por último, censura la ausencia del defensor en la diligencia, puesto que JHM prestó una declaración preliminar ante la Policía de Investigaciones durante la madrugada del catorce de abril de dos mil nueve y otra, a la mañana siguiente en la fiscalía de Cañete y en ninguna de ellas contó con asesor letrado, lo que configura inobservancia a la Carta Magna, y a los artículos 8°, inciso 1°, del ordenamiento procesal y 93, letra b), de la misma compilación, lo que corrobora con más jurisprudencia de esta Corte, que fluye de los números 6934-2009, 9758-2009 y 4001-2010. Reafirma la nulidad de los dichos de JHM y de toda la prueba que de ellos deriva, incluido el testimonio del funcionario policial AEU, amén que también participaron en la detención los policías JLLGR, JLLL y JOF, que aunque no depusieron en la litis -y esto fue explicado en estrados- sí fueron ofrecidos como testigos, de manera que el vicio también se extiende a ellos.

La contravención es trascendente porque se valoró positivamente el atestado del policía Alfredo Espinoza, quien narra la declaración del inculcado JHM, rendida en un procedimiento ilegal, violatorio del debido proceso y del derecho a no autoinculparse; así el tribunal omitió garantizar el orden institucional de la República que asegura que el laudo debe fundarse en un pleito legalmente tramitado, y de acuerdo al artículo 160 del texto procedimental de penas, el perjuicio concreto se produce porque en su testimonio, el policía Espinoza refiere dichos de JHM que influyeron en la determinación de la participación de todos los recurrentes.

Aseguran la preparación sus recursos por haber impetrado en su oportunidad la exclusión de los testigos cuestionados; y piden se declare la nulidad del juicio y del fallo para que se retrotraiga el procedimiento a la celebración de una nueva audiencia preparatoria, dado que el daño sólo puede repararse con la supresión de los testigos de cargo, AEU, JLLGR, JLLL y JOF. Las defensas de los procesados RELLP y HLLC formularon peticiones, sin explicar el propósito de reproducir aquella audiencia, ni el primero, el específico desmedro sufrido por su parte con los abusos contra JHM, lo que sólo podría colegirse de la cita que hace del considerando 56° del edicto cuando los jueces dicen que contra todos los acusados obra el dicho de aquél.

**TERCERO:** Que la defensa de JSJR rindió prueba para comprobar esta causal y su preparación, que describió en el N° 1 del tercer otrosí del escrito de nulidad y que consistió en:

1.- Documental: copia de una querrela criminal de veinticinco de septiembre de dos mil nueve, en Rit 7576-2009, rol del Juzgado de Garantía de Temuco, con el proveído recaído en ella;

2.- Pistas de audio correspondientes al registro del juicio oral: de la pista 101220-00-17 y 21, atinente al interrogatorio de LM, se escuchó entre los minutos: 03:15 a 03:35; 06:10 a 06:35; 03:45 a 04:15; y 16:04 a 16:28.

A la vez, se oyó la pista de audio 110121-03 que concierne al interrogatorio de AE, entre los minutos: 00:12 a 00:38; 08:50 y 09:03; 13:04 a 13:14; 17:26 a 17:56; 21:02 a 21:09; 21: 57 a 22:19; 22:18 a 23:18; 23:17 a 25:0; 025:42 a 26:18; y 26:17 a 26:35. De la pista 110121-04 se adicionaron los minutos 15:19 a 15:36; y 17: 30 a 18:07.

De la audiencia de control de detención, de catorce de abril de dos mil nueve, se atendieron los minutos 00:00 a 01:35 y 07:34 a 09:40

En fin, de la audiencia de preparación de juicio oral se escuchó sólo 01:47 a 06:47, más el minuto 38:02 a 42:19. Renunció en la audiencia el abogado Pelayo Vial Campos a la restante prueba de audio ofrecida y que le había sido aceptada, por considerarla innecesaria, y atendida la circunstancia que, preguntado por el Presidente de la Sala, el representante del Ministerio Público manifestó que no discutía la preparación del recurso en su oportunidad, como asimismo, que el examen de admisibilidad ya estaba clausurado. No obstante que esa pregunta fue sólo respondida por el representante del Ministerio Público, y de la presencia de los abogados que representaban a los otros intervinientes, sin que nadie alegare disconformidad, se tendrá entonces por confirmada una convención en el sentido que, efectivamente, el recurso fue preparado en lo que atañe a esta causal.

**CUARTO:** Que el letrado del Ministerio Público que compareció a estrados, solicitó autorización para rendir prueba nueva, lo que le fue permitido por el tribunal, y ofreció entonces el documento que se incorporó a la audiencia a través de su lectura resumida, el que consiste en el Informe Policial N° 4106 de la Brisexme, con la intimación de la orden de detención a JHM; el acta de lectura de sus derechos de detenido; la declaración voluntaria del mencionado; el acta de declaración ante el Fiscal, advertido de sus derechos; y la declaración de JHM con mención de habersele dado lectura a sus derechos. Tanto la incorporación de ese documento, como su contenido, no fueron objetados por la defensa de JSJR, ni por ningún otro interviniente.

**QUINTO:** Que el artículo 334 de la recopilación adjetiva penal, veda expresamente “incorporar o invocar” como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a registros u otros documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público. El precepto reza “no se podrá”, lo que encierra una prohibición y como tal, su desconocimiento deviene en un acto nulo, por encontrarse proscrito por la ley.

Sin embargo, ninguno de los profesionales defensores se opuso por este motivo a la incorporación pedida por el fiscal del oficio que da cuenta de los antecedentes relativos a la detención de JHM, lo que pudo ocurrir, tal vez, porque al menos el apoderado de José JSJR también incorporó registros de las pesquisas, para la

demostración de otra causal -según se analiza más adelante-. Empero, no se trata de una norma facultativa, de suerte que no puede quedar entregada al libre albedrío de los litigantes la decisión acerca de si se acepta o no la valoración de un documento cuya incorporación no ha sido consentida por la ley, probablemente, porque puede considerarse prueba constituida por la parte que la presenta, en vista de lo cual, en estricto apego a la disposición legal citada, estos sentenciadores no asignarán mérito probatorio al documento incorporado como prueba nueva por el fiscal en la audiencia, consistente en el Oficio N° 4106 con todos sus agregados, sin perjuicio que los hechos que por ese documento quiso probar el persecutor consten en algunas declaraciones reflejadas en la decisión repudiada.

**SEXTO:** Que no emerge como hecho controvertido, por no haberlo discutido en su esencia los contendientes, como igualmente, porque así se escuchó de la prueba rendida en la litis y algo se advierte, además, de la lectura de la resolución que conforma el legajo elevado a esta Corte, que el enjuiciado JHM fue detenido en una hora próxima al mediodía en Temuco por funcionarios de la Policía de Investigaciones, que lo hacían habilitados por una orden de detención emanada de autoridad competente, como lo es el juez de garantía de Cañete. Producida la detención y en algún momento de ésta, JHM sufrió una lesión en su oído que sería compatible con un golpe. En horas de la tarde fue trasladado hasta Concepción por el personal involucrado y llegado a esa ciudad e ingresado al cuartel institucional, donde se procedió a tomarle una declaración, procedimiento que se habría prolongado algunas horas, tres a cuatro, durante la madrugada. Al día siguiente, fue llevado hasta Cañete donde compareció a la presencia del fiscal de la causa, ante quien ratificó su versión prestada a la policía, para posteriormente ser presentado al juez que libró la orden de detención, lo que se cumplió en horas en la mañana siguiente.

**SÉPTIMO:** Que las defensas tildan de ilegal este proceder policial, contrario al debido proceso y atentatorio, además, al derecho a guardar silencio y a no autoinculparse; y a fin de acreditar tales reparos parece relevante esclarecer los asertos del prefecto AEU en el litigio, acerca de lo afirmado por JHM ante la policía. Sobre este punto, como se lee del motivo 49° del dictamen que se revisa, ese funcionario reconoció haber trasladado a JHM a Concepción por orden del fiscal a cargo, AE, lo que cumplió de inmediato, junto al equipo de detectives que le acompañaba y que, “previa lectura de sus derechos”, le tomó declaración porque el detenido dijo que deseaba hacerlo porque no tenía participación en el atentado al fiscal y, advertido del derecho a ser asistido por un abogado, expresó el policía que JHM no lo quiso pues no deseaba que se filtrara la información, de manera que procedió, delegado por el fiscal. Asevera que JHM al principio dijo que no estaba siquiera en Puerto Choque cuando se produjo el atentado, entonces el declarante expresa que dispone de una interceptación telefónica que lo situaba en el lugar con un llamado a HJLLC. Ante esa evidencia, JHM cambia su versión y admite su presencia en el sector, pero que no tuvo nada que ver en el hecho y le relata que el quince de octubre de dos mil ocho estaba con HJLLC cuando llegó un móvil con tres sujetos que no recuerda, quienes les dicen que Carabineros anda en las inmediaciones de la propiedad de SJ y los invitan a pelear con los policías. Se suben y tropiezan con un vehículo policial al que le arrojan palos y piedras, en tanto otros individuos les disparan a los mismos funcionarios. Aclara el deponente que según HJLLC esa misma gente se juntó en un cerro y quedó de acuerdo en ir a la casa de SJ, lugar al que él (JHM) no entró y no conoce a las personas que arribaron al lugar, salvo a H a quien identifica como el que portaba uno de los cuatro celulares sustraídos a SJ, amén del armamento que hallaron en poder de aquél.

Prosigue que acorde a JHM, los autores de ese hecho asumieron que más tarde vendrían más Carabineros al sector. El detenido se fue a la casa de RELLP y se quedó dormido, al despertar ya no había nadie y entonces sintió disparos y vio

bengalas, por lo que se fue hacia ese tramo del camino, encontrándose con JSJR y otro al que no conocía, que traía una escopeta. Entonces llamó a HJLLC, produciéndose un diálogo entre esas personas (no queda claro a quienes se refiere) porque andaban medio perdidos y se dirigen a una especie de casucha donde se reúnen varios otros que llevaban escopeta y a los que no conocía. Finalmente, añade que JHM después fue conducido a la presencia del fiscal H, ante quien ratificó sus dichos prestados en el cuartel policial, pero niega haber golpeado a JHM.

**OCTAVO:** Que por haberse formulado varios reproches en torno a esta actuación, conviene separarlos para su análisis.

En lo que incumbe a la infracción al debido proceso, en su esencia, se tacha de ilegal la declaración de JHM y, por consiguiente, lo sería también la de E., que la reprodujo en la litis y que sirvió en definitiva para tener por demostrada la participación culpable de los imputados. Se clama incumplimiento de una serie de normas legales, tales como el artículo 193 del Código Procesal Penal, que autoriza al fiscal para hacer llevar a su presencia al inculcado detenido o preso para los objetivos de la investigación, “*sin más trámite que dar aviso al juez y al defensor*”. Se rebate así el proceder de la policía porque no se llamó al defensor. Empero y según se colige de lo aseverado por el funcionario de la Policía de Investigaciones, AEU, JHM no quiso ser asistido por un abogado porque quería evitar que se “filtrara la información”, hecho que no aparece en este momento controvertido por otro que resulte más verosímil en el contexto de los sucesos sometidos al conocimiento del tribunal y donde lo que la asistencia legal crítica es que recién cuando fue puesto a disposición del Juez de Garantía, el fiscal habría reconocido que dispuso lo pertinente para que la defensoría pública brindara asesoría al detenido.

Tal como se desprende del recurso de nulidad del mismo JHM (página 17 del recurso, fs. 277 del tomo II del legajo) éste “manifestó su decisión de declarar a las 18 horas del día 13 de abril de 2009”, misma situación que se destaca en el recurso de JSJR (página 11 del recurso y fs. 196 del tomo II del legajo), cuando según expuso la fiscalía en estrados, ya no se encontraban en hora de audiencia y no disponen de cuartel en Cañete, en vista de lo cual y por orden del fiscal Hermosilla, lo trasladaron a Concepción, que contaba con recintos adecuados donde podían recibirle la declaración que quería rendir el detenido, para, al día siguiente, dirigirse a la Fiscalía de Cañete, lugar donde JHM ratificó su versión entregada a la policía, y finalmente fue puesto a disposición del tribunal, antes de expirar las veinticuatro horas desde su detención.

No se cuenta con antecedentes suficientes que permitan satisfacer las interrogantes que surgen en torno a las objeciones al artículo 196 del compendio procedimental, que plantean las defensas, ya que la disposición habla de mucho tiempo o de un número de preguntas tan considerable que provocará el agotamiento del deponente. Sólo se ha indicado que el procedimiento habría durado tres o cuatro horas y que el interrogatorio empezó después de la medianoche, pero sin que se sepa cuándo o cuánto durmió el detenido, ni tampoco cuántas preguntas se le practicaron o si ellas lo agotaron, sin que pueda este tribunal *suponer* que ello hubiese ocurrido, porque no consta queja en ese sentido al fiscal del Ministerio Público, ante quien compareció a la mañana siguiente, ni se ha mencionado similar sentir al Juez de Garantía de Cañete cuando realizó el control de detención. Todo el atropello a esta norma reposa en supuestos y si bien es posible elaborar algunas conjeturas sobre tópicos que obvios y naturales pueden extraerse del conocimiento o experiencia misma, no se trata precisamente de una de esas circunstancias.

Invocan también vulneración del derecho a no auto incriminarse, en circunstancias que, desde ya sólo corresponde alegarlo por el legitimado para ello, esto es, quien ha sufrido el daño con esa conducta injusta que sólo pudo inferirse al propio JHM porque auto incriminarse naturalmente significa culparse a sí mismo o declarar contra uno mismo. Carecen de legitimación para descalificar, las defensas de HJLLC, RELLP y JSHR, porque la posible auto incriminación de JHM no les alcanza. A mayor abundamiento, es menester resaltar que éste no declaró contra sí mismo, sino que sólo afectó con sus versiones a JSHR y a HJLLC, toda vez que a ambos los situó en los hechos por los que resultaron condenados, pero a todo evento negó su intervención. En el robo con intimidación a SJ dijo saber del hecho, pero se quedó afuera. Y en la emboscada sostuvo que los demás quedaron en juntarse y que calcularon que más tarde vendrían más Carabineros, pero asegura haberse retirado a la casa de RELLP, donde se quedó dormido, incorporándose al grupo después de los acontecimientos.

Otra cosa es que los jueces recojan ese relato y lo unan a otros antecedentes de que disponían, para considerar que mintió al negar su participación, desde que el resultado del procedimiento policial, por lo menos en lo que a JHM incumbe, no fue de propia incriminación.

**NOVENO:** Que otro capítulo de ilegalidad en la detención de JHM estriba en la participación de al menos dos funcionarios que habían resultado heridos en la emboscada que se indagaba, con lo cual revestían a la vez la calidad de ofendidos y entonces, merced al ambiente que describen, se habría producido un clima de “coacción inherente”, determinante en la destrucción de la voluntariedad del atestado del sujeto, con el riesgo que fabule sucesos inefectivos. Se denota incluso por algunos defensores, el caso “Miranda v/s Arizona” de la jurisprudencia norteamericana, asentada en un proceso de mil novecientos sesenta y seis donde la denominada “Corte Warren” dejó de fundamentar en el quebranto al debido proceso la exclusión de la declaración obtenida por medio de coacción policial, y comenzó a hacerlo en virtud de haberse ignorado el derecho a no declarar contra sí mismo.

Como ya se adelantó, únicamente JHM tendría legitimidad para reclamar contravención a ese principio, lo que se descarta porque este hechor no declaró contra sí mismo; además que en el referido proceso de “Miranda v/s Arizona”, la Corte concluyó que la fiscalía no podía usar declaraciones de un detenido, a menos que observaran ciertos requisitos, que en la especie aparecen cumplidos: advertencia de su derecho a guardar silencio; que lo que diga podrá ser usado en su contra; y que puede ser asistido por un abogado. La misma Corte precisó que todos esos derechos pueden ser abdicados, siempre que la renuncia sea *informada e inteligente*.

A su turno la defensa de JHM, no controvertió el cumplimiento de tales formalidades (o que firmara una serie de documentos), es decir, no puso en duda que le leyeron sus derechos, que sabía que podía guardar silencio y exigir asistencia legal y sólo insistió en reprobar un ambiente que lo privó de su entorno natural, rodeado de policías, sin comunicación con su familia ni abogado. Pero olvida aquello que la propia Corte Suprema norteamericana aceptó: la renuncia del detenido a sus derechos y conviene recordar que el detenido en el caso “Miranda v/s Arizona” era un indigente mejicano con alucinaciones o fantasías sexuales, mientras que JHM es un estudiante de construcción de la etnia mapuche; por tanto, es una persona que posee adecuada instrucción, no se trata de un individuo mediocre, carente de un grado mínimo de cultura o enfermo, sino de uno en condiciones de abdicar sus derechos “informada e inteligentemente”, como se concluyó en el fallo citado por la defensa.

En lo atinente al supuesto ambiente coactivo que aducen las defensas, es necesario destacar que aún en el caso que hubiere sido efectivo, tal escenario cesó cuando el imputado fue transportado hasta la Fiscalía y allí tuvo la ocasión de prestar una nueva declaración que pudo ser diversa de la anterior, pero JHM no la cambió, sino que optó por ratificarla. Ya no se encontraba bajo la hipótesis de coacción que develan las defensas, a pesar de lo cual mantiene sus dichos. Acto seguido es conducido al tribunal de garantía, sin ninguna protesta por no haberse declarado ilegal por el juez competente para ello. Tampoco se ha dicho que a esas alturas JHM haya expresado haber sido víctima de apremios o de haberse sentido presionado para declarar o para hacerlo en un sentido determinado u otro diverso, de modo que la denuncia de las defensas no encuentra correlato ni siquiera en la actividad posterior de JHM. Desaparecido el ambiente hostil, un individuo con su capacidad e inteligencia, pudo reclamar de inmediato por el trato vejatorio, por las lesiones, si alguna hubiese sufrido a propósito de la declaración, por el cansancio o las circunstancias en que pudo haber sido forzado para declarar, sin que nada de ello se advierta en el juicio, y no resulta convincente una querrela interpuesta con mucha posterioridad que no arribó a puerto y una lesión que no delató la defensa, sino que la reconoció la misma policía (la funcionaria L M), producida al tiempo de la detención, no de la interrogación.

**DÉCIMO:** Que de lo expuesto, no se advierte transgresión al derecho constitucional a no auto inculparse, como tampoco contravención concreta al debido proceso, ni violación a la normativa procesal penal en su esencia, lo que deja desprovista de asidero este motivo de nulidad.

**UNDÉCIMO:** Que, en forma subsidiaria, las asesorías jurídicas de HJLLC, RELLP, JSHR y JSHM, instauraron **la causal del artículo 373, letra a), del estatuto adjetivo de penas, en conexión con el derecho a un proceso previo legalmente tramitado.**

Indican como violentados los artículos 19, N° 3° y 7°, letra b), de la Carta Política, en armonía con el derecho a un proceso previo legalmente tramitado; 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 94 c), 125, 127, inciso 1°, 128, 131, inciso 1°, y 154 del Código Procesal Penal y 20 de la Ley Orgánica Constitucional de la Policía de Investigaciones de Chile.

Describen los requisitos y procedencia de la orden judicial de detención imputativa, que es distinta de aquella por incomparecencia y luego relatan que en el caso concreto, JHM fue detenido el trece de abril de dos mil nueve, alrededor del mediodía, pero en lugar de cumplir el mandato judicial y ponerlo a disposición del tribunal, fue llevado a Concepción para ser interrogado por la policía y recién al día siguiente, a Cañete para su declaración ante el fiscal, todo antes de conducirlo al tribunal. En concepto de los recurrentes, lo obrado atropella toda la normativa legal mencionada, que obliga al traslado inmediato de JHM al tribunal que ordenó su detención. En su apoyo citan resoluciones de esta Corte extendidas en los autos N° 678-2007 y 3003-2010, e infieren que como la policía desplegó actuaciones contrarias a la ley y violó el procedimiento legal vigente, por lo que el mérito que nace de esas diligencias ilícitas, no pueden ser considerados ni valorados en una sentencia.

Insisten en que la trascendencia de la inobservancia radica en la valoración positiva del testimonio del prefecto E y la abstención del tribunal de garantizar el orden institucional; como también, que el deterioro concreto arranca de ese atestado ilegal sobre lo dicho por JHM, que influyó en los jueces para determinar la participación de los enjuiciados, de lo cual, como pidieron su exclusión, en su oportunidad, quedaron preparados sus respectivos recursos. La defensa de JSHR recaba como petición la

misma que hizo de la causal anterior; mientras que los representantes de JHM, HJLLC y RELLP, aunque impetran la nulidad del juicio oral y de la decisión, como también que se retrotraiga el procedimiento al estado de realizar una nueva audiencia de preparación, no explicitan cuál sería el objetivo de esta nueva audiencia de preparación.

**DUODÉCIMO:** Que para demostrar las circunstancias de esta motivación, así como la preparación del recurso en esta sede, la defensa de JSHR produjo la siguiente prueba:

1.- Audio del juicio oral correspondiente a la pista 110121-01-03 del interrogatorio de AE desde el minuto 13:04 a 13:14; del 22:18 al 23:18 y del 26:17 al 26:35. De ese mismo testigo, pero de la pista 01-02, se escuchó el minuto 11:16 a 11:42. De la pista 101220-00-17 que atañe a la declaración de LM: desde el minuto 03:10 a 03:45; y de la pista 00-21 se atendió la sección desde 06:10 a 06:35. A la vez, se estuvo al registro de audio de preparación, ya oído en la causal principal en relación a la preparación del recurso.

**DÉCIMO TERCERO:** Que el hecho en que se alza la anomalía ahora develada ya se dio por establecida sin objeciones de los intervinientes. Esta arista tiene que ver con la orden de detención proveniente del Juez de Garantía de Cañete, en virtud de la cual el detenido JHM debió ser puesto de inmediato a su disposición, prescindiéndose del viaje hasta dependencias de la Policía de Investigaciones en Concepción y su posterior traslado hasta la Fiscalía de Cañete, porque de haberse acatado estrictamente esa orden de detención, JHM no habría prestado la declaración que sirvió más tarde para asignar responsabilidad en los hechos investigados a los encartados.

**DÉCIMO CUARTO:** Que el artículo 131 del Código Procesal Penal, cuyo epígrafe reza: "Plazos de la detención", estatuye que: *"Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del Juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas"*.

**DÉCIMO QUINTO:** Que es efectivo que fue detenido en una hora próxima al mediodía en Temuco, por lo que bien pudo ser conducido de inmediato a Cañete para ser puesto a disposición del Juez de Garantía de esa ciudad, autoridad que expidió la orden de detenerlo.

Sin embargo, una vez detenido se le llevó a verificar su estado o condición de salud preliminar a un centro de atención pública, ignorándose por estos sentenciadores la disponibilidad de vehículo de la unidad en ese momento, porque ningún dato sobre ese hecho se ha aportado y sólo se sabe que el prefecto E se reunió con JHM recién cerca de las dieciocho horas, en que el detenido exteriorizó su deseo de declarar, lo que hizo voluntariamente; y que el prefecto recibió la instrucción del fiscal a cargo de llevarlo a la ciudad de Concepción, según se explicó en estrados, debido a que Cañete no contaba con cuartel para recibirlos y de Temuco a Cañete transcurrían no menos de dos horas o dos horas y media de camino.

Llevado a cabo el procedimiento descrito, se llegó ante el Juez de Garantía competente al día siguiente, alrededor de las diez de la mañana, o sea, antes de expirar las veinticuatro horas que precisa la disposición legal en estudio.

No obstante que las defensas han invocado otras reglas legales conculcadas, amén de la constitucional y de los tratados internacionales, la normativa procesal penal citada sólo fija un contexto, pues el artículo 131 antes transcrito -en lo pertinente-, que también se aduce como infringido, es el que resuelve el asunto y si bien es verdad que manda poner al detenido *de inmediato* a disposición del tribunal que hubiere expedido la orden, naturalmente ello se entiende dentro de lo posible y por eso el legislador permite prolongar la detención hasta por un máximo de veinticuatro horas.

En la situación sub judice se han conjugado una serie de eventos y circunstancias que llevaron a la policía a mantener a JHM hasta el plazo mayor autorizado por el precepto legal, a pesar que ese lapso pudo ser inferior, pero el detenido sufrió una herida en su oído y era necesario trasladarlo al centro de salud a constatar la entidad de sus lesiones, antes de ponerlo a disposición del tribunal; fue detenido en una ciudad distinta del asiento del tribunal que libró la orden de detenerlo; manifestó su intención de deponer; el Fiscal a cargo de la investigación ordenó a la policía que lo trasladaran y le recibieran su declaración por delegación; la Policía de Investigaciones, encargada de cumplir la orden, no disponía de cuartel en Cañete, por lo que hubieron de trasladarse a otra ciudad geográficamente más próxima a aquella del lugar donde fue detenido.

En la suma de todos estos acontecimientos, es dable, como mera probabilidad, que JHM fuera conducido con mayor agilidad o prontitud ante el Juez de Garantía, pero ello no deviene en atropello de garantías constitucionales como lo pretende la defensa. El fiscal tiene la facultad de interrogar al imputado tantas veces como lo estime conveniente y si se niega a comparecer, puede requerir su detención. Puede interrogarlo también mientras permanece detenido o en prisión preventiva y justamente JHM estaba detenido cuando manifestó voluntariamente su decisión de declarar y el fiscal se interesó en que ello se realizara, para lo cual hizo uso del plazo legal de detención.

El interés de las asesorías profesionales procura obtener la nulidad de dicho procedimiento con el designio de eliminar la declaración que JHM prestó camino al Juzgado de Garantía, pero resulta improcedente, dado que de mediar exceso en el período de detención, se encuadra en el quebranto al N° 7° del artículo 19 de la Constitución Política, pero sin alcanzar ineludiblemente la declaración del detenido, porque fue prestada en forma voluntaria y tal como en un instante aseguró que deseaba hacerlo porque no tenía participación en los hechos, también pudo negarse a proseguir hablando o alegar que prefería continuar en presencia de un abogado.

En autos consta la existencia de testigos protegidos que han llegado lesionados a rendir su testimonio al tribunal y, sin embargo, se pretende que el acusado, de quien no se advirtió lesión alguna por el fiscal ni por el Juez de Garantía en la audiencia de control de detención, que es un estudiante de educación técnica superior, estuvo sometido a tal coacción, que no fue capaz de protestar tan pronto se vio libre de la supuesta presión, ante ninguna de esas autoridades.

**DÉCIMO SEXTO:** Que en mérito de estas disquisiciones la causal de nulidad en comento no puede prosperar.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, en subsidio de las motivaciones precedentes, las defensas de JSR y JHM, invocan nuevamente **la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en relación al derecho a un proceso previo legalmente tramitado**, denunciando contravención al artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la Carta Magna, esta vez señalan que en abril de dos mil diez, el Ministerio Público libró acusación contra sus

representados y otros más en los autos Rit 1144-08 del Tribunal de Garantía de Cañete y en el tercer otrosí de ese libelo se adjuntó copia de la investigación fiscal contenida en un disco compacto, asilado en el artículo 260 del estatuto procedimental del ramo; tal CD comprende: escaneados dos archivos, uno con fotos y el otro con la indagación propiamente tal, que consiste en los archivadores 1 al 21 y luego 12b, 14 1, 13-1, 11-1, 10-1, 9-1, 8-1, 7-1, 6-1, 5-2, 4-2, 2-1, 1-1, otro llamado extractos, otro denominado denuncia de Eduardo Campos, otro, que es el archivador 1, robo con intimidación y, por último, el archivador 1-1, robo con intimidación.

La defensa interpuso reposición contra la resolución que proveyó la acusación, basada en la falta de entrega de antecedentes y el uso de testigos secretos.

Entre el dieciséis y el diecinueve de agosto último se realizó la audiencia de preparación de juicio oral ante el Juez de Garantía de Cañete, donde la asesoría legal pidió la exclusión de los testigos secretos o protegidos ofrecidos en la acusación, “entre otras razones por el desorden en la entrega de los antecedentes por parte del Ministerio Público y la infracción de garantías constitucionales, específicamente la infracción al derecho a defensa técnica en atención a que la identidad de los testigos protegidos no fue revelada a los defensores de la causa”. Agrega haber fundamentado, tanto ante el Juez de Garantía como ante la Corte, que el Ministerio Público no cumplió con la obligación que le impone el artículo 260 del compendio adjetivo penal en orden a entregar junto con la acusación, los antecedentes acumulados durante las pesquisas. El magistrado excluyó a los testigos secretos o protegidos signados en la acusación fiscal bajo el acápite testimonial desde los N° 18 hasta el 53 correspondiente a los testigos protegidos desde los N° 1 al 36, por desconocimiento de garantías constitucionales, pero el Ministerio Público apeló del auto de apertura, recurso que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Concepción que reincorporó los testigos excluidos, así como la evidencia pericial y material que había sido suprimida.

Explica el recurrente que en la información entregada por el fiscal, sólo los testigos protegidos signados con los números 12, 13, 14, 8, 1 y 2 tenían una identificación en el encabezado del atestado, a pesar que en los N°1 y 2 existían al menos 7 y 6 testimonios respectivamente, que claramente pertenecían a diferentes personas. También obran los antecedentes identificados 16, 10, 17, 15, D, 3, 4, 5 y testigos cooperadores AA, AA, 2A y 1ª que no aparecen mencionados en la acusación. En resumen, bajo el rótulo testigos protegidos en la acusación, se enumeraban del N° 18 al N° 53, treinta y seis personas que no guardaban correspondencia alguna con los antecedentes proporcionados por el Ministerio Público, sin cumplir con un mínimo de certeza ni orden. Dado que la protesta judicial no prosperó, presentaron reclamo ante el fiscal, logrando la entrega de un dossier ordenado de acuerdo a la acusación, con los asertos de los testigos con reserva de identidad y precisándose que cuatro de ellos no tenían declaración ni policial, ni ante el fiscal. Sin embargo, de ese dossier surgieron nuevas piezas de investigación que jamás habían aparecido y sendos números en la sección superior de algunas de las declaraciones que adulteraban las mismas, contrariando el artículo 263 de la recopilación procesal del ramo.

Añade que en el largo juicio declararon en definitiva los testigos protegidos signados con los N° 2, 3, 8, 9, 13, 14, 26 y 27, pero donde los antecedentes suministrados sobre aquéllos en conjunto con la acusación y, más tarde, en el dossier conseguido a instancias del reclamo, difieren de modo tal que afecta gravemente el derecho a defensa y el debido proceso en su aspecto adjetivo, a saber:

Testigo N° 2: aparece con una declaración el 17/10/2008 a las 14:50 y consta en la carpeta original como anexo 6; y hay una segunda declaración de 12/01/2009 a las 12:45, sin identificación, porque fue tarjada. En el dossier posterior aparece como testigo protegido N° 1, pero manualmente se corrige a 2.

Testigo N° 3: tiene una declaración original prestada en Cañete el 28/01/2009 a las 09:50 identificada sólo como anexo 4. En el dossier va como testigo protegido N° 3.

Testigo N° 8: registra declaración prestada en Tirúa el 16/10/2008 a las 17:13, manuscrita y señalado como testigo protegido N° 1, así acompañado a la acusación.

En el dossier aparece manuscrito con el N° 8, pero en el primer párrafo de la declaración sigue como testigo N° 1.

Testigo N° 9: en dossier surgen tres declaraciones: una en Cañete el 01/09/2009 a las 11:10; otra en Tirúa el 17/10/2008 a las 11:20 y la última en Tirúa el 14/01/2009 a las 17:30. Pero, las dos primeras no estaban en los antecedentes entregados conjuntamente con la acusación, sino que sólo aparecen después del reclamo. La última, originalmente no tenía identificación, sino sólo decía Anexo 3, pero incorporada al dossier, se la adulteró incorporándole un N° 9.

Testigo N° 26: en el adjunto a la acusación, sólo venían dos declaraciones, pero después del reclamo se descubren en el dossier cuatro declaraciones, incorporándose las de 09/04/2009 a las 12:00 horas y de 15/04/2009 a las 11:20 horas. La primera aparecía al principio como anexo 1 y después del reclamo se le incorporó a mano el N° 26, en tanto que a la de dieciocho de mayo, que existía desde un comienzo, no tenía identificación y también se le incorporó manuscrito el 26 después del reclamo.

Testigo N° 27: presenta dos declaraciones. La inaugural de 17/06/2009 a las 10:45 horas fue adjuntada a la acusación sin ninguna identificación y después surge con el N° 27 incorporado arriba; la de 07/10/2009 aparecía como anexo 1 cuando se acompañó a la acusación y sólo con el N° 27 manuscrito después de la queja.

Concluye que faltaba individualización y por otra, hay antecedentes que aparecieron con posterioridad a la protesta de la defensa y de la acusación fiscal. Así la infracción se produce en la instrucción previa regulada por ley y que obliga al respeto de las normas propias del procedimiento, tanto en los plazos fijados por la ley, como en la forma de producir la prueba. Del modo que actuó el ente persecutor transgredió “los artículos 260 del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 227 y 228 del mismo cuerpo legal y en relación al artículo 259 del cuerpo de enjuiciamiento procesal”.

Semejante quebrantamiento atenta contra las posibilidades de intervención de la defensa, porque la entrega efectiva de las copias le permite ejercer los derechos consagrados en la audiencia de preparación del juicio, a prestar prueba de descargo, interrogatorios, etc.

Dice haber preparado el recurso mediante los reclamos formulados, y solicita se declare la nulidad del juicio y de la decisión y se retrotraiga el procedimiento al estado de realizar nueva audiencia de preparación de juicio oral donde se excluyan los testigos protegidos 2, 3, 8, 9, 26 y 27.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que solamente el recurrente JSJR rindió prueba para acreditar esta causal, sus circunstancias y preparación, consistente en:

1.- Documental cifrada en copia de la acusación fiscal en el rit 1144-2008; copia del CD agregado a la acusación fiscal en estos antecedentes y que se exhibió en su índice en data show; copia de la resolución del Tribunal de Garantía de Cañete que tuvo por presentada la acusación; copia de la reposición de la defensa contra esa resolución; copia del acta de audiencia de preparación de juicio oral en el rit 1144-2008; copia del recurso de apelación del Ministerio Público contra el auto de apertura de juicio oral en el Rit 1144-08; copia de la resolución de diez de septiembre de dos mil diez, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción en el ingreso N° 427-2010; copia de la reclamación presentada ante la Fiscalía Regional del Bío Bío el quince de septiembre del mismo año; copia del correo electrónico del fiscal AC, de cinco de octubre de ese año, que ofrece copias de los dichos de los testigos protegidos; fotocopia del dossier de testimonios de los testigos protegidos entregados después del reclamo de la defensa; y copia impresa de las declaraciones de testigos sin identificación suministrados en conjunto con la acusación.

2.- Audios del alegato de seis de septiembre 2010, ante la Corte de Concepción en ingreso N° 427-2010 pista 100906-00-11 que corresponde a las réplicas del Ministerio Público y de los querellantes del 02:22 al 02:30.

A su turno el fiscal AC ofreció prueba nueva en la audiencia de conocimiento de los recursos, la que le fue aceptada por la Corte, escuchándose parte del audio de una audiencia de reposición, desde el minuto 08:10 a 08:55 donde consta que el defensor Vial se desiste de la reposición intentada por haber recibido ya la información corregida.

**DÉCIMO NONO:** Que en algunos pasajes de este episodio de nulidad, la alegación que se propone parece confundirse con la de los testigos protegidos, puesto que se esgrime la exclusión de aquéllos y su posterior reincorporación al proceso, merced a la decisión de la Corte de Concepción, pero lo cierto es que la supresión la decretó el Juez de Garantía por estimar que no se satisfacían las exigencias de los testigos para tener la calidad de protegidos o reservados, lo que configura otra causal que se analiza más adelante.

Aquí, se discute en síntesis el hecho que el fiscal a cargo proporcionó los antecedentes de la investigación que iban en un CD anexo a la acusación- con tal nivel de desorden que la asesoría de JSR y JHM protestan por lo dificultoso de su examen, sobretodo, el trabajo de unir determinados atestados sin ninguna identificación con cada testigo secreto ofrecido. Esto en definitiva se corrigió por el fiscal a cargo, quien luego del reclamo formal de las defensas, puso a su disposición un dossier con los testimonios ordenados. En este escenario, el defensor se encontró con más aseveraciones de las ofrecidas originalmente e incluso con más antecedentes probatorios hasta entonces desconocidos en la causa.

**VIGÉSIMO:** Que, desde luego, el asunto se encuentra superado, pues tal como lo reconoció la defensa, el fiscal corrigió la información entregada.

Para ese efecto, la prueba rendida por el apoderado Vial en la audiencia, de exhibición del CD que se aparejó a la acusación por el fiscal y que sólo se mostró en sus títulos, adolece del mismo defecto de que adolece la prueba nueva ofrecida por el fiscal consistente en un oficio de la Policía de Investigaciones, ya que se refiere a las actuaciones realizadas por la policía y a las declaraciones de los testigos protegidos, con lo que conculca el artículo 334 del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de lo advertido, no sirve más que para demostrar la existencia de ciertas carpetas *grosso*

*modo*, por cuanto no se tomó conocimiento del contenido de cada documento escaneado en ese soporte digital.

A este fin sólo pueden servir de parámetro de comparación los documentos impresos que se agregaron por el abogado defensor y cuyo contenido no fue objetado por los restantes intervinientes, pero del que vale también la limitación impuesta por la norma legal antes mencionada.

No es atendible la referencia que se hace por el defensor de haber el fiscal “adulterado” los instrumentos cuando les antepone un número con plumón. Lo que hace es precisamente, tratar de corregir su desorden y de hacer más claro para las defensas, qué dichos son los que ha vertido cada testigo secreto, que son los que constituyen el punto más sensible del asunto.

El desbarajuste previo es cierto, tanto como lo es la corrección efectuada a instancias de las asistencias técnicas, empero no es factible inferir de ese solo hecho, ni de la aparición de nuevas declaraciones producto de la organización a que se vio compelido el Ministerio Público, que ello provocara perjuicio a la defensa. Esta expone que debió conocer bien los atestados antes de la audiencia de preparación para poder formalizar las solicitudes de exclusión de testigos y los interrogatorios y contra exámenes. No obstante, la eliminación de testigos la pidió igual y le fue acogida, aunque por otro motivo y luego, revocada por la Corte de Concepción; mientras que para preparar interrogatorios y examen de testigos, bastaba con conocer la información antes de la audiencia de juicio oral, lo que se cumplió y si bien después protesta más adelante por no haber podido ejercer adecuadamente sus derechos en cuanto al examen de los testigos protegidos, ello obedeció a otra razón: la identidad protegida, no al desorden primitivo en la carpeta de investigación.

Tampoco ha señalado de qué otro derecho concreto, diligencia o gestión precisa se vio impedida a consecuencia de la falta de prolijidad en la recopilación de información del fiscal a cargo, lo que conduce necesariamente a la imposibilidad de analizar la efectividad del desmedro que dice haber sufrido y, con ello, la real trascendencia de la irregularidad que denuncia.

Lo expresado conlleva el rechazo de la causal en estudio.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, en forma subsidiaria a todas las causales en comento, la defensa de JSJR, aduce una vez más **la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal**, devala violentado el artículo 19, N° 3°, de la Carta Política, en armonía con el debido proceso, por el derecho a una investigación racional y justa. Acude a la historia fidedigna de la Ley N° 19.519, que reformó la Carta Fundamental e incorporó al Ministerio Público en la expresión “procedimiento e investigación, racionales y justos”, estampada en dicho artículo 19 y a los artículos 83 de la misma, que entroniza al Ministerio Público como órgano autónomo; y 53, inciso 2°, 77 y 166 del Código Procesal Penal, que consagran el principio de legalidad que impone al persecutor el deber de iniciar y sostener la persecución penal de todo delito de acción pública, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o cesarla a su antojo, sin perjuicio del aforismo de oportunidad reglado, lo que significa que no puede ejercerse en forma arbitraria, sino que en las conjeturas determinadas por la misma ley.

Expone que aunque la ley procesal autoriza la existencia de testigos protegidos, tal condición sólo subsiste hasta la etapa de juicio oral y que bajo ningún pretexto está prevista para eximir de responsabilidad al co-imputado que declara contra los demás.

Sobre el punto la Ley N° 18.314, a pesar que permite mantener la protección del testigo, sigue respondiendo a la idea de resguardar la integridad de esa persona, pero en modo alguno se introdujo para dar inmunidad al imputado que declara contra otras personas.

Sostiene la defensa que el persecutor presentó como testigo de cargo al individualizado bajo el N° 26 y consta de la misma acusación que hay varios imputados en la causa a quienes se favoreció con el artículo 248, letra c), del Código Procesal, que consagra la facultad de no perseverar en el procedimiento; y consta de la disidencia que, conforme depusieron los funcionarios policiales JLLL y AEU, el testigo con reserva de identidad N° 26 era uno más de los hechos que manifestó su voluntad de declarar y prestar colaboración, a quien se le asignó la calidad y protección de testigo. Ese testigo incluso reconoció su intervención en los hechos y disparó un arma de fuego.

Dice suponer quien podría ser este testigo protegido N° 26, dado que en Cañete se ventiló otro juicio por el delito de robo en lugar no destinado a la habitación que se dividió en dos. En uno de esos litigios no se acusó a quien cree es el testigo 26, condenándose a todos los convictos; y en el otro pleito se acusó precisamente a quien piensa es el testigo 26, pero se decretó en su beneficio la suspensión condicional de procedimiento, improcedente en la especie, con arreglo al artículo 245 de la compilación adjetiva de penas.

Entonces se pregunta la defensa, si esa persona ya obtuvo una suspensión condicional improcedente y la decisión de no perseverar en este procedimiento, ¿qué beneficios procesales obtuvo?, y ¿están ellos contemplados en la ley? Responde que esta situación no está dentro de las atribuciones del Ministerio Público y que ese accionar viola el derecho de su representado a una investigación y procedimiento racionales y justos.

Reconoce que en las leyes N° 20.361, 20.000 y 18.314 se contemplan especies de recompensas para el inculpado que declara contra sus copartícipes, pero no se considera la posibilidad de no persecución penal del imputado que coopera. Ello está prohibido también en la ley procesal, artículo 195, porción final, "*Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal*"

Alega la preparación del recurso porque pidió la exclusión del testigo y en su momento, igual solicitó que no declarase bajo juramento. También le causó menoscabo porque la calidad de protegido que se le confirió, le impidió conocer su identidad para ejercer la defensa de sus derechos conforme a la ley para desacreditarlo e incluso para probar su interés en declarar si consiguió provecho de ello.

En definitiva, requiere se declare la nulidad parcial del juicio oral y del veredicto y se retrotraiga la litis a la etapa de celebrar audiencia preparatoria en la que habrá de suprimirse el testigo N° 26.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que para comprobar la causal subsidiaria IV del artículo 373, letra a), y su preparación, la defensa del acusado JSHR aportó la siguiente prueba:

1.- Registro de audio del juicio oral pista 101207-02-02 que corresponde a los dichos del testigo protegido N° 26, del minuto 06:00 al 09:40. De la pista 02-03 de ese mismo

testigo, del minuto 01:03 al 04:31; de la pista 02-04, también de dicho testigo protegido, del minuto 01:33 al 02:14.

Luego se escuchó la pista 101207-01-01 incidente, desde 00:44 que si bien se ofreció hasta el 04:42, se interrumpió poco antes de terminar por el defensor, por considerarlo suficiente; y, después, en la pista siguiente, 01-02 desde el 00:01 al 01:33.

2.- Documental: copia de la acusación en rit 476-2009 del Juzgado de Garantía de Cañete; copia de la sentencia en rit 59-2009 del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, de veintisiete de enero de dos mil diez; copia del acta de audiencia de juicio oral en rit 59-2009 del Tribunal Oral de Cañete, de veintiocho de abril del mismo año; y, sobre con individualización del testigo con reserva de identidad N° 26.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que como se advierte de la simple lectura del recurso, en este párrafo se impugna el proceder del Ministerio Público acerca de algunas prerrogativas que le son privativas y, además, en relación a un sujeto cuya identidad las defensas ignoran por habersele brindado protección, en su calidad de testigo y atendidas las especiales circunstancias que lo hicieron aconsejable.

La defensa estructura esta causal y las protestas que sobre ella construye sólo en hipótesis o conjeturas, porque al desconocer la identidad del individuo llamado “el testigo N° 26”, presume que coincide con alguien que ya obtuvo una franquicia de suspensión condicional en un supuesto improcedente y en seguida aventura que sería un inculpado en esta causa que ahora logró otra gracia también ilegítima, como la opción de no perseverar que fue en su momento sometida al conocimiento del tribunal competente y del que no se dice cuál habría sido su resultado o si medió algún tipo de impugnación o reclamo jurisdiccional o administrativo.

Cualesquiera sean las circunstancias, no es dable analizar ni emitir pronunciamiento respecto de una denuncia de infracción de derechos que se alza sobre cimientos dubitativos, como un “quizás”, un “tal vez”, un “a lo mejor”.

Por otro lado, esta denuncia, en cuanto se yergue sobre meras especulaciones, resulta carente de fundamentos, de suerte que el tribunal que conoce la identidad del testigo secreto, no está forzado a revelar su identidad, por no encontrarse en esta queja comprometida garantía constitucional o derecho alguno que deba ser amparado, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá a propósito del examen de la reclamación formulada por el uso de un testigo protegido al asilo de la Ley N° 18.314. Ello queda en descubierto por el divorcio que se nota entre los fundamentos del recurso y su petitorio. El origen está en que al testigo se habría beneficiado con más de aquello que el fiscal tiene permitido conceder, en tanto en la solicitud pide su exclusión porque su calidad de protegido le impidió conocer su identidad para ejercer la defensa de sus derechos.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que las asesorías jurídicas de los acusados RELLP y HJLLC, instauraron **como causal principal en sus recursos, la del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en conexión con un procedimiento e investigación racionales y justos. Igual motivación, pero en forma subsidiaria fue impetrada por la defensa de JSHM.**

Develaron atropellados los artículos 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14, apartado 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 260, 266 y 307 del Código Procesal Penal, que obligan al

acusador a individualizar a los testigos con nombre, profesión, domicilio y puntos sobre los que deberá recaer su testimonio.

Cimentan su disconformidad en que el Ministerio Público presentó testigos protegidos cuya identidad no pudo conocer la defensa, porque se refugió en la facultad contemplada en el artículo 307, inciso 1º. del Código Procesal, echando mano a la Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas. La defensa solicitó la exclusión de esos testigos, a lo que accedió el Juez de Garantía, pero más tarde fue revocado por la Corte de Apelaciones, en circunstancias que como había resuelto el juez de Cañete, la situación invocada por el persecutor para la protección de identidad tendiente a resguardar la vida y seguridad de los testigos, no cumplía el estándar suficiente como para contravenir la garantía constitucional de la defensa en detrimento de los inculcados.

Además, la asistencia legal alegó que los antecedentes acompañados por el persecutor a la acusación, en lo que toca a los testigos, imposibilitaron informarse del contenido de las declaraciones, por lo pronto, debido a la falta de individualización de los testigos (a consecuencia de la protección del mismo) y, a continuación, porque declararon en una sala contigua con sistema de circuito cerrado de televisión, sin que la defensa pudiera dirigirles las preguntas directamente. Así se desbarató el derecho a defensa porque se les impedía preparar adecuadamente las preguntas y el contra examen, como asimismo, dirigirles directamente las preguntas, violándose de paso los adagios de inmediatez y oralidad.

Las declaraciones proporcionadas por el persecutor en varias secciones aparecen con texto borrado e inconexo e incluso no se cumplía la numeración de individualización asignada por el propio Ministerio Público. Sólo este último aspecto se corrigió después del reclamo que presentaron las defensas ante la Fiscalía, pero subsistió el problema de los borrados en los atestados, lo que resulta de gran importancia, particularmente respecto del testigo N°26, cuya declaración sirvió de soporte al tribunal para establecer la participación de los cuatro acusados. Sobre el particular reprocha: 1º que se protege su identidad conforme al artículo 18 de la Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas, a pesar que el tribunal desestimó íntegramente las acusaciones cifradas en tales conductas, por lo que debió desaparecer la prueba derivada de esa normativa; y, 2º que esa prueba no estaba debidamente individualizada en la carpeta de investigación, pese a que así lo aseguró en estrados el fiscal de la causa ante la Corte de Apelaciones de Concepción, pues habían varios con los N°s 1 y 2, sin que hubiere identificación más allá del N° 14, de manera que la defensa desconocía cuáles eran las declaraciones del testigo N° 26 a esa fecha, lo que sólo se corrigió después de un reclamo, deficiencias que devienen en violación del derecho a un procedimiento racional y justo.

Finalmente, explican haber preparado sus arbitrios porque en su oportunidad pidieron la exclusión de los testigos con identidad protegida; e impetran se declare la nulidad parcial del juicio y del fallo, sólo respecto de los delitos por los que fueron condenados sus defendidos y se retrotraiga el procedimiento hasta la audiencia preparatoria que se realice nuevamente por tribunal no inhabilitado.

**La defensa de HJLLC adicionó** como conculcados, los artículos 1º, 5º, 19, N°s. 1º, 2º, 3º, 26º y demás pertinentes de la Carta Política, en consonancia con el debido proceso, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 259, letra h), del Código Procesal Penal. Si bien este ordenamiento admite los testigos protegidos, sólo lo son durante la investigación, pero tal privilegio no puede subsistir después al declarar en el juicio oral.

Esa norma no estaba alterada por la Ley N° 18.314, constituyendo una garantía básica de la defensa conocer la prueba de la acusación y ello abarca los nombres de los testigos y los puntos sobre los cuales van a deponer. La modificación posterior para permitir los testigos con identidad reservada, es inaplicable en la especie, porque afecta el derecho de defensa de su representado “privándolo de un derecho humano adquirido”.

Cita abundante jurisprudencia comparada sobre la procedencia y valor de los “testigos anónimos”.

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que, en forma subsidiaria a los motivos de competencia natural de esta Corte, la defensa del encartado JSHR promovió la **causal del artículo 374, letra c), del Código Procesal Penal, por no habersele permitido ejercitar las potestades que la ley le confiere.**

Destaca violentados los artículos 19, N° 3°, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, cuando asegura el derecho a defensa jurídica en la forma que la ley indica, la que no puede ser impedida, restringida o perturbada, 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, y 14, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen el derecho a ser oído, a controvertir la prueba de cargo y a la defensa técnica.

En principio, esta defensa resalta el carácter adversarial de nuestro actual régimen procesal penal y luego precisa que ello entrega (en lo que interesa a la causal) la obligación de acreditar las inhabilidades de los testigos al contra examen que pueden hacer las defensas, el que de ser limitado, torna inexistente ese derecho. Trae a colación la historia fidedigna del establecimiento del texto adjetivo penal y la discusión suscitada con ocasión de permitir o no la existencia de testigos secretos y concluye que ello no fue querido por los legisladores.

Se refiere a la exclusión que su parte pidió en el Juzgado de Cañete de los testigos reservados y que se aceptó por razones ya detalladas, pero que revocó la Corte de Concepción, quien tuvo presente el lugar aislado donde viven las familias involucradas, la gravedad de los delitos por los que se libraron cargos y las prerrogativas establecidas en los artículos 307 y 308 del Código Procesal, y muy en particular, los artículos 15 y 16 de la Ley N° 18.314, para cuyo efecto citó el fallo de esta Corte N° 4423-2003. Amén que el secreto sólo cubre su identidad y no el contenido de sus dichos, por lo que no se conculcaba el derecho de la defensa. Empero tales reglas de la Ley N° 18.314 sólo se aplican a la investigación mas no al juicio oral y, en el hecho, se mermó el derecho del defensor a contra examinar a los testigos en el juicio oral, porque se les prohibió realizar preguntas sobre la credibilidad e imparcialidad del testigo N° 26, lo que no era menor si se recuerda que se trata de un imputado a quien se dotó de un “*blindaje*” para que declarase contra los demás y se impidió luego a la defensa practicar las preguntas necesarias para descubrir sus motivaciones secundarias; como también la falta de móviles reales para otorgar reserva a su identidad.

Termina su recurso este defensor, solicitando se invalide el juicio y la sentencia y se reponga el proceso al estado de ejecutar nueva audiencia preparatoria en la que se excluya a todos los testigos protegidos por obstaculizar al defensor ejercer los derechos que la ley le franquea.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que esta última causal corresponde a una absoluta, pero en su esencia descansa en los mismos antecedentes fácticos que sirven a los defensores de RELLP y HJLLC para sostener vulneración a sus garantías constitucionales y a los derechos reconocidos en tratados internacionales vigentes, al punto que su mandatario denuncia señaló también infracción al artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, razón por la cual estos tres motivos serán examinados conjuntamente.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que para demostrar las circunstancias de su causal absoluta, la defensa del acusado JSR rindió la siguiente prueba en la audiencia de vista del recurso:

1.- Registros de audio del alegato del seis de septiembre de dos mil diez, ante la Corte de Concepción en el ingreso N° 427-2010, pista 100906-00-02: del minuto 16:11 al 20:47.

De la audiencia de juicio oral, pista 101207-02-03, que corresponde al atestado del testigo protegido N° 26: del minuto 04:07 a 07:40; del 13:23 al 16:17; y, en la pista 02-05, del minuto 06:12 al 09:07.

2.- Documental consistente en copia del acta de la audiencia de preparación de juicio oral en el rit 1144-2008, rol del Juzgado de Garantía de Cañete y, previamente incorporada, la copia de la resolución de diez de septiembre del año recién pasado, de la Corte de Apelaciones de Concepción recaída en el ingreso N° 427-2010.

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Que los reparos de las asistencias profesionales contra el desorden de los antecedentes suministrados por el fiscal, de acuerdo al artículo 260 del Código Procesal Penal, ya han sido analizadas con ocasión de otra causal de invalidación, donde se acepta que semejante desbarajuste existió, pero tal como las defensas de RELLP y HJLLC lo admiten, ello fue corregido después de la audiencia preparatoria y antes de la audiencia de juicio oral, lográndose en aquella efectivamente la exclusión de los testigos protegidos y, dispuso para la otra, de los antecedentes ordenados, en términos que no era la falta de acuciosidad del fiscal la que impedía el ejercicio del derecho a defensa.

Lo que ahora se rehúsa sobre la subsistencia de los borrones o tarjado con plumón, apunta a lo propio del alegato que esta vez se ventila sobre la existencia o autorización de los testigos protegidos.

**VIGÉSIMO NONO:** Que el cuerpo procedimental del ramo reglamenta los testigos protegidos o con reserva de identidad en los artículos 307 y 308, y allí el legislador dispone que los dichos del testigo comienzan con su individualización completa, sin perjuicio de las excepciones contempladas en leyes especiales, para luego hacer una precisión relativa al domicilio del declarante y la necesidad de que siga en reserva si la revelación pública del mismo entraña peligro para él o para otra persona; y aun cuando el párrafo segundo se remite sólo al domicilio, el tercero, comprende también su identidad, al prohibir y penalizar la divulgación en cualquier forma de la individualización del sujeto cuando se ha hecho uso de ese derecho.

El artículo 308 en tanto, regula expresamente la protección de los testigos y habilita al tribunal para que *“en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.”* En el inciso segundo se añade que el Ministerio Público, de oficio o a petición del interesado, de igual forma, adoptará las medidas necesarias

para conferir al testigo antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección.

De esta normativa común, el artículo 15 de la Ley N° 18.314 recoge la noción al preceptuar que: *“Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal, si en la etapa de investigación el Ministerio Público estimare, por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.*

*Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o alguna de las siguientes medidas: a) que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos”.*

El artículo 16 de la misma ley consiente al tribunal para decretar la prohibición de revelar de cualquier forma la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación, incluido el impedimento de fotografiarlos o captar su imagen a través de cualquier medio y el artículo 17 estatuye que de oficio o a petición del interesado, *“durante el desarrollo del juicio, o incluso una vez que éste hubiere finalizado, si las circunstancias de peligro se mantienen, el Ministerio Público o el tribunal otorgarán protección policial a quien la necesitare, de conformidad a lo prevenido en el artículo 308 del Código Procesal Penal.”*

Similares salvaguardias adoptan los artículos 30 a 35 de la Ley N° 20.000, de dos mil cinco, sobre tráfico de sustancias estupefacientes y drogas, por lo que semejantes medidas no son exclusivas ni novedades de la vilipendiada ley terrorista y no se sabe de alguien que pretexto ilegalidades o excesos en la legislación genérica y común.

**TRIGÉSIMO:** Que bajo este prisma y como tema preliminar a despejar, las últimas enmiendas a la ley especial sub lite datan del treinta y uno de mayo de dos mil dos, mientras que los hechos investigados y por los cuales resultaron condenados los comparecientes, se perpetraron recién el año dos mil ocho y la imputación más antigua se asienta en un hecho punible del año dos mil cuatro, que no se logró comprobar en definitiva, de modo que no parece exacta la afirmación de la defensa de HJLLC en el sentido que las transformaciones legales son posteriores y esa suerte de derecho adquirido que pretende sobre la disposición antigua, máxime si se opone al dogma que las reglas procedimentales rigen *in actum*, salvo plazo dilatorio fijado en la misma ley.

Sólo en el artículo 18 de la Ley N° 18.314 se introdujo una corrección el ocho de octubre de dos mil diez. Ese artículo se refiere a la forma de proceder para tomar la declaración del testigo protegido ante el Juez de Garantía y que puede extenderse al Tribunal Oral, así como la potestad del tribunal de excluir del debate cualquier alusión a la identidad que pudiera poner en peligro su protección. La rectificación legal adicionó al último inciso, las siguientes oraciones finales: *“El defensor podrá dirigir al testigo o perito protegido las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad. Lo expuesto en este inciso se aplicará a quien se encuentre en el caso del artículo 9º.”* De la simple lectura de lo

incorporado por la modificación, se advierte que no se perjudicó a la defensa en la forma que alegó el abogado del acusado HJLLC, sino que se explicitó un derecho ya establecido, con una limitación también ya consagrada.

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Que, antes de examinar la contrariedad que el derecho interno pueda presentar con el derecho internacional, es preciso esclarecer si lo obrado por los jueces que intervinieron en el proceso, así como lo realizado por el Ministerio Público en esta materia, se cumplió dentro de las facultades y las órbitas propias de sus respectivas competencias, y si se hizo con apego irrestricto al derecho y respeto a las garantías constitucionales de los imputados.

Desde ya los preceptos de la Ley N° 18.314 no son tan disímiles a las comunes del Código Procesal Penal, dado que todos facultan la protección de un testigo.

Es cierto que en la discusión parlamentaria del Código Procesal Penal sobre la procedencia o aceptación de los testigos con identidad protegida se discurrió sobre el temor que ello pudiera prestarse para venganzas o confabulaciones y se consideró que pudiera ello llevar a la indefensión absoluta del afectado. También se hicieron elucubraciones sobre la posibilidad que ahora tenían los jueces de hacer desalojar la sala o impedir el ingreso del público, lo que en un momento se estimó suficiente para proteger al testigo e incluso se hizo un paralelo con el procedimiento penal antiguo, haciéndose presente que entonces, el secreto duraba sólo hasta el término del sumario.

Sin embargo, esas fueron las disquisiciones formuladas en la discusión, lo que condujo a la supresión de parte del artículo originalmente propuesto por el Ejecutivo y que constaba de 6 incisos. En el primero, al igual que ahora, se establecía la obligación del testigo de señalar su completa individualización. En el segundo, se contempla la posibilidad que la indicación pública de su domicilio pudiera ser peligrosa y se consiente omitirla. En el tercero -que fue suprimido- se contenía la eventualidad que la manifestación pública de la identidad misma representara peligro para el testigo o terceros y se autorizaba entonces al tribunal para permitirle la omisión de ese dato.

El cuarto ordenaba al tribunal que, en los dos casos anteriores -de omisión del domicilio e/o identidad-, hiciera al testigo las preguntas necesarias para establecer la credibilidad de los motivos invocados. El inciso quinto -que fue suprimido y después se restableció quedando como inciso tercero- sanciona a quien divulgue **la identidad** del testigo que ha hecho uso del derecho señalado en el inciso precedente, el que permite reservarse el domicilio, pero identidad y domicilio son dos cosas diferentes, de modo que si los legisladores quisieron sancionar a quien divulga **la identidad** ordenada proteger, naturalmente, han querido amparar la identidad de un testigo. Tal conclusión está avalada y se mantiene dentro de los parámetros señalados en el artículo 308 del Código Procesal Penal, que los legisladores quisieron segregar expresamente en precepto aparte, cuando se autoriza al tribunal en casos graves y calificados para adoptar medidas especiales tendientes a preservar la **identidad** del testigo que lo pida, las mismas que puede prohijar el Ministerio Público.

Por lo demás, nada indica que esa protección se restrinja sólo a la época de la investigación, porque las normas recién analizadas están ubicadas en el Título III del Libro II, que gobierna el Juicio Oral del Procedimiento Ordinario; y, en seguida, porque el artículo 307 prescribe que "*el Presidente de la Sala o el juez, en su caso*", o sea, se extiende tanto a los tribunales que funcionan colegiados, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, como al unipersonal, el Juez de Garantía. En el mismo sentido, el artículo 308, que faculta tanto al tribunal como al Ministerio Público para adoptar precauciones

tendientes a guarecer al testigo, precisa en el inciso segundo, que ello será “antes o después de prestadas sus declaraciones”, con lo que resulta evidente que el resguardo del testigo no fue implementado por los legisladores sólo para la etapa de investigación de un delito, sino que para sus fases posteriores e incluso hasta después de su término. Especialmente, si se tiene en cuenta que es en juicio donde se rinden las pruebas, entre ellas, el testimonio del testigo protegido.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Que conviene insistir, como ya se anticipó, que la Ley N° 18.314 contiene, entre los artículos 15 a 18, un elenco de cánones relativos al amparo de testigos, que comienza por prevenir: Artículo 15: “*Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal*”, para a continuación transcribir el artículo 308 de este texto normativo, cuyo inciso segundo, encierra una clara manifestación si se acepta que lo que se pretende es proteger la identidad de una persona: “*Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o alguna de las siguientes medidas: a) que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos*”

Igualmente, los artículos 16 y 17 de esa ley especial, repiten dos disposiciones de la recopilación procesal general, según ya se vio: “El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio”. Y, luego, la prerrogativa de mandar auxilio policial a quien lo necesitare.

Finalmente, el artículo 18, con las nuevas enmiendas incorporadas incluso, permite a los jueces disponer, también, que las declaraciones de los testigos protegidos se presten por cualquier medio idóneo que impida su individualización física normal, para cuyo efecto le ordena al juez comprobar en forma previa la persona del testigo, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. En esas condiciones, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de éste.

Este es el marco legal que rige el tópico sometido al conocimiento de esta Corte, plenamente ajustado y concordante con la legislación común que gobierna la materia. Y la sola circunstancia que el tribunal en definitiva haya resuelto descartar todas las acusaciones formalizadas sobre hechos tipificados en la Ley N° 18.314, por considerar que se verificaron ciertas conductas carentes de la connotación necesaria para calificarlas en esa normativa, como lo requirió, en su momento, el Ministerio Público, en nada altera en este nuevo escenario la evidencia incorporada al tenor de las prescripciones de esa ley especial, apegada como se dijo a las pautas generales de nuestro régimen jurídico, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá. Puesto que se pesquisarón ilícitos de carácter terrorista y se libró acusación por injustos de esa misma naturaleza, sólo que no se reunió prueba suficiente que la sustentara o el tribunal llamado a su valoración, consideró que ello no se había satisfecho.

Sea como fuere y como ya antes se dejó en claro, la normativa general del Código Procesal Penal igual se abre a la comparecencia de testigos protegidos con la reserva de su identidad, aún después de prestado su testimonio y por períodos no determinados, pero sólo el necesario para su efectivo amparo después del juicio; de

modo que ha quedado obsoleto proporcionar resguardo a los testigos con identidad protegida que depusieron en el litigio, al alero de la antigua Ley N° 18.314, puesto que ya se declaró su improcedencia al caso concreto, pero subsistirá la salvaguardia general que el artículo 308 del Código Procesal Penal les brinda, mientras subsistan las circunstancias que lo hagan aconsejable, más aún si se tiene en cuenta que las disposiciones especiales que rigen la prueba testifical protegida, en todo caso, se enmarca en el ámbito de la normativa común.

Desde ya es oportuno aclarar que en esta litis se han aplicado las normas del Código Procesal y las referencias que se han hecho a disposiciones de leyes especiales como la N° 18.314, que se han mencionado, pero ello no importa más que reconocer al Código su carácter de ley general bajo cuyo imperio, no otro, se decide esta litis.

**TRIGÉSIMO TERCERO:** Que en lo que atañe a las motivaciones de los jueces del Tribunal Oral, de la Corte de Apelaciones en su momento o del fiscal del Ministerio Público, para conceder la protección solicitada por los testigos al margen de las alegaciones suscritas en otra causal basadas en simple conjeturas o supuestos de cierta connivencia ilegal entre un presunto imputado-testigo y la Fiscalía con favores irregulares obtenidos por aquél, las razones de peligro para su integridad física o psíquica o la de sus familiares cercanos, habrán sido mejor calificadas por quienes se hallaban inmersos en la realidad fáctica de los sucesos que sacudieron a la zona de la Araucanía en la época de los hechos averiguados. Al efecto, vale tener presente que en la litis no sólo se indagaron un robo con intimidación y una emboscada que terminó con un fiscal, varios detectives y otros tantos carabineros heridos, sino que también se pesquisaron varios actos incendiarios que en definitiva se acreditaron, pero sin lograr determinar la participación culpable que en ellos le cupo a cada imputado. También es menester tener en cuenta por estos sentenciadores, que conforme describió el experto de Carabineros de Chile, la emboscada que sufrieron el fiscal E y los demás funcionarios mencionados, se inscribe en la denominada “de aniquilamiento”, cuyo objetivo procura debilitar a la fuerza pública; una actividad propia de las guerrillas bastante recurrente en la zona. Pero, por sobre todo, suficiente para considerar la procedencia del auxilio requerido, corroborado por la comparecencia al juicio de un testigo visiblemente lesionado, según se dejó constancia en la misma sentencia, lo que le habría sucedido “por sapo”.

Los antecedentes reseñados resultan idóneos en opinión de estos jueces, para justificar la protección brindada a quien se atrevió a declarar contra los inculcados, por encima de las imputaciones de la defensa acerca de la obtención de provechos indebidos recibidos del Ministerio Público, y de lo que habrá de hacerse cargo el Fiscal Nacional, en su caso.

**TRIGÉSIMO CUARTO:** Que las defensas de RELLP HJLLC y JSJR aseguran que se les impidió ejercer debidamente sus derechos, lo que dividen en dos acápite. Uno tiene que ver con el hecho que, a consecuencia de la protección del testigo, éste declaró a través de un sistema de circuito cerrado de televisión que les imposibilitó apreciar sus reacciones ante las preguntas que se le formulaban, como también, se afectó la máxima de oralidad e inmediatez.

La otra se refiere a que el fiscal objetó a tal extremo sus preguntas y el tribunal acogió de tal manera sus protestas, que en definitiva, prácticamente no tuvieron derecho a realizar contra examen alguno. Aquella se concilia con la protección de la identidad del testigo, sin que pueda verse su rostro, habiéndose confiado a los jueces disponer la forma en que reciben la declaración del testigo protegido para velar por la reserva de su individualización y entonces el tribunal optó por el sistema de circuito cerrado de

TV, que parece apropiado para que aquél pueda testificar y mantener su salvaguardia de personalidad, que según fluye de la prueba aportada y lo sostenido por los abogados en estrados, se hizo de cara al tribunal, siendo éste quien se reservó la atribución de apreciar sus reacciones ante las preguntas, precisamente porque a la postre debe valorar sus dichos.

En lo que concierne a la inmediatez y oralidad, no se advierte la forma en que se habría perdido, toda vez que tanto el tribunal como el testigo, a pesar de estar separados por un vidrio, siguieron de cuerpo presente en la audiencia y percibieron de modo directo y a través de sus sentidos, tanto la recepción de la prueba como las intervenciones de los litigantes.

La restante recriminación sobre la imposibilidad de contra examinar a los testigos protegidos, se trata de un hecho que requiere prueba y sólo el abogado del imputado JSHR la rindió y del audio que se escuchó correspondiente al conainterrogatorio del testigo N° 26, tanto por el profesional V, como por su colega M, únicamente se captaron preguntas atinentes al domicilio o al lugar donde estuvo viviendo el testigo y si fue detenido con ocasión de los mismo hechos, las que fueron objetadas por el fiscal y acogidas tales impugnaciones por el tribunal y, con razón, desde que claramente ponían en riesgo la identificación del testigo. Tirúa no es una comuna muy grande, ni cuenta con tantos habitantes, por lo cual las posibilidades de ubicar o identificar a una persona por su domicilio son bastante amplias, sobretodo, si como señaló el defensor Vial, tenían sospechas de quien podría ser el testigo protegido. Lo mismo acontece, si se reduce el número de posibles declarantes al de imputados en la causa. En esa porción, no es posible sostener que el tribunal o el fiscal o la circunstancia de ser un testigo protegido, hayan impedido a la defensa ejercer las facultades que la ley le concede, ni menos, que se haya desconocido el derecho a defensa.

El fiscal AC en su alegato, explicó que el testigo con identidad protegida N° 26, fue interrogado por aproximadamente una hora por la Fiscalía y que las preguntas del contra examen hecho por las defensas superó el doble de ese tiempo. De ser ello efectivo, descontando las posibles objeciones, efectivamente la defensa formuló preguntas, pero por falta de prueba, no es factible saber cuáles hizo y cuáles o por qué motivos le fueron desechadas.

**TRIGÉSIMO QUINTO:** Que, en fin, en relación a la inobservancia de normas de carácter internacional, se torna útil explicitar como tópico inicial, que los testigos protegidos, secretos o anónimos, como quiera llamárseles, existen por imperativos de justicia. Posiblemente en hechos tan simples como el hurto de un teléfono celular, donde el bien jurídico en desmedro puede ser considerado bagatela frente a la alteración del derecho a defensa, sería difícil encontrar alguien que esté dispuesto a levantar la voz por la protección de un testigo. Sin embargo, en los delitos más graves o de mayor trascendencia social, donde las diferentes legislaciones y los cuerpos legales especiales, comienzan a sentir la necesidad de flexibilizar las pautas y reconocer que puede existir una colisión entre dos garantías constitucionales que habrá de resolverse afectando proporcionalmente cada una de ellas, sin vulnerarlas en su esencia.

Para tan grave disquisición, es preciso estar bien enterado de las circunstancias fácticas y de las condiciones en que se producen los hechos que hacen necesaria la ponderación. Por ejemplo, el tráfico de drogas, la trata de blancas, los delitos de lesa humanidad, los que involucran a los menores de edad. Una persona normal, frente a este tipo de injustos, bien podría considerar indispensable el quebranto parcial de ciertas prerrogativas en pos del amparo de bienes jurídicos de valor superior, aunque

también puede verificarse en ilícitos menos trascendentes a nivel humano y que no se alzan como un flagelo en el plano mundial, como el robo, el incendio o las lesiones; pero en un contexto donde no sólo parece producirse una escalada de violencia, sino que además, se extiende sobre un territorio claramente determinado, al punto que los habitantes que se sienten menoscabos por los hechos deciden no perseverar en la construcción de sus terrenos, venderlos, o desmotivar a quienes se interesan en acercarse a la zona de conflicto.

El fiscal C relató en su intervención en estrados, la necesidad de resguardar a los testigos que se habían atrevido a declarar contra los inculpados por diversas razones, entre las que enumeró el ataque armado a un testigo protegido ante el tribunal de Angol; que el testigo protegido N° 2 de este pleito fue agredido por VLI por ser sapo de SJ; que, asimismo, los testigos protegidos N° 26 y 27 denunciaron haber sido víctimas de amenazas, en actual investigación, debiendo uno de ellos ser reubicado; que dos de ellos fueron llevados por un abogado a una notaría para desistirse de sus dichos, lo que abrió un sumario por obstrucción a la justicia; que otro testigo protegido fue golpeado antes de prestar declaración y resultó con fractura de nariz; que a la salida de la Fiscalía se castigó a una persona porque se creyó que era un testigo protegido; que el ofendido del robo con intimidación, SJ, fue asaltado justo después que algunos de los hechos obtuvieron su libertad; para terminar con una serie de pinturas con amenazas en las paredes en Puerto Choque.

Sólo el defensor V lo confrontó en dos casos en que arguyó que uno de los testigos acometidos, lo había sido por otro testigo protegido y que el ataque que sufrió el juez L de Garantía de Cañete, lo fue por un hecho común, no vinculado a estos delitos.

En doctrina o en derecho comparado, repugna de los testigos protegidos la posibilidad de impedirle al enjuiciado examinar a los presentados en su contra y a su favor, en iguales condiciones, con el objeto de ejercer efectivamente su derecho a defensa; considerándose incluso como una violación a la garantía del carácter público de los procesos penales. Verbi gracia, se dice que no podrían saber cómo fue que los testigos tomaron conocimiento de los hechos debatidos.

Sin embargo, en los mismos organismos internacionales se ha reconocido circunstancias en las cuales, tanto la investigación como el juzgamiento de ciertos delitos, incluidos los terroristas, pueden exponer a quienes participan en la administración de justicia a serios amedrentamientos contra su vida o su integridad física o psíquica o de las personas que constituyen su núcleo familiar. Y ocurre que el Estado tiene también la tarea de proteger a quienes administran justicia, tanto como a quienes coadyuvan al esclarecimiento de los ilícitos de que se trata. A ello está obligado en nuestro país el Ministerio Público, a entregar protección a víctimas y testigos. En esos casos, las entidades y tribunales internacionales aceptan que debe brindarse amparo a esos testigos, *sin perjudicar en su esencia el derecho a defensa*, o sea, se admite que la colisión de los derechos existe y se zanja por consentir que alguno de ellos debe ceder ante el otro, siempre que no signifique romper la esencia misma del derecho. En nuestro país, el mismo predicamento se consagra en el artículo 19, N° 26°, de la Constitución Política de la República.

Naturalmente, tan grave decisión sólo puede adoptarse en cada caso particular y con completo conocimiento de las circunstancias concretas del mismo. Son medidas excepcionales, para situaciones excepcionales y que se adoptan siempre con control absoluto de los intervinientes para evitar que los cotos a la práctica de alguno de los derechos que importa la defensa en juicio sea mínima y que en ningún evento entrase o limite el ejercicio del núcleo esencial de esa garantía.

En el caso concreto, como se examina en otro acápite de este fallo, los sucesos que hicieron aconsejable dar protección a los testigos fueron reales, sin que en los recursos, ni en estrados se hayan expuesto razones poderosas que desvirtuaran tal aserto. Asimismo, se reconoce la restricción a la posibilidad de ver la cara del testigo, para apreciar sus reacciones corporales, deslinde que resulta obvio a la salvaguardia de su identidad; pero donde el fuerte del alegato se concentró en las limitaciones a las preguntas de los defensores o contra examen, lo que no fue probado a estos sentenciadores.

**TRIGÉSIMO SEXTO:** Que en cuanto a los testigos protegidos, aunque hubo más de uno que prestó declaración en autos, las impugnaciones apuntan contra el denominado testigo N° 26, ya que sus dichos sirvieron de fundamento para demostrar la participación de los acusados en los hechos investigados, pero ocurre, además, que no fue el único antecedente tenido en cuenta para esa demostración.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que las defensas de JSHM y de HJLLC, **han intentado en forma subsidiaria a las demás causales, la del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en sintonía con el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial.**

Sindican contravenidos los artículos 19, N° 3°, inciso 5°, de la Carta Magna, 10, 11 y demás pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los pertinentes del Código Procesal Penal. Sostienen que el juez Carlos Muñoz Iturriaga preguntó al testigo reservado N° 26 si entendía lo que es una acusación, con lo cual lo que hizo fue “levantar la credibilidad del testigo”, excediendo las atribuciones que tiene para interrogar. A la vez que, en forma reiterada negó las peticiones de la defensa (de prueba nueva que detalla) y prácticamente no fundamentó las resoluciones con que desestimó las consultas u oposiciones a las interrogantes del fiscal, mientras que sí le permite proceder a su antojo. Sin desarrollar ningún fundamento de derecho, proclama preparación del reclamo según constaría en la audiencia de juicio -audio que no se le recibió como prueba-, y termina por impetrar se declare la nulidad parcial de la resolución y del juicio y se reponga el proceso al estado de realizar nueva audiencia preparatoria, sin precisar su finalidad.

**TRIGÉSIMO OCTAVO:** Que basta para negar lugar al presente arbitrio la ausencia de fundamentos de hecho como de derecho, desde que no se explicita cómo se atropellaron las garantías constitucionales que se pretende y tampoco queda claro cómo una sola pregunta de uno de los jueces del tribunal sería indiciaria de la parcialidad que se le atribuye, apoyado por la prueba que se pretendió introducir en la audiencia de vista del recurso y que no era atingente a lo que ahora se censura porque entonces la parcialidad se hizo consistir en la calidad de relator que antes habría ostentado el juez redactor del fallo.

La sola pregunta formulada al testigo sobre si comprendía o no lo que significaba una acusación, no aparece a los ojos de esos jueces como parcial o efectuada con la intención de “levantar su credibilidad” como pretextan las defensas de JHM y HJLLC.

No hay probanza acerca de las preguntas de la defensa y que le habrían sido denegadas, como tampoco de las objeciones descartadas sin fundamento alguno. De idéntica manera no hay evidencia de los mismos hechos, pero respecto del fiscal, en otras palabras, de qué objeciones de la defensa no habrían sido aceptadas y qué preguntas inoportunas le habrían sido permitidas sin más.

La falta de acreditación de los presupuestos sobre los que descansa la denuncia, así como del desarrollo de la afectación de derechos que se dice provocada, obstaculizan dar mayor análisis a esta causal; a lo que se suma el petitorio donde pide extender la nulidad hasta la audiencia preparatoria del juicio oral, lo que no se pormenoriza ni se advierte por estos juzgadores cuál pudiera ser su designio.

**TRIGÉSIMO NONO:** Que la defensa de RELLP planteó en subsidio de las demás causales impetradas, la del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en conexión a la igualdad ante la ley.

Anota vulnerados los artículos 19, N° 2° y 3°, inciso 5°, de la Carta Política, 10, 11 y demás pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los pertinentes del Código Procesal Penal. Despliega las anomalías al absolver a cinco de los acusados por el robo con intimidación cometido en Tirúa el quince de octubre de dos mil ocho, cuando la prueba rendida para tener por demostrada la participación de aquéllos era la misma reunida para demostrar la de quienes resultaron condenados. Otro tanto ocurrió con el delito de homicidio frustrado en la persona del fiscal adjunto del Ministerio Público. Coyuntura en las cuales la declaración del testigo reservado N° 26 involucró a todos los encausados, a pesar que los jurisdicentes dijeron ser especialmente rigurosos en su estándar de convicción, por lo cual estimaron que los elementos no les permitían formar convicción más allá de toda duda razonable acerca de los hechos por los que resultaron absueltos.

No requiere preparación aduce porque el vicio se produjo en la sentencia y solicita se declare la nulidad parcial del juicio y del veredicto y retrotraer el proceso al estado de realizar nueva audiencia preparatoria por juez no inhabilitado, pero no expresa su propósito.

**CUADRAGÉSIMO:** Que, claramente, esta impugnación exige a estos sentenciadores una valoración de elementos de cargo que les está vedado, pues se trata de una labor privativa de los jueces del tribunal oral.

La convicción corresponde al proceso de resolución íntima de convencimiento que cada juez desarrolla con la prueba que ha podido percibir a través de sus propios sentidos y que los magistrados realizaron durante el largo tiempo que comprendió la audiencia de este juicio oral, proceso que no fue presenciado por este tribunal superior, de suerte que no están en condiciones de reproducir una valoración que los ponga en situación de descubrir la infracción que el recurrente denuncia por esta vía. Si lo que critica es que con unos mismos motivos los jueces condenaron a u nos y absolviéron a otros, entonces su causal debió corresponder a una absoluta del artículo 374, letra e), del estatuto procesal de penas, más no a esta de contravención de garantías constitucionales.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO:** Que, las defensas de RELLP, HJLLC, JSHM y JSJR, dedujeron en forma subsidiaria, la **causal del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, por haberse omitido en la sentencia los requisitos del artículo 342, letras c) y d)**, de dicho compendio.

Al respecto, afirman que el tribunal dio por establecidos los hechos en las reflexiones 78ª y 79ª, para cuya demostración tuvo presente los medios de prueba a que se refieren los racionios 25° y 35° a 44°; mientras que la participación culpable de JSJR, se acreditó con los elementos de cargo que constan entre las elucubraciones 45ª a 53ª del fallo refutado, que en cada caso pormenoriza. Acto seguido distingue lo

que ha de entenderse por la motivación de la sentencia y la forma en que se satisface el requisito del artículo 342, letra c), de la recopilación adjetiva del ramo, para alegar que en la especie se omitió la exposición de los hechos y accidentes con los que estimó probada la participación culpable de JSHR en los ilícitos por los que fue condenado, ya que no basta con enunciar los medios de prueba y valorarlos, sino que es imprescindible indicar la “conclusión” que determina la atribución de la norma penal y sus colofones jurídicos, tramo éste que no se cumplió porque no se dice cómo intervino, ni las circunstancias de su participación. Tampoco describe “el contenido de los medios de prueba”, sino que se contenta con “parafrasearlos”, vale decir, acomoda la información, la modifica y así termina por asignar certeza a un hecho que el testigo no afirmó con seguridad, como acontece, por ejemplo, con Eladio Quiroz y con el testigo reservado N° 26, de quienes explica latamente el “parafraseo”.

También el tribunal incurre en abstención de la información derivada del contra examen de las defensas, lo que establece con algunos extractos que copia en el recurso. Y develan que los jueces prescindieron derechamente del contenido completo del medio probatorio, como sucedió con la testigo LMV (funcionaria de policía), que sólo fue mencionada en el razonamiento 69°, pero sin que se reprodujera el sentido de su atestado.

Agrega que el tribunal debe consignar las razones en cuya inteligencia confiere preeminencia a un medio de prueba frente a otro, pero entre los basamentos 46° a 49° no especifica las premisas que le permiten dar crédito al funcionario E y al testigo N° 26, ni por qué prefiere sus dichos y descarta los argumentos y probanzas de la defensa en orden a que el testigo N° 26 mintió durante la investigación y que Espinoza obtuvo información en un proceso irregular. Amén que por lo que toca, al requisito de la letra d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, el tribunal no señala razones legales para reprimir como autor a JSHR, en los injustos, ni la calidad de autor que le atribuye (15, N°s. 1°, 2° ó 3°, del Código Penal).

Termina por pedir se declare la nulidad del juicio y del laudo y que se determine el estado en que deberá quedar el procedimiento.

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:** Que para la demostración de esta motivación, la defensa de JSHR, ofreció prueba del registro de audio de la audiencia de juicio oral, atinente a la declaración del testigo reservado N° 26, con acuerdo del fiscal C presente y sin oposición de los demás intervinientes a que lo ofrecido pertenece exactamente a lo transcrito en el recurso, de suerte que no se escuchó; como asimismo, ofreció varias secciones de audio del testimonio de LM, manifestó el letrado V que no era el contenido de sus aseveraciones lo que le interesaba, sino que el hecho de que esa persona depuso efectivamente por el tiempo mencionado en su libelo y que responde aproximadamente a una hora y once minutos.

**CUADRAGÉSIMO TERCERO:** Que el defecto de haberse suprimido describir en forma precisa la participación de los imputados en los hechos atribuidos en el dictamen, procede tener presente que en los fundamentos 78° y 79°, al darse por establecidos los delitos de autos se estampó respecto de los intervinientes, lo siguiente: *“un grupo de sujetos dentro de los cuales se encontraban HLLC, RLLP, JHR y JHM, armados con escopetas y otros elementos, concurren hasta dicho lugar, para luego dividirse en grupos, uno de los cuales se ubicó realizando labores de vigilancia en las inmediaciones, en tanto que otro grupo, procedió a”*; y, en el otro delito, se estableció que *“fueron atacados con armas de fuego del tipo escopeta, por un grupo de sujetos, los cuales se ubicaron, un grupo en las cercanías del cementerio,*

*en tanto que el otro, justo antes del cruce de caminos allí existente procediendo a disparar de forma sostenida y reiterada”*

Luego, entre los fundamentos 45° y 60°, bajo el rótulo “Participación de los acusados en los hechos signados como primer grupo de delitos” los sentenciadores del Tribunal Oral en lo Penal, examinaron todos los antecedentes que tuvieron en cuenta para tener por establecida la participación de los inculpados en los delitos por los que resultaron condenados, analizan en ese pasaje los dichos del testigo con identidad reservada N° 26, del prefecto AEU -que se refirió a lo declarado por JHM y a algunos antecedentes más-, las escuchas obtenidas de la interceptación del teléfono que usaba HJLLC y a las que aludieron los testigos LL, ÑF y AP, además de la constancia en un documento; también lo aseverado por el ingeniero acústico SA y el técnico cartógrafo ELA apoyado en otros documentos y el perito AS del Laboratorio de Criminalística en relación a un informe planimétrico; y lo que se logró de la interceptación del teléfono móvil que portaba JSR y que fue uno de los sustraídos desde el domicilio de SJ, cuestión que explicó el detective RS con un informe policial y el tráfico de comunicaciones de ese número; más la intervención del teléfono de un tercero, OC, donde se constató un llamado del inculpadado HJLLC, y el de la pareja de RELP que registra dos avisos de este último en una hora próxima al ataque al fiscal, con sus correspondientes registros y explicaciones de la Policía; y, finalmente, la incautación de una motosierra Husqvarna desde el domicilio de RELP, con el informe del perito y las fotografías de rigor.

**CUADRAGÉSIMO CUARTO:** Que aun cuando no se indicó en el veredicto que se revisa la posición precisa que cada uno de los hechores asumió en cada uno de los dos ilícitos por los que resultaron sancionados, como tampoco el uso directo o naturaleza de las armas empleadas en cada injusto, ello no obsta al establecimiento de su participación y de las circunstancias de las mismas, lo que no ha podido ser afinado de mejor manera por las dificultades implícitas en la forma de comisión de los hechos, pero que en ningún caso varía la intervención de autores que a cada uno de ellos competente y que se enmarcó en el artículo 15, N° 1°, del Código Penal, conforme se aprecia de las citas legales del edicto en estudio, sin perjuicio de la autoría que cada tipo penal sindicada cuando castiga -al que- lesiona o procura matar.

Tampoco altera la adecuada fundamentación del pronunciamiento, la mayor o menor síntesis de los asertos de cada testigo o perito, por cuanto no están obligados a consignar íntegramente sus dichos, sino basta una reseña de sus explicaciones. Lo que se les repara acerca de un supuesto –parfraseo- no es más que un desacuerdo con la redacción o resumen asumido por el encargado de la escrituración y con la que ha manifestado su conformidad el tribunal al suscribirla, pero no implica que haya falseado la información, sino que, a lo sumo, alguna falta de acuciosidad. Si bien se ha tildado de falta de rigor la reproducción de alguno de los dichos de los testigos, no se constata adulteración en sus afirmaciones, sino que se ha dotado de mayor énfasis, lo que sólo se pretendió probar con el análisis íntegro de cada testimonio comprendido en el reproche. No se advierte tampoco la existencia de perjuicio alguno si, como ya se ha destacado, para demostrar la participación de los inculpados se ha tenido en consideración más de una sola declaración.

Lo que desaprueba a la testigo LM, parece irrelevante, porque se trata de una funcionaria policial y no se sostiene algún aporte concreto a la defensa cuya supresión le infiera deterioro, y también porque sus dichos fueron valorados por el tribunal en el considerando 69° al hacerse cargo de ciertas peculiaridades de la detención de JHM, en particular una lesión en su oído, único detalle relevante de su versión, sin que aparezca otro dato de la detención no abordado por los restantes deponentes.

Cuando la defensa representa al tribunal no haber explicado su preferencia por un medio de prueba por sobre otro, alega que se optó por los dichos del prefecto E y del testigo protegido N° 26, en lugar de lo probado por la defensa en el sentido que ese testigo mintió y que E obtuvo información en un procedimiento ilegal. Pero ambos argumentos resultan equivocados porque no es efectivo que E obtuviera información en un procedimiento viciado, como ya se concluyó; y, que la defensa haya “probado” que el testigo N° 26 mintió, no pasa de ser una impresión completamente personal del oponente. Tal vez demostró que un hecho o circunstancia específica entró en contradicción o se retractó, pero ello no envuelve embuste. El resultado global de su declaración es un tema cuya valoración íntegra incumbe al tribunal.

**CUADRAGÉSIMO QUINTO:** Que la defensa de JSHR también invocó en forma subsidiaria, una vez más, la **causal del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, relativa a la falta de requisitos del artículo 342 de esa compilación, acerca de la valoración de los medios de prueba y fundamentación que permite reproducir el razonamiento.**

Expone que los jueces enunciaron los medios de prueba relevantes en que fundan el hecho que los agentes sabían de la presencia del fiscal adjunto del Ministerio Público en el lugar de los hechos: ello se afirmó sólo a partir de los dichos del testigo N° 26 cuando sostiene haber oído a HJLLC invitar a los demás -a darle al Fiscal- lo que significaría dispararle.

El artículo 297 del código del ramo obliga al tribunal a realizar una valoración completa de las pruebas y ocurre que, según la comparación de versiones que hace el recurrente de lo afirmado por el Fiscal, el testigo N° 26 y los funcionarios LL, PM y SR, se notan inconsistencias entre las horas de las decisiones tomadas por la policía de concurrir al sitio del suceso y lo relatado por el testigo 26 al punto que era imposible enterarse con antelación que el fiscal integraba el grupo.

Pide se declare la nulidad del juicio y del dictamen y se determine el estado del procedimiento para la realización de un nuevo juicio.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO:** Que esa asistencia legal rindió prueba en la audiencia de juicio para acreditar esta causal, de la siguiente forma:

Registro de audio del juicio, pista 101125-00-02 que corresponde al interrogatorio del fiscal E entre los minutos 07:10 a 07:50 y 08:20 a 09:18; como asimismo de la pista 101207-01-04 del contra examen del testigo N° 26, del minuto 04:55 a 07:37; también la pista 101118-03-11 del testigo Jorge Pino, minuto 04:30 a 05:23; y, pista 101126-01-04, del minuto 13.35 a 14:50.

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO:** Que en el hecho que se tuvo por probado y se calificó luego de homicidio frustrado y lesiones simplemente graves, se especificó que los sujetos activos procedieron *“con el objeto de dar muerte al representante del Ministerio Público, resultando lesionados como consecuencia de ello, el Fiscal Adjunto antes mencionado, con un impacto de perdigón en su mano derecha, de carácter leve, y asimismo, los funcionarios de la Policía de Investigaciones”*.

Lo que se procuró fundamentar en los racionios 61° y siguientes del fallo en revisión, donde el tribunal aseguró la concurrencia del dolo directo de tipo homicida, esto es, la intención positiva de causar la muerte de la persona objeto del ataque, toda vez que las escopetas utilizadas a corta distancia, “las máximas de la experiencia enseñan que sus consecuencias pueden ser devastadoras en el ser humano, no obsta a que

continúen siendo uno de los elementos más frecuentemente utilizados para privar de la vida a un individuo”. En el razonamiento 62° se refuerza nuevamente la idea del dolo directo de matar en las fotografías de la camioneta que conducía el fiscal, donde se aprecia que recibió repetidamente impactos de ese tipo de armas, a una distancia aproximada de ocho metros, dirigidos principalmente a la cabina, “siendo aquella particular concentración de disparos, lo que denota claramente un ánimo homicida por parte de quienes lo ejecutaron”.

En el ordinal 63° de la decisión, los jueces descartan la posibilidad que los hechos ignoraran la presencia del fiscal, en la creencia que sólo disparaban contra Carabineros porque la teoría del caso de la defensa era la inocencia; e igualmente, resulta reprochable disparar contra personal de Carabineros en servicio que hacerlo contra un fiscal del Ministerio Público, pues revela no sólo desprecio por la vida humana del ofendido, sino que de la autoridad que aquél inviste, lo que pareció evidente a los magistrados del tribunal oral de la comparación de las normas que reprimen la agresión a uno u otro.

A estos datos añaden la declaración del testigo reservado N° 26, quien refirió que HJLLC invitó a los demás copartícipes a -darle al Fiscal-, que como él mismo explicó, -no es otra cosa que dispararle a aquél-, dicen los sentenciadores. Y suman que el robo que sufrió SJ el quince de octubre de dos mil ocho, hacía previsible la asistencia de un fiscal adjunto en la zona, el que además se constituyó con un importante contingente de móviles que incluía un carro Mowag, lo que permitía concluir necesariamente que se había incorporado una autoridad importante en materia investigativa en el sector; e infieren que no podía ser casual la ubicación y distancia de los proyectiles que se concentraron en los rodados del fiscal y del GOPE que le antecedía y que eran los únicos dos de la caravana que no tenían logos distintivos y donde la camioneta del fiscal presenta mayoritariamente disparos en forma perpendicular, lo que supone que los tiradores se ubicaron frente a ese vehículo.

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO:** Que como surge de la sola relación de todos los antecedentes que los jurisdicentes consideraron para establecer el dolo directo, así como del conocimiento de la presencia del fiscal en la zona, aparece que el fundamento de hecho de la causal no es efectivo, puesto que los jueces no se atuvieron sólo a los dichos del testigo protegido N° 26, sino que formularon otras disquisiciones y analizaron otras probanzas, de donde se sigue que las inconsistencias que el recurrente repudia, apuntan sólo a uno de los antecedentes, mas no a los restantes, lo que resta asidero a la censura, sin perjuicio de lo que se resuelve en la causal siguiente frente a la protesta que aquí se ha hecho.

**CUADRAGÉSIMO NONO:** Que las defensas de RELLP, HJLLC, y JSHM, en subsidio de todas las motivaciones anteriores, han deducido **la del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal.**

Claman transgresión al artículo 268 ter del Código Penal, desde que su finalidad no sólo consiste en preservar la persona del fiscal, sino la investidura de la función persecutora de delitos en un Estado de Derecho democrático, de modo que el fundamento de la especificación o cualificación de la norma está dada por la autoridad, víctima del delito, lo que implica, a su vez, que en la faz subjetiva del tipo sea indispensable el dolo directo, en cuanto al conocimiento del sujeto activo, que sepa con certeza quién es la persona contra quien dirige su acción criminal, porque de lo contrario, ante la duda, sería procedente a lo sumo el dolo eventual, suficiente para el tipo común de homicidio, más no para el calificado de que se trata.

Acude a la historia de la ley para sostener que la mayoría legal, estimó concurrentes todos los elementos de la figura especial en el motivo 61° del laudo, pero apoyado en los medios que describen en el razonamiento 63°: que era igual de reprochable atentar contra Carabineros que contra el fiscal; y que lo afirmado por un testigo reservado y otros indicios hacían del “todo previsible” la presencia de un fiscal en el sector. Tales reflexiones, sólo confirman que no se probó dolo directo y que la conducta de los acusados no se dirigía directa y ciertamente contra un fiscal, desde que la “previsibilidad” encierra incertidumbre, jurídicamente incompatible con la certeza y realidad que exige el dolo directo.

Demandan se declare la nulidad parcial de la sentencia y que se emita la de reemplazo que les imponga por el delito de homicidio simple frustrado y las lesiones graves a los funcionarios de la Policía, la pena única de cinco años y un día, con el reconocimiento de la atenuante del artículo 11, N° 6°, del Código Penal.

La defensa de RELLP agrega que, en lo que atañe a los homicidio frustrado del fiscal adjunto del Ministerio Público y lesiones simplemente graves al personal policial, previstos en los artículos 268 ter del Código Penal y 17 bis, N° 2°, de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, aquél exige dolo directo, que supone la existencia de un ingrediente intelectual como es el conocimiento de las circunstancias objetivas y subjetivas del tipo, acompañado de la voluntad de realizarlo, es decir, el componente volitivo. Se requiere, por consiguiente, dolo directo, conciencia plena que atacaban a un fiscal del Ministerio Público y a miembros de la Policía de Investigaciones de Chile en ejercicio de sus funciones y que, en ese entendimiento, quisieron atentar contra su integridad física.

Mas no fue posible demostrar que los procesados sabían que en la caravana de aproximadamente quince coches de Carabineros, se desplazara uno guiado por un fiscal del Ministerio Público y cuatro miembros de la Policía de Investigaciones de Chile.

Esta errónea aplicación del derecho influyó en lo dispositivo de lo resuelto porque significó la imposición de una penalidad improcedente. Cita en aval de su pretensión el voto de minoría.

Arguye también infracción de los artículos 432, 436, inciso 1°, y 439 del Código Penal, en torno al robo con intimidación por el que se le condenó adicionalmente, desde que no se acreditó que las especies sustraídas fueran de dominio de SJ o de alguien de su familia, como a la vez ausencia de prueba de la participación de RELLP en ese injusto, por falta de reconocimiento de los ofendidos.

Acogido al artículo 385 del Código Procesal Penal, impetra se anule parcialmente la decisión y se extienda otra de reemplazo ajustada a derecho.

La asesoría letrada de HJLLC en tanto, enumera violentados los artículos 268 ter del Código Penal y 17 bis, N° 2°, del Decreto Ley N° 2.460, de mil novecientos setenta y nueve, con idéntica fundamentación de los anteriores recurrentes sobre quebrantamiento al artículo 268 ter del Código Penal, que ahora se extiende al delito de lesiones simplemente graves causadas a la Policía de Investigaciones que describe su Ley Orgánica. Se remite a la historia de la ley en ambos eventos y a la falta de comprobación del dolo directo acerca del conocimiento de la presencia de un fiscal y cuatro funcionarios policiales en la comitiva que circulaba ese día por el lugar y el deseo de querer matar a aquél y lesionar a éstos.

Termina por solicitar se declare la nulidad de la resolución y se suscriba otra de reemplazo con arreglo a derecho.

**QUINCUAGÉSIMO:** Que desde luego y en relación a la supuesta infracción a los artículos 432, 436, inciso 1°. y 439 del Código Penal, que formuló sólo la defensa de HJLLC, respecto del delito de robo con intimidación, la que hizo consistir en el hecho que no se probó, que las especies sustraídas fueran de propiedad de SJ o de alguien de su familia, el solo hecho que no se haya contenido un razonamiento concreto sobre el cumplimiento de esa circunstancia, no constituye un vicio de nulidad, desde que en varios pasajes del fallo se da por afirmada la calidad de legítimo poseedor o propietario de ese ofendido respecto de las especies sustraídas, lo que se subraya incluso al tenerse por acreditado el segundo ilícito por el que fueron condenados, donde se asevera que los imputados hicieron uso de las armas de fuego que sustrajeron de ese domicilio y de alguno de los celulares del mismo ofendido SJ. Por lo demás, la exigencia legal en este sentido consiste en que el bien sustraído sea ajeno respecto del ladrón, lo que consta en autos y se reafirma con la circunstancia que ninguno de los imputados se ha atribuido ese dominio.

Luego, en la parte que se reclama por la falta de reconocimiento de las víctimas de ese ilícito, del acusado HJLLC, en ese párrafo el recurso adolece de manifiesta falta de fundamentación, desde que se ha reclamado en las mismas otras causales, el hecho que JHM involucró a los demás acusados en el hecho, lo mismo que ocurrió con el testigo protegido signado con el N° 26, de modo que la falta u omisión de una diligencia probatoria para el establecimiento de la intervención del acusado, que se demostró, además, por otros medios, carece de trascendencia alguna.

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** Que la doctrina enseña que los delitos especiales por los que se castigó a los imputados exigen para su comisión la concurrencia de dolo directo (Renato Astroza Herrera: "Derecho Penal Militar", segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos setenta y cuatro, N° 305, página 480).

El artículo 268 ter del Código Penal dispone que "*El que mate a un fiscal del Ministerio Público en razón del ejercicio de sus funciones*", vale decir, requiere en el sujeto activo conocimiento y albedrío de matar a un individuo de quien debe saber se trata de un fiscal, al que, además, quiere matar en razón del desempeño de sus funciones.

El artículo 17 bis del DL N° 2.460, prescribe: "El que hiriere, golpeare o maltratase de obra a un miembro de la Policía de Investigaciones de Chile que se encontrare en el ejercicio de sus funciones, será castigado: 2°. Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días" y al igual que en el tipo precedente, requiere de dolo directo: el autor debe conocer y querer lesionar a un ser que tenga la calidad de funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile, de modo que es necesario que esté en conocimiento de esa calidad especial del sujeto pasivo.

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO:** Que como ya se dijo antes, para establecer la existencia del dolo directo de matar, el Tribunal Oral en lo Penal tuvo presente que se usaron escopetas, que utilizadas a corta distancia, según "las máximas de la experiencia" serían "uno de los elementos más frecuentemente utilizados para privar de la vida a un individuo".

Empero, ponderó las fotografías de la camioneta que gobernaba el fiscal, y resalta que fue repetidamente blanco de balas de esa clase de armas, a una distancia aproximada

de ocho metros, dirigidos principalmente a la cabina, “siendo aquella particular concentración de disparos, lo que denota claramente un ánimo homicida por parte de quienes lo ejecutaron”.

Estas son los únicos dos razonamientos jurídicos vertidos en el proceso para dar por probado el dolo directo de matar.

Después, para tener por demostrado el conocimiento del sujeto calificado que exigen las dos disposiciones especiales por las que han sido juzgados los impugnantes, los jueces anotan en el considerando 63° que no es dable que los convictos ignorasen la presencia del fiscal y que actuaran creyendo que sólo atacaban a carabineros, ya que resulta igual de reprochable atacar contra personal de Carabineros en servicio que hacerlo contra un fiscal del Ministerio Público, porque representa no sólo desprecio por la vida humana del sujeto, sino que de la autoridad que aquél inviste.

También tuvieron en cuenta la declaración del testigo reservado N° 26, quien refirió que HJLLC invitó a los demás copartícipes a -darle al Fiscal-, que como él mismo explicó, no es otra cosa que dispararle a aquél; además, que el robo que sufrió SJ el día anterior hacía previsible la presencia de un Fiscal Adjunto en el sector; y que éste se apersonó con un importante contingente de vehículos que incluía un carro Mowag, lo que necesariamente permite presumir la presencia de una autoridad importante. A eso agregaron que tampoco puede ser casual la ubicación y distancia de los proyectiles que se concentraron en los móviles del fiscal y del GOPE que le antecedió y que eran los únicos dos de la caravana que no tenían logos distintivos y donde el rodado del fiscal presenta mayoritariamente impactos en forma perpendicular, lo que supone que los tiradores se ubicaron frente a ese coche.

**QUINCUGÉSIMO TERCERO:** Que, sin embargo, cuando los sentenciadores dicen “que resulta igual de reprochable disparar contra personal de carabineros en servicio que hacerlo contra un fiscal del Ministerio Público”, parten reconociendo que los acusados atentaban contra Carabineros, no contra un fiscal y algunos funcionarios de Investigaciones y pretenden equiparar la gravedad de ambos hechos, al sostener que pueden ser igual de reprochables, pero desde el punto de vista estrictamente jurídico no satisface las exigencias de un tipo penal especial que contempla dolo directo y sujeto calificado.

A continuación se refugian en un testimonio que en esta sección resulta singular (puesto que no se incorporó el dicho de JHM reproducido por E) y que es el testigo protegido N° 26 cuando oyó la invitación a -darle al Fiscal-, expresión no explicada por quien la profirió, sino por el auditor, que la interpretó cómo dispararle a aquél.

A ello sumaron el robo que sufrió SJ el día anterior y que, en concepto de los jueces, hacía previsible la presencia de un fiscal adjunto en la zona, avalado por el contingente de vehículos que incluía un carro Mowag, lo que permitía concluir necesariamente la presencia de una autoridad importante.

En este apartado reconocen los jueces que sólo pueden especular sobre la presencia del fiscal en la zona, tanto porque hubo un robo, como porque había una caravana de rodados. Tales razonamientos no dan cuenta de dolo directo, sino sólo dolo eventual. Más tarde, los jueces agregaron que no podía ser casual la ubicación y distancia de los impactos concentrados en la camioneta del fiscal y la del GOPE que le antecedió y que eran las únicas dos de la caravana que no lucían logos distintivos y donde el móvil del fiscal presenta mayoritariamente huellas en forma perpendicular, lo que supone que los tiradores se ubicaron frente a ese coche.

Nuevamente se trata de suposiciones que pudieran ser naturales, pero que en ningún caso se refieren a la concurrencia del dolo directo que exige la especialidad de los artículos 268 ter del Código Penal y 17 bis, N° 2°, del DL N° 2.460.

En efecto, de la sola lectura del motivo 79° de la sentencia que se revisa, aparece que los jueces del Tribunal, Oral en lo Penal se limitaron a sostener que los acusados trataron de matar al fiscal adjunto, “resultando lesionados, como consecuencia de aquella acción los funcionarios policiales”, de donde deriva como necesaria conclusión que en ese considerando, la faz subjetiva del tipo que se atribuye a los imputados en ese injusto se advierte como dolo eventual, como un resultado previsto como posible de atentar contra la vida del fiscal y que se acepta como tal. No es dolo directo y tampoco es dolo eventual de la figura específica por la cual han resultado condenados los recurrentes, sino del dolo homicida supuestamente desplegado contra el fiscal E.

Esa cuestión resulta de la mayor trascendencia, puesto que en parte alguna de la sentencia se aprecia que se haya razonado acerca del dolo de lesionar con el que habrían actuado los acusados contra los funcionarios de la policía de Investigaciones, a partir de los hechos que se tuvieron por establecidos y que constituye otro motivo de anulación del dictamen en examen.

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO:** Que en la descripción del hecho concreto, de lo expresado resulta manifiesto que en la sentencia no se ha contenido el razonamiento que habilite sostener la existencia del dolo directo de matar o lesionar y de sujeto calificado que requiere la peculiar normativa en que se insertaron los cargos formulados a los sentenciados, como a la vez, se desprende del motivo 79°, párrafo tercero, que no se ha especificado dolo alguno en la acción desplegada contra los funcionarios de la Policía de Investigaciones.

**QUINCUAGÉSIMO QUINTO:** Que en la descripción del hecho concreto que se tuvo por probado -como hecho A2- se ha dicho lo siguiente: *“Que el día 16 de octubre de 2008, aproximadamente a las 00:30 horas, y luego que el Fiscal Adjunto del Ministerio Público MES, junto a personal de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile, todos en el ejercicio de sus funciones, habían ingresado al sector Puerto Choque en la comuna de Tirúa, a objeto de verificar una denuncia por el delito de robo con intimidación, y realizar las primeras diligencias en el domicilio del afectado JSJR, una vez que la caravana de vehículos que trasladaba al referido Fiscal Adjunto, hacía abandono por la ruta del mismo sector, al pasar por el Cementerio Local, fueron atacados con armas de fuego del tipo escopeta, por un grupo de sujetos, los cuales se ubicaron, un grupo en las cercanías del cementerio, en tanto que el otro, justo antes del cruce de caminos allí existente, prevaliéndose de lo aislado del lugar, la oscuridad reinante, las condiciones del terreno, y al hecho que la caravana tuvo que detenerse debido a la presencia de árboles cortados en el camino que impedían el paso, procediendo a disparar de forma sostenida y reiterada en contra del Fiscal Adjunto MES, como asimismo, en contra de los demás funcionarios policiales que lo acompañaban, con el objeto de dar muerte al representante del Ministerio Público, resultando lesionados como consecuencia de ello, el Fiscal Adjunto antes mencionado, con un impacto de perdigón en su mano derecha, de carácter leve, y asimismo, los funcionarios de la Policía de Investigaciones Subcomisario JOF, Inspector WOV, y el Inspector ARR, todos ellos con lesiones de carácter grave, con un tiempo de incapacidad superior a treinta días, además de resultar lesionados los efectivos de Carabineros Sargento Primero JSS y Sargento Segundo EQS”*

**QUINCUAGÉSIMO SEXTO:** Que por no haberse acreditado el conocimiento del sujeto calificado: fiscal del Ministerio Público en un caso y de funcionarios de la Policía de

Investigaciones, por el otro, sino sólo que el grupo que integraban los acusados emboscó y disparó en forma persistente contra una caravana de vehículos que creían integraba Carabineros de Chile, no es posible calificar los hechos antes establecidos en la forma que lo fueron en la sentencia en examen y así se ha incurrido en una infracción de derecho a los artículos 268 ter del Código Penal y 17 bis, N° 2°, del DL N° 2.460, aplicados a situaciones improcedentes.

La sola circunstancia que la cuadrilla creyeran estar disparando contra Carabineros, como en parte indican los sentenciadores, no es suficiente para hacer aplicables ninguno de los tipos singulares mencionados, porque se trata de sujetos pasivos calificados, que no admiten analogía, por muy parecidas que sean las labores que cumplan las autoridades de que se trata. No se está ante la presencia de una sanción general a quien atenta contra la autoridad, sino de quien ataca con conocimiento de ese hecho, a un fiscal y/o a funcionarios de la policía civil, determinados.

**QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO:** Que la deficiencia detectada conduce a la invalidación de la sentencia y de conformidad a lo ordenado en el artículo 385 del Código Procesal Penal, por haberse aplicado una pena superior a la que legalmente corresponde, a consecuencia de la errada calificación de los ilícitos investigados, procede anular parcialmente el fallo y reemplazarlo por otro ajustado a derecho.

Y visto, además, lo prevenido en los artículos 360, 373, 374, 378 y 385 del Código Procesal Penal, **SE ACOGEN** los recursos de nulidad interpuestos de fojas 191 a 260, 369 a 480, y 481 a 610, en representación de los condenados RELLP, HJLLC, y JSHM sólo en cuanto a la causal **del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal** enablada en forma subsidiaria al resto de las motivaciones propuestas, las que se rechazan, pero, en todo caso, **anulándose la sentencia en forma parcial** sólo en lo que respecta a los delitos de homicidio frustrado en la persona del fiscal del Ministerio Público y lesiones simplemente graves inferidas a los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, segmento que se reemplaza por la sentencia que se dicta a continuación, sin nueva audiencia y en forma separada.

Regístrese.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N° 2921-11.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Benito Mauriz A. No firma el abogado integrante Sr. Mauriz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a tres de junio de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

### **SENTENCIA DE REEMPLAZO**

De conformidad a lo decidido en la resolución que antecede y a lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta el siguiente fallo de reemplazo.

Santiago, tres de junio de dos mil once.

**VISTOS:**

Se reproducen los basamentos 1° a 60°, 64° a 114°, 119° a 125°, 127° y 128° de la decisión anulada con esta misma fecha y en este mismo rol.

Asimismo, se repiten los razonamientos 116° y 117° de la misma.

Del considerando 115° se elimina “y ha sido un importante fundamento para considerar la concurrencia de un específico de tipo homicida” y se le copia en lo demás.

Se reproduce el motivo 118°, pero en su párrafo segundo se sustituyen las locuciones “del Homicidio Frustrado” por “de las lesiones menos graves” y se suprimen más adelante en ese mismo acápite los vocablos “la vida”; y, en el enunciado tercero, se reemplaza la frase “en contra del representante del ente persecutor” por “en contra de Carabineros”.

En la enumeración se segregan las referencias a los artículos 7°, 21, 28, 30, 68 y 70 del Código Penal.

**Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que como ya se dejó establecido en el dictamen de nulidad precedente, las transgresiones de derecho que han movido a estos jueces a acoger la causal de nulidad del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, esgrimida por algunos de los recurrentes, se produjo en la calificación jurídica que los sentenciadores del tribunal oral en lo penal asignaron a los hechos que tuvieron por establecidos, en los términos que más adelante se señala.

**SEGUNDO:** Que, en efecto, el tribunal tuvo por acreditadas determinadas circunstancias que en caso alguno constituyen dolo directo, sino a lo sumo, dolo eventual, en la producción del resultado dañoso y al conocimiento que los agentes habrían tenido de la calidad de las víctimas de los ilícitos.

El tema no es menor, desde que tanto el artículo 268 ter del Código Penal como el 17 bis, N° 2°, del Decreto Ley N° 2.460, de mil novecientos setenta y nueve, Orgánico de la Policía de Investigaciones de Chile, describen sendos sujetos pasivos calificados respectivamente: un fiscal (o un defensor) y tres funcionarios de la Policía de Investigaciones, todos en el ejercicio de sus funciones; de modo que no basta con que los jurisdicentes supongan o presuman que los atacantes “no podían menos que saber” de la presencia del fiscal, puesto que esa lucubración denota exactamente lo que reclama la defensa: dolo eventual, pero no dolo directo, propio de estos ilícitos con sujetos pasivos calificados. No hay atisbo en sus disquisiciones jurídicas que los agresores conocieran efectivamente la permanencia del fiscal y de los policías de Investigaciones en la caravana y que disparasen contra la fila con el ánimo de matar al primero y de lesionar a los detectives y aceptando -con dolo eventual- que también pudieran resultar heridos los Carabineros que los acompañaban, que reconocen era su intención. Por el contrario, cuando el tribunal dice que es tan grave atacar contra Carabineros de servicio que contra un fiscal, admite que los asaltantes arremetían contra este personal del orden público y si dentro de su proceso mental aceptan el riesgo de magullar a alguien más, el dolo eventual emerge con claridad respecto de esos otros, que en la especie no son otros que el fiscal y los detectives, pero ese

ánimo no satisface las exigencias de los tipos penales calificados por los que resultaron condenados.

Sólo se ha dado por establecido por el Tribunal Oral la etapa objetiva de la tipicidad, cual es la presencia del fiscal y de los funcionarios de la policía de Investigaciones en el sitio del suceso, pero prescinden de todo desarrollo del razonamiento jurídico acerca de la fase subjetiva, el conocimiento de la permanencia de esos sujetos pasivos calificados al ser emboscados por los acusados y que éstos niegan.

**TERCERO:** Que cabe objetar todavía, que no parece lógico pretextar que los sujetos activos hayan observado una intención distinta frente a los ofendidos que integraban una hilera compuesta por varios móviles que transitaban en orden aleatorio y en la oscuridad; y, peor aún, para cinco personas que viajaban juntas en el interior de un coche, al extremo de sostener que en estas condiciones tan adversas para los ejecutores pudieran discernir a cuál de los ocupantes matarlo y sólo herir a los restantes pasajeros instalados en el asiento trasero, lo que no se concilia con ese *animus neccandi* directo inherente a la figura especial de homicidio *sub iudice*.

**CUARTO:** Que bajo este prisma, y al no hallarse fehacientemente concurrente dicho dolo directo sobre el conocimiento de la investidura de los sujetos pasivos calificados de los ilícitos por los encausados sólo subsiste el dolo genérico de lesionar propio de los injustos comunes descritos en el Código Penal, como lo solicita la defensa.

**QUINTO:** Que a pesar que la asesoría jurídica de JHM no planteó la causal de infracción de derecho acogida y que motiva el pronunciamiento de reemplazo, así como sólo la defensa de HJLLC pidió la recalificación tanto del ilícito cometido en la persona del fiscal como de los agentes policiales, de conformidad a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 360 del Código Procesal Penal, “la decisión favorable que se dictare aprovechará a los demás, a menos que los fundamentos fueren exclusivamente personales del recurrente, debiendo el tribunal declararlo así expresamente” y como no se trata de motivos particulares, sino que, por el contrario, de un elemento subjetivo que incide en el tipo penal por el que fueron todos condenados, se favorecerá también con la decisión, al referido JHM y a los demás sentenciados en lo que concierne a la nueva calificación jurídica de los hechos punibles investigados.

**SEXTO:** Que se asentó en el fallo: “Que el día 16 de octubre de 2008, aproximadamente a las 00:30 horas, y luego que el Fiscal Adjunto del Ministerio Público MES, junto a personal de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile, todos en el ejercicio de sus funciones, habían ingresado al sector Puerto Choque en la comuna de Tirúa, a objeto de verificar una denuncia por el delito de robo con intimidación, y realizar las primeras diligencias en el domicilio del afectado JSJR, una vez que la caravana de vehículos que trasladaba al referido Fiscal Adjunto, hacía abandono por la ruta del mismo sector, al pasar por el Cementerio Local, fueron atacados con armas de fuego del tipo escopeta, por un grupo de sujetos, los cuales se ubicaron, un grupo en las cercanías del cementerio, en tanto que el otro, justo antes del cruce de caminos allí existente, prevaliéndose de lo aislado del lugar, la oscuridad reinante, las condiciones del terreno, y al hecho que la caravana tuvo que detenerse debido a la presencia de árboles cortados en el camino que impedían el paso, procediendo a disparar de forma sostenida y reiterada en contra del Fiscal Adjunto MES, como asimismo, en contra de los demás funcionarios policiales que lo acompañaban, con el objeto de dar muerte al representante del Ministerio Público, resultando lesionados como consecuencia de ello, el Fiscal Adjunto antes mencionado, con un impacto de perdigón en su mano derecha, de carácter leve, y

asimismo, los funcionarios de la Policía de Investigaciones Subcomisario JOF, Inspector WOV, y el Inspector ARR, todos ellos con lesiones de carácter grave, con un tiempo de incapacidad superior a treinta días, además de resultar lesionados los efectivos de Carabineros Sargento Primero JSS y Sargento Segundo EQS”

Si bien en este hecho se contempló la expresión “con el objeto de dar muerte al representante del Ministerio Público”, lo cierto es que ella se inserta en el estadio objetivo del tipo que no es suficiente para la correcta calificación jurídica del hecho punible, pues resulta imprescindible el análisis del período subjetivo del tipo, que el veredicto impugnado no desarrolló, en aquél ingrediente objetivo y aquí radica el error con influencia sustancial en la decisión que autoriza la invalidación.

**SÉPTIMO:** Que las lastimaduras sufridas por el fiscal fueron sólo leves en concepto del médico que las examinó, razón por la cual se comprenden en la noción general y residual de menos graves, pero pese a no haberse demostrado por los jueces del Tribunal Oral en lo Penal que los enjuiciados sabían que atentaban contra un fiscal, sí estaban conscientes que lo hacían contra Carabineros, y era su voluntad declarada, de modo que, sea como fuere, resultó ofendida una autoridad pública distinta, pero magistratura finalmente, circunstancia que impide calificar el injusto en el tipo especial del artículo 268 ter, que realiza la acusación, aunque de acuerdo con el artículo 1°, inciso tercero, del Código Punitivo, inscribe la conducta ilícita en la figura del artículo 401 del mismo estatuto, que reprime a los autores de ese delito con presidio o relegación menores en su grados mínimos a medios.

En cambio, las heridas recibidas por los funcionarios de la Policía de Investigaciones, O, O y R fueron simplemente graves, con un tiempo de incapacidad superior a treinta días, y entonces hallan su correcta calificación en el artículo 397, N° 2°, del Código Penal, castigadas con presidio menor en su grado medio.

**OCTAVO:** Que por haber incurrido los encartados en reiteración de simples delitos de la misma especie, a saber: lesiones simplemente graves a tres detectives y menos graves al fiscal, se regulará la penalidad en la forma señalada en el artículo 351 del Código Procesal Penal, por resultarles una condena menor que con el sistema de la acumulación aritmética y dado que las heridas sufridas por los funcionarios de Investigaciones tienen asignadas una sanción mayor, se tomará como base cualquiera de éstas, consistente en presidio menor en su grado medio, reconociendo la modificatoria de responsabilidad que beneficia a los imputados JSHR, JSHM y RELLP y sin modificatorias para HJLLC, para luego elevarla en un tramo, en virtud de la reiteración y así se obtiene el castigo corporal y temporal único de presidio menor en su grado máximo a aplicar en definitiva por los cuatro delitos de lesiones de que se trata.

Más, dentro de la extensión permitida, se determinará la penalidad así lograda teniendo en cuenta la minorante que obra a favor de tres sentenciados.

Por estas consideraciones y visto, además lo previsto en los artículos 24, 26, 29, 47, 67, 397, N° 2°, y 401 del Código Penal y 360, 373 y 385 del Código Procesal Penal, **se declara, que se condena** a los acusados RELLP, JSHR y JSHM a la pena única temporal de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, y a HJLLC, a la pena única de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, por su respectiva responsabilidad de autores de los delitos reiterados de lesiones simplemente graves inferidas a los funcionarios policiales JOF, WOV, y ARR y menos graves causadas al fiscal MES.

Se les impone también las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de cada condena.

La sanción principal aplicada deberán purgarla a continuación de aquella que se les infligió por su responsabilidad de autores del delito de robo con intimidación que sufrieron por la sentencia que se anuló parcialmente.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados y prueba rendida en esta instancia.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N° 2921-11.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Benito Mauriz A. No firma el abogado integrante Sr. Mauriz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a tres de junio de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

## Paraguay

**Absolución de culpa y pena a un procesado, juzgado dos veces por el mismo hecho y existencia de nuevos elementos de descargo surgidos con posterioridad a la sentencia que lo condenara.**

**SÍNTESIS JURÍDICA:** La Sala Penal -en mayoría- de la Corte Suprema de Justicia resolvió hacer lugar al recurso extraordinario de revisión y en consecuencia absolver de culpa y pena a un procesado militar cuya defensa alegó que el mismo fue juzgado en dos oportunidades por el mismo hecho existiendo identidad de sujetos, objeto y causa y fundamentando además en el hecho en que varios Oficiales y Sub Oficiales retirados de las Fuerzas Armadas han prestado declaración con relación a los hechos juzgados descartando la hipótesis fáctica por la cual su defendido fue condenado, además de existir documentos que avalan dichas declaraciones testificales de conformidad a lo dispuesto en los artículos 8 y 481 inc. 4 del Código Procesal Penal, 16, 17 numerales 1, 4, 8, 9 y 137, de la Constitución Nacional, 8.1. numeral 2 primer párrafo inciso f), 4 y 14 inc. 3 letra e y 14.7 del Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS:** La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conforme lo dispone el Art. 481 del Código Procesal Penal declaró procedente la revisión planteada por la defensa de un procesado militar, quien según lo definió la Sala en mayoría, ha sido sometido a un doble o paralelo procesamiento por el mismo hecho trasgrediendo la legislación imperante ya que la misma proscribió no solamente la doble sanción, sino, propiamente, el doble enjuiciamiento.

Así también se han considerado como válidas para enervar la sentencia condenatoria testimonios de militares de distintas graduaciones que tuvieron activa participación en los hechos inculcados al procesado y de las cuales se desprende la no existencia del hecho atribuido al mismo, considerando el orden de prelación de leyes y la aplicación de los tratados internacionales ratificados por el Paraguay.

**EXPEDIENTE: RECURSO DE REVISIÓN INTERPUESTO POR L. C. O. S. EN LA CAUSA: “SUMARIO INSTRUIDO AL GENERAL DE DIV. (SR) L. C. O. S., GRAL. DE BRIGADA (SR) S. R. R.; CNEL. DEM (SR) J. M. B. M. S/ SUPUESTOS DELITOS CONTRA EL ORDEN Y LA SEGURIDAD DE LAS FUERZAS ARMADAS DE LA NACIÓN E INSUBORDINACIÓN OCURRIDOS EN FECHA 22 Y 23 DE ABRIL DE 1996, EN DISTINTAS UNIDADES DE LA REPUBLICA”**

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° MIL SESENTA Y NUEVE**

En Asunción del Paraguay a los treinta días del mes de abril del año dos mil siete, estando en la Sala de Acuerdos, los Señores Ministros Dres. Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco, Miguel Oscar Bajac, José V. Altamirano, Raúl Torres Kirmser, Antonio Fretes, y los Señores Miembros del Tribunal de Apelación, Dres. Arnulfo Arias Maldonado, Mirtha González de Caballero y Basilio Dejesús García Ayala, quienes, respectivamente, integran el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en reemplazo de los Señores Ministros César Antonio Garay y Wildo Rienzi Galeano, así como del Dr. Emiliano Rolón Fernández quien, en su momento, integró el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sustitución del Ministro excusado Dr. Víctor Manuel Núñez, bajo la Presidencia de la primera de los nombrados, por ante mí la Secretaria Autorizante, se trajo al Acuerdo el expediente más arriba señalado, para resolver el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto en autos por el Sr. L. C. O., bajo patrocinio de los Abogs. E. F. L. B. y J. A. G., contra la **S.D. N° 01 del 9 de marzo de**

**1.998** dictada por el Tribunal Militar Extraordinario y su confirmatoria, el **Acuerdo y Sentencia N° 84 de fecha 17 de abril de 1998**, pronunciada por la Corte Suprema de Justicia, recaídos en los autos up-supra individualizados.-----

Previo al estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno resolvió plantear y votar las siguientes: -----

### CUESTIONES:

**¿Es admisible el recurso de revisión interpuesto?-----**  
**En su caso, ¿es procedente?-----**

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, arrojó el siguiente resultado: Dres. Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco, Miguel Oscar Bajac, José V. Altamirano, Raúl Torres Kirmser, Antonio Fretes, Arnulfo Arias Maldonado, Mirtha González de Caballero y Basilio Dejesús García. -----

**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, la Dra. PUCHETA DE CORREA, dijo:** En todo acto impugnativo -más allá de la variabilidad que la naturaleza de los mismos reclaman- se requiere el cumplimiento de ciertas exigencias jurídico procesales comunes previstas en la ley. De ahí la prioritaria necesidad de examinar, ante todo, la observancia de los requisitos de taxatividad de los medios impugnativos, puesto que estos solamente proceden en los casos expresamente establecidos por la ley instrumental y en las rigurosas condiciones en ella establecidas, de tal forma a que la admisibilidad quede equiparada a la procedencia formal del recurso y la fundabilidad a la procedencia sustancial o de fondo del mismo.-----

Dentro de esta tesitura se impone enfocar la cuestión en sus dos aspectos, lo relativo al poder de impugnación del que esta munido legalmente el revisionista y el objeto sobre el cual recae el ejercicio de la potestad recursiva que pone en marcha, lo que doctrinariamente es conocida como impugnabilidad subjetiva y objetiva. Es que el juicio de admisibilidad del recurso de revisión penal, adquiere una significación especial dado que, además de tratarse de un recurso extraordinario -lo que ya magnifica las condiciones de Admisibilidad-, reconoce poder jurídico de recurrir al condenado y teniendo como objeto impugnable a la sentencia condenatoria que asume jerarquía de cosa juzgada. -----

Con esa inteligencia, habiéndose interpuesto el recurso a tenor de lo dispuesto en los **Artículos 481, 482 y 483 del C. P. P.**, en concordancia con el **Artículo 17 numeral 4** de la Constitución Nacional, se percibe que el recurrente -patrocinado por profesionales de la matrícula- se halla en posesión de la legitimación activa para promoverla en su condición de principalísimo sujeto de la causa penal en la que, en Sede militar, fue penalmente sancionado, lo que sobradamente le habilita para implementar el especial resorte recursivo en procura de revertir la suerte adversa que le depara el pronunciamiento jurisdiccional contra el cual se alza (**Art. 482 – numeral 1 – del C.P.P.**).-----

Además, el objeto impugnado por la vía recursiva intentada es la **Sentencia Definitiva N° 01 de fecha 09 de marzo de 1998**, dictada por el Tribunal Militar Extraordinario y el **Acuerdo y Sentencia N° 84 de fecha 17 de abril de 1998**, emanado del Pleno de la Corte Suprema de Justicia que confirmó íntegramente la primera, lo que explica que el mentado fallo con el desenlace condenatorio del cual es portador está dotado de la cualidad de firme y como tal, por expresa disposición legal,

susceptible de ser contradicho por el recurso de revisión y en tanto está dirigido a favorecer la suerte del condenado (**Artículo 481 – primer párrafo – del C.P.P.**).-----

Pero dado el carácter eminentemente técnico del recurso extraordinario de revisión, nuestra legislación ritual impone otros requisitos formales que necesariamente deben complementarse integralmente con los anteriores, como ser, por una parte, el plazo de presentación y autoridad judicial competente ante quien se plantea; por otra, las condiciones de interposición. En tal sentido, el Recurso Extraordinario de Revisión ha sido planteado por escrito y ante la Corte Suprema de Justicia (**Artículo 483 del C.P.P.**); a diferencia de los demás recursos, no está sometido a plazo preclusivo y puede ser planteado en todo tiempo (**Artículo 481 del C.P.P.**), lo que permite reconocerle presentación temporánea.-----

Amén de lo expuesto, el revisionista expone el motivo en que se funda, esto es, en la causal revisora prevista en el **Artículo 481 inc. 4° del C.P.P.** Precisamente, en el escrito respectivo ofrece las pruebas a los efectos de respaldar su reclamación, aspecto sobre el cual el Sr. Fiscal General del Estado ha sugerido su diligenciamiento, según surge de los términos del Dictamen N° 214 de fecha 07 de marzo de 2007, obrante a fs. 2889/2905).-----

Sobre el ofrecimiento y diligenciamiento de las pruebas ofrecidas, tan pronto quedó integrado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, este se ha expedido en los términos y alcances del **A.I. N° 1522 de fecha 23 de octubre de 2007**, obrante a 3005/3012 de autos, y por virtud del cual -en tanto se manifiestan, *prima facie*, como inclinadas a satisfacer el enunciado normativo que prevé la casuística revisora invocada- se admitieron las ofrecidas y se ha ordenado que se adoptaran las medidas necesarias para su producción ante esta instancia. Por otra parte, el revisionista propone la solución que requiere sea aplicada y consistente en la anulación del fallo recurrido y un pronunciamiento directo absolviéndole de culpa y pena, ordenándose su inmediata libertad.-----

Ubicada en ese marco de razonamiento y a la luz de las constancias causídicas que tengo a la vista no escapa a mi atención el contenido del **Artículo 489 del C.P.P.**, precepto legal que impone la necesidad de atender los ítems de planteamientos revisivos precedentes que ya fueron objeto de respuesta jurisdiccional que derivó en el rechazo del recurso de revisión planteado por el mismo sujeto procesal y plasmado en el **Acuerdo y Sentencia Acuerdo y Sentencia N° 1.449 de fecha 30 de noviembre de 2006**.-----

Ante la casuística procesal señalada, estimo prudente dilucidar su configuración o no en el campo del análisis que le es propio; esto es, de la admisibilidad. Desde esa perspectiva, de la confrontación de ambos recursos, se colige que por el primero fueron invocados los motivos previstos en los numerales **1 y 4 del Artículo 481 del C.P.P.**, mientras que en el segundo, se invoca el **numeral 4** del citado artículo. Ahora bien, no obstante el denominador común que ostentan ambos recursos, no existe valladar procesal alguno que frustre la admisibilidad formal del recurso en los términos del **Artículo 489 del C.P.P.**, toda vez que la invocación y argumentación del **numeral 4**, en el actual proceso de revisión, responde a motivos notoriamente distintos de los que han sido expuestos y resueltos al dictarse el **Acuerdo y Sentencia N° 1.449 de fecha 30 de noviembre de 2006**.-----

Como bien lo explican, Cafferata Nores, Carlos Ferrer, Fabián Balcarce y otros, en la obra jurídica: **“Manual de Derecho Procesal Penal”**, Edic. Ciencia, Derecho y Sociedad, Año 2003, Pág. 629 *“Sobre la base del principio en virtud del cual el derecho a probar la inocencia del condenado no prescribe, ni está sometido a*

*suspensión temporal alguna, ya que la revisión procede “en todo tiempo”, la ley establece que el rechazo de un recurso de esa especie no perjudicará el derecho de presentar nuevos pedidos fundado en elementos diversos. La única condición para la admisibilidad formal de un nuevo recurso, interpuesto con posterioridad a la desestimación de uno precedente, es que el motivo invocado en la nueva impugnación se sustente en elementos de juicio distintos de los presentados en el recurso desestimado.”*-----

Lo que significa, a contrario sensu, que no es viable el estudio del Recurso de Revisión cuando se lo interpone por los mismos elementos de juicio en los que han sido fundados aquel que con anterioridad ha sido rechazado por la instancia revisora. El elenco legal invocado responde a un elemental razonamiento lógico y a la necesidad de mantener una coherencia jurídica, toda vez que si un recurso, fundado en determinados motivos, es rechazado, presupone que también será rechazado el otro que se presenta con idénticos motivos, porque la cosa juzgada no se conmueve o altera por la cantidad de veces que es atacada, sino por la calidad y pertinencia de los motivos legales que son capaces de ponerla en oposición con la real justicia que encubre .-----

De ahí que, no obstante la identidad de norma revisora existente, la admisibilidad del recurso no encuentra impedimento alguno puesto que - como en el presente caso - los elementos de juicio propuestos son totalmente diversos o distintos a los que ya fueron planteados y merecieron respuesta jurisdiccional con anterioridad. Explicado lo que antecede, las demás cuestiones se estudiarán en el contexto de la procedencia del recurso, de modo tal a no perturbar el contexto de la multiplicidad de segmentos argumentativos que, conjunta o independientemente, están direccionados hacia la configuración de la cláusula revisora ensayada, lo que de ser fragmentada, eventualmente puede menguar significativamente los ingredientes técnicos que hacen a la autosuficiencia y completitud de la postulación recursiva en examen.-----

En tal sentido estimo que corresponde extremar los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho a la defensa que no queda extenuada por la firmeza y ejecutoriedad de la sanción penal impuesta, sino que se extiende a su etapa ejecutiva en la que adquiere significación jurídica el recurso de revisión como último amparo de la jurisdiccionalidad, sin que ello implique necesariamente que se garantice la procedencia del mismo, aspecto que, normativamente, está sometido a exigencias más rigurosas. En consecuencia y por las razones expuestas precedentemente que incluye la aclaración formulada, en mi opinión, corresponde declarar la admisibilidad del recurso de revisión planteado y por consiguiente habilitar el estudio de la materia de fondo en el contexto de la segunda cuestión. **Voto** en el sentido y con los alcances señalados precedentemente.-----

**A sus respectivos turnos**, los Dres. Sindulfo Blanco, Miguel Oscar Bajac, José V. Altamirano, Antonio Fretes, Raúl Torres Kirmser, Mirtha González de Caballero y Basilio Dejesús García; manifestaron que se adhieren al voto de la Ministra Preopinante por los mismos fundamentos.-----

**A su turno**, el Dr. Arnulfo Arias Maldonado, **dijo**: Habiéndome expedido –en oportunidad de ser requerida mi opinión sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas- por la improcedencia de dicha diligencia para el estudio del segundo recurso de revisión interpuesto por el condenado, me remito in extenso a los fundamentos expuestos en dicha ocasión que hacen referencia al rechazo de la revisión por el motivo previsto en el art. 489 del C.P.P. **Es mi voto**.-----

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, la Dra. PUCHETA DE CORREA**  
**dijo:** Por derecho propio y bajo patrocinio de profesionales del foro, el Sr. **L. C. O. S.** interpone el recurso de revisión contra el mentado e individualizado Acuerdo y Sentencia dictado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. En ese orden de consideraciones respalda la procedencia del recurso en el elenco legal insertado en el **Art. 481 numeral 4 del C.P.P.**, cuya tipicidad procesal esta formulada en el sentido que, en lo pertinente, transcribo: **“cuando después de la sentencia sobrevengan hechos nuevos o elementos de pruebas que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible o corresponda aplicar una norma más favorable...”** ..-----

Ahora bien, a los efectos de resolver la impugnación planteada considero útil establecer los criterios evaluativos a seguir, considerando que el revisionista, bajo un único postulado normativo (**Artículo 481 numeral 4 del C.P.P.**), alegando hechos nuevos o nuevos elementos de pruebas, dispersa sus argumentos en forma independiente sobre dos aspectos bien diferenciados; uno que se relación con la violación del principio de la doble persecución penal y otra vinculado a nuevos elementos probatorios que, desde su óptica, son capaces de enervar las pruebas en las que se sustentó su condena, sea valorándolas por si solas o conjuntamente con las ya examinadas.-----

En la coyuntura señalada y por razones metodológicas -de modo tal a exponer de una manera más ordenada el análisis jurisdiccional sobre del objeto del recurso e irradiar mayor claridad hermenéutica- en lo sucesivo expondré los argumentos de hecho y derecho invocados por el revisionista sobre cada uno de los dos extremos argumentativos que sostiene, que se abrevia como (**AR. a y b**) y posteriormente, en ese orden, la inmediata respuesta jurisdiccional sobre la procedencia o improcedencia de cada materia objeto del recurso impetrado y que se reconoce con la abreviatura (**RJ. a y b.**), de modo tal a que la progresividad del análisis sea consecuente con la decantación argumentativa que se reseña , con lo que se evitaría , en la hipótesis de que el primer argumento se acogiera favorablemente, que se incurra en un innecesario dispendio de actividad jurisdiccional en el estudio del segundo argumento, lo que sería absolutamente inocuo.-----

**ARGUMENTO DEL REVISIONISTA.** Al amparo de la referida prescripción legal citada más arriba, el recurrente, en el contexto de la argumentación que desarrolla en su escrito forense, alega, básicamente, lo que sigue: **AR. a)** Que por los hechos acaecidos en fecha 22 y 23 de abril de 1996, en los que supuestamente lideró un movimiento subversivo en contra del Orden y la Seguridad de las Fuerzas Armadas de la Nación, se instruyó sumario al Gral. (SR) S. R. R. y a quienes resultaran cómplices y encubridores por los supuestos hechos irregulares ocurridos en la Academia Militar “Mariscal Francisco Solano López”, donde fue incluido sorpresivamente después de haber ganado las elecciones internas presidenciales, de la A.N.R., y estando procesado por el supuesto delito de rebelión en la justicia ordinaria, declarada competente por la Corte Suprema de Justicia por **A.I. Nº 562 de fecha 07 de junio de 1996.**-----

Aduce que es claro y contundente que ha sido procesado y juzgado dos veces por un mismo hecho en el que coinciden sujeto, objeto y causa, tal como se desprende de la lectura del **A.I. Nº 176 de fecha 01 de septiembre de 2005** dictado por el Juez de Liquidación Sentencia Nº 1, y su confirmación por **A.I. Nº 16 de fecha 27 de febrero de 2006** dictado por el Tribunal de Apelaciones. En ese marco explicativo pone énfasis en el argumento tribunalicio – en tanto niega la pretensión de la defensa que un Tribunal de Apelaciones pueda revisar la Sentencia de un órgano superior

como lo es la Corte Suprema de Justicia que se ha expedido por el **Acuerdo y Sentencia N° 84 de fecha 17 de abril de 1998** – pero dejando a salvo el derecho del recurrente de usufructuar la garantía constitucional prevista en el **Artículo 17 numeral 4 de la Constitución Nacional**, ejercitable por la vía del recurso de revisión, reglamentado por la **Ley N° 1.286** (Código Procesal Penal, vigente).-----

Por otra parte; **AR. b)** refiere que ha tenido conocimiento de que varios Oficiales y Sub Oficiales retirados de las Fuerzas Armadas de la Nación, han comparecido ante Escribanos Públicos formulando manifestaciones o relatos de hechos reales ocurridos en fecha 22 y 23 de abril de 1996, que son nuevos elementos de valoración plasmados en sendas Actas Notariales y se refieren a testimonios posteriores a la Sentencia de condena dictada por el Tribunal Militar Extraordinario (**S.D. N° 01 de fecha 09 de marzo de 1998**) que ha sido confirmada por el Acuerdo y Sentencia en revisión (**Acuerdo y Sentencia N° 84 de fecha 17 de abril de 1998**).-----

Al respecto, afirma que varios de ellos no han sido analizados ni articulados en el **Acuerdo y Sentencia N° 1.449 de fecha 30 de noviembre de 2006**, los que por reflejo de nueva luz demuestran que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento hacen evidente que el hecho por el que fuera condenado nunca existió y por tanto, por lo mismo, no lo ha cometido, siendo tales testimonios de vital importancia y pruebas irrefutables de hechos nuevos. Según deja entrever en otro apartado, los testimonios aludidos son de personas que estuvieron presentes en las Unidades, en las que supuestamente ocurrieron los acontecimientos y que, en resumidas cuentas, tienden a demostrar que en esa fecha ellos no recibieron órdenes de sus superiores naturales inmediatos , ni de ningún otro superior, de reforzar la guardia, apresto o preparativo de movilización de tropas o de acuartelamiento para intentar realizar un golpe contra las instituciones del Estado o contra el orden legalmente constituido.-----

En ese mismo contexto insiste en que el Tribunal que lo juzgó y condenó fue un Tribunal Especial cuyo funcionamiento está prohibido por la Constitución Nacional. Sin embargo, tanto la Corte Suprema anterior, como la Corte ante quien recurre ahora, admitió la funcionalidad y los procedimientos especiales con recorte de sus garantías y en proceso saturado de violaciones del debido proceso, de los derechos a la defensa que –según aduce– son conductas significantes del disenso con el régimen político de gobiernos imperantes desde el año 1993, hasta la fecha. El ítem cuestionado está combinado con disquisiciones orientadas a afirmar que los fallos condenatorios que le afecta contienen inculcables errores, páginas de opacas mentiras, reconstrucciones falsas y teatrales , que antes que hacer brillar el sol de la justicia, en su caso, el sol está manchado, aparte de otras disquisiciones que formula.-

Asimismo, a título de hechos nuevos trae a colación la Nota remitida por el Gral. Brig. V. A. L. G. al entonces Ministro de Defensa Dr. N. A., en fecha 27 de mayo de 1999, época en el que el Gral. V. A. L. ejercía el cargo de Vicepresidente de la Junta Interamericana de Defensa con sede en Washington. Según refiere, la mencionada nota, cuya copia original se le ha hecho llegar en forma anónima, delata la intención dolosa de los protagonistas de la conspiración urdida en su contra para el fin perseguido y que claramente se expresa en la misma con total desprecio de las garantías y derechos constitucionales, sirviendo para tal cometido la formación de una causa mentirosa y fraudulenta.-----

Arguye que la Nota en mención, es un documento que constituye un hecho nuevo que no puede pasarse por alto por la enorme importancia que tiene su juzgamiento favorable y por si sola desnuda la maquinación premeditada y atrae a todas las otras pruebas producidas y diligenciadas a su favor, como una columna

vertebral de las intenciones urdidas con el fin de disfrazar el objetivo trazado por los autores señalados en ella. Agrega que la misma guarda interrelación con las declaraciones del Gral. Brig. V. A. L. G. y la del Gral. E. G. en la que ambos se refieren a los hechos acaecidos el 22 y 23 de abril de 1996. Advierte que la Nota, por ser un instrumento único de relevancia, viene a confirmar y aclarar tales afirmaciones, cumplimentándose la exigencia del **Artículo 481 inc. 4 del C.P.P.** Subsiguientemente, reproduce gran parte de la Nota, para luego deducir sus conclusiones, consistente en que la verdadera causa de su procesamiento y condena era evitar que llegue a la Presidencia de la República, habiéndose inventado el supuesto golpe de Estado, creándose un Tribunal Militar Extraordinario prevaricador, arbitrario y perverso.-----

**ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DEL PRIMER ARGUMENTO. RJ. a):** En esencia y sobre el tema puntual, el agravio del revisionista está focalizado en la afirmación de que ha sido objeto de una doble persecución penal, hecho que -según afirma- está vedado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, fenómeno al que califica como violatorio a sus derechos humanos. Sustenta su tesis en el dictamen, por parte de los jueces de la justicia ordinaria, del **A.I. N° 176 de fecha 01 de septiembre de 2005** emanado del **Juez Penal de Liquidación y Sentencia N° 1** y el **A.I. N° 16 de fecha 27 de febrero de 2006**, pronunciado por el **Tribunal de Apelaciones en lo Penal –Tercera Sala-** de la Capital que confirmó al primero y que según razona, confirma que ha sido doblemente juzgado. Tales elementos probatorios fueron admitidos y traídos a la vista los autos principales.-----

Y debe reconocerse que tales resoluciones constituyen hechos nuevos puesto, que han ocurrido con posterioridad a la sentencia condenatoria en revisión (**ACUERDO Y SENTENCIA N° 84 de fecha 17 de abril de 1998**) y aun de la denuncia que el condenado ha formulado ante la **CIDH** y sobre la cual la **Comisión Interamericana de los Derechos Humanos** se ha expedido por el **Informe N° 88/99 –Caso 12.013– L. O. S.– Paraguay– 27 de septiembre de 1999**, punto sobre el cual abundaré en consideraciones oportunamente.-----

Si bien es cierto que los hechos de índole jurídica traídos a colación, son anteriores al **ACUERDO Y SENTENCIA N° 1449 de fecha 30 de noviembre de 2006**, por el cual se ha resuelto la primera revisión que planteó; sin embargo, no obstante haberlos propuesto bajo la rúbrica de Ampliación del Recurso de Revisión (Primera), ésta no ha sido materia de estudio, por las razones expuestas por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en el último de los fallos citados al expedirse sobre la primera cuestión, por la que queda expedita la vía de su implementación por otro recurso de revisión, tal como precisamente ha ocurrido.-----

Por consiguiente, en las condiciones apuntadas, deviene necesario la rigurosa evaluación de la garantía constitucional supuestamente conculcada, su naturaleza y alcance, a fin de determinar si es compatible con la pretensión del recurrente, todo ello en el contexto del proceso en su integralidad y en la medida que comprometa a la garantía reclamada, porque de eso se trata el recurso de revisión como mecanismo excepcional para revivir un proceso penal fenecido, según lo dispone el **Artículo 17 numeral 4** de la Constitución Nacional.-----

A tal efecto es preciso – sin escharbar en toda la profunda filosofía que lo inspira – bosquejar los lineamientos normativos que lo sustentan, la garantía específica que resguarda, las condiciones y requisitos que permiten su configuración y en función de tales parámetros evaluar si en el sub iudice es aplicable y, en su caso, las razones que lo justifican. Desde la perspectiva expuesta no es materia de discusión que la prohibición del doble juzgamiento (**ne bis in ídem**) es un principio indiscutible del derecho penal y fuertemente arraigado en nuestro ordenamiento jurídico penal.-----

Puede considerarse que su antecedente más próximo se encuentra en el sistema anglosajón y en los Estados Unidos, cuya V Enmienda (1791) consagró el principio en análisis, disponiendo, básicamente, que: **“Nadie será expuesto a que se ponga en riesgo su vida o integridad física dos veces por el mismo delito.”**. Según lo ilustran J. M. Millar, Maria A. Gelli, Susana Cayuso y Hernán Gulco, en su obra conjunta **“Garantías Constitucionales en el Proceso Penal – Constitución, Poder Político y Derechos Humanos”**, Edit. La Ley, pág. 182: *“ Para la Corte estadounidense el fundamento del principio de la prohibición del “double jeopardy” consiste en que “...no se le debe permitir al Estado , con todos sus recursos y poder, llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable.”*-----

Agregan los citados autores en la misma obra: *“La Corte estadounidense señaló que la Enmienda V había otorgado a la mencionada garantía el mismo alcance que ella tenía en la common law, el cual... no solo prohibía un segundo castigo por el mismo delito, sino que iba más allá y prohibía un segundo juicio por el mismo delito, sin importar que el acusado hubiera sufrido un castigo o no y sin importar si en el primer juicio había sido absuelto o condenado...”*. De la lectura expuesta se sigue que la prohibición de la doble persecución penal, como un principio político de seguridad individual, ya dejaba vislumbrar que entrañaba también la protección de la mera potencialidad de una doble condenación al cual es expuesto el justiciable al estar sometido a procesos paralelos por el mismo delito.-----

Lo referenciado precedentemente viene al caso, ya que el principio examinado está insertado en la Constitución Nacional y aun con más refinada formulación. En efecto, el **Artículo 17 de la C.N.** tras instituir que: *“En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: ...4)...que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho”*. La reglamentación de la citada cláusula constitucional se acoge en el **Artículo 8 del C.P.P.** que bajo el epígrafe de **“UNICO PROCESO”**, dispone lo que sigue: **“Nadie podrá ser procesado ni condenado sino una sola vez por el mismo hecho...”**. Como se puede ver, la dimensión procesal del principio abarca la proscripción de la doble condenación y del doble procesamiento, que a diferencia de su regulación en la V Enmienda, el principio opera sobre la doble condenación o procesamiento por el mismo hecho y no por el mismo delito, con lo que se excluye, por norma de máxima jerarquía, la autorización de un nuevo proceso bajo otra calificación.-----

La normativa constitucional en mención encuentra correlato normativo en los **Artículos 8.1 numeral 4 y 14.7**, respectivamente, del **Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos**, que son Tratados Internacionales que al haber sido ratificados por la legislatura nacional integran nuestro derecho positivo, con rango de leyes de segundo orden, a tenor de lo dispuesto en el **Artículo 137 de la Constitución Nacional** que establece el orden de prelación de leyes. A su vez, la garantía de referencia está contemplada en los **Artículos 9 y 9**, respectivamente, del Código Procesal Penal de 1890 (actualmente derogado) y de la Ley N° 844 ( Código de Procedimiento Penal Militar) .-----

Por de pronto puede afirmarse, sin temor a equívocos, que en nuestro ordenamiento jurídico el principio *non bis in idem* o *ne bis in idem* , es una garantía que responde a una restricción del poder de persecución y juzgamiento , por la que el mismo Estado se autolimita, prohibiendo, al legislador y a los demás poderes

estatales, la persecución penal múltiple y consecuentemente que exista un plural juzgamiento sobre idénticas hipótesis fácticas.-----

Afirmada la idea de que el principio en examen importa la prohibición de más de una persecución penal respecto a una misma persona sobre el mismo hecho, ya sea simultánea o sucesivamente; corresponde, seguidamente, determinar cuándo se está en presencia de una misma persecución penal, para lo cual es preciso establecer la presencia de tres identidades que necesariamente deben presentarse en forma conjunta: **a)** de persona (*eadem persona*); **b)** del hecho (*eadem res*) y **c)** de causa (*eadem causa petendi*), para luego enfocarlo en el marco de la presentación revisiva y dilucidar su configuración o no.-----

En relación a la identidad de persona - siguiendo a Gustavo Vivas Ussher (**“Manual de Derecho Procesal Penal”**, Tomo I, Edic. Alveroni, Pág. 154 y sgtes.) - el principio sólo protege a la persona individual que ha sido o es penalmente perseguido por quien está facultado a hacerlo que, haya o no recaído sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, vuelva a ser perseguido en otro procedimiento de índole penal que tiene como objeto la imputación del mismo hecho.-----

Se refiere –añade- a la identidad física de la persona perseguida en varios procesos, es pues, una condición necesaria (pero no suficiente) para evitar una persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado, o se inicia una (nueva) durante la tramitación de otra. Debe tratarse, entonces, del mismo imputado en una y otra persecución penal, comprendiéndose como imputado la persona que es indicada como autor del hecho o participe en el, ante cualquiera de las autoridades establecidas por la ley para la persecución penal.-----

En lo atinente a la segunda identidad, el citado autor, refiere: *“Para que la regla funcione y produzca su efecto impeditivo característico, la imputación tiene que ser idéntica, y la imputación es idéntica cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona (identidad de objeto-eadam res). Se trata de la identidad fáctica, con prescindencia de la calificación legal (nomen iuris) atribuida”*.-----

En otro apartado, aduce: *“La identidad se refiere al comportamiento y, eventualmente, a su resultado como acontecimiento histórico. Basta entonces, que ese acontecimiento sea el mismo históricamente en el proceso anterior y en el posterior, aunque la circunstancias imputadas o conocidas en el segundo sean más o distintas de las conocidas en el primero.... Dos objetos procesales son idénticos y no permiten persecuciones penales distintas, simultáneas o sucesivas, cuando la imputación consiste en la misma acción u omisión concreta, aun cuando solo fuera afirmada hipotéticamente como cierta.”*-----

Similar criterio sostiene Eduardo M. Jauchen (**“Derechos del Imputado”**, Edic. Rubinzal – Culzoni, Pág. 392 y sgtes.) al afirmar sobre el tema lo que sigue: *“...lo importante como concepto es considerar el hecho como acontecimiento de la realidad, como mero suceso fáctico y en su materialidad histórica, con absoluta prescindencia de cual haya sido la calificación jurídica otorgada en el anterior o simultáneo proceso”*.-

Connotados autores, Cafferata Nores, Carlos Ferrer, Fabián Balcarce y otros, en su obra conjunta **“Manual de Derecho Procesal Penal”**, Edic. Ciencia, Derecho y Sociedad, Pág. 150, postulan, sobre el tema puntual, igual criterio, al expresar: *“El requisito del ídem re se refiere a la identidad entre el contenido fáctico de la primera persecución penal con el de la nueva (sucesiva o simultánea); o sea, la identidad sustancial de la acción u omisión humana hipotética atribuida desde una perspectiva “naturalística”, y no por su diferente repercusión jurídico penal. Si esta identidad fáctica*

*esencial existe, rige el principio, aun cuando en la posterior persecución se afirmen nuevas circunstancias, o un modo diferente de participación, o se pretenda una calificación legal distinta”.* -----

En lo referente a la identidad de causa (ídem causa petendi), cabe señalar que se relaciona con la equivalencia de la pretensión penal ejercitada, porque lo que no se puede procurar más de una vez, sucesiva o simultáneamente, es la condena de una persona, es decir una sanción penal que tiene idénticos alcances jurídico-procesales, es decir, iguales en capacidad de provocar una consideración del mismo hecho que les da fundamento a ambos. En otros términos, por el requisito examinado, el Estado – dentro del orden jurídico institucional – puede reaccionar una sola vez por el mismo hecho con el fin de aplicar una sanción penal a su responsable, cualquiera fuese su clase .-----

Ahora bien, sobre los lineamientos exegéticos pergeñados precedentemente y avalada por la calificada doctrina por la que se da cuenta de las condiciones requeridas para la operatividad de la garantía constitucional reclamada, corresponde trasladarla al plano de la realidad de cada una de las causas penales – ante la justicia ordinaria y justicia militar - abiertas en contra del revisionista y que se encuentran ante esta Magistratura, de modo tal que puedan ser confrontadas las respectivas identidades, para finalmente dilucidar si tal garantía ha sido transgredida o no y, en su caso, resolver lo que en estricto derecho corresponda.-----

Abocada a la precitada tarea, respecto a los sucesos del 22 y 23 de abril de 1996, se visualiza que la justicia ordinaria, de oficio, por A.I. N° 820 de fecha 24 de abril instruyó el sumario individualizado como :**“Averiguación de supuestos delitos contra la Autoridad Pública y el Orden Público”** ( fs. 1/2, Tomo I), para luego y vía ampliación, ya como resultado de la investigación abierta primigeniamente, incluir como procesado al Sr. L. C. O. S. por A.I. N° 1191 de fecha 14 de junio de 1996 ( fs. 117, Tomo I), modificándose la carátula del expediente como: **“L. C. O. S. s/ Delitos contra el Orden Público y contra la Autoridad Pública, en Capital ”**, que según su considerando, se respalda, aparte de las publicaciones periodísticas y otros elementos de juicio, en el Informe remitido por el entonces Presidente de la Rca. del Paraguay y Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación (fs. 61/88, Tomo I).-----

Y básicamente, por el Informe de referencia, se da cuenta que entre los días 22 y 23 de abril de 1996, el hoy revisionista se ha negado a aceptar su relevo por considerar injusto e ilegal iniciando, por medio de sus voceros, una ola de rumores que fueron creando un clima adecuado para su plan sedicioso. Reporta también que el Gral. O. se ha insubordinado flagrantemente y que se inició un proceso de negociación durante el cual el Gral. O. hizo todo lo posible para buscar torcer su voluntad, pretendiendo hacerse del poder político mediante su renuncia y la del vicepresidente de la Republica y enviando amenazas veladas o directas sobre el inicio de acciones militares contra objetivos estratégicos, entre otras cosas. Intimidado sobre tales hechos el Sr. Lino Cesar Oviedo Silva prestó declaración indagatoria, para luego decretarse su prisión preventiva (fs. 204/214 y 271/278, Tomo II); decisión que ha sido revocada por el Tribunal de Apelaciones (fs. 472/477, Tomo III).-----

Mientras que en el fuero castrense, a partir de una Orden Particular de fecha 5 de septiembre de 1996, se instruyó Sumario al Cnel. J. M. B. por los hechos sucedidos en los días 22 y 23 de abril de 1996, fundado en las informaciones periodísticas que daban cuenta de que en las fechas señaladas, hubo aprestos militares y planes para un levantamiento armado contra el poder político y según los cuales altos jefes militares y de mando medio estarían involucrados.-----

Justamente, como resultado del sumario y a instancia del Fiscal Militar, se integro el Tribunal Militar Extraordinario para juzgar al Gral. S. R., para posteriormente, vía ampliación del Sumario, el Tribunal Militar Extraordinario incluyó como procesado al Sr. L. C. O. S. por A.I. N° 8/98 de fecha 30 de enero de 1998, concomitantemente se ordenó que el expediente sea caratulado: **“Sumario instruido al General de Div. (SR) L. C. O. S., Gral. de Brigada (SR) S. R. R.; Cnel. DEM (SR) J. M. B. M. s/ supuestos delitos contra el orden y la seguridad de las Fuerzas Armadas de la Nación e insubordinación ocurridos en fecha 22 y 23 de abril de 1996 ,en distintas unidades de la Republica”**, aun cuando con anterioridad ya se había ordenado su detención.-----

Con lo examinado precedentemente, ya se anticipa que no existe dificultad alguna para afirmar que existe identidad de sujeto y *causa petendi*, toda vez que en ambas causas el procesado es el Sr. L. C. O. S.; y desde el momento que en ambos estamentos jurisdiccionales se instruyen sumarios es –en tanto modalidad característica del ejercicio de la acción penal- para que, eventualmente, se imponga sanción al responsable, facultades de las que gozan ambas magistraturas para la aplicación del ius puniendi estatal (pena privativa de libertad o prisión militar) que no obstante la diferente denominación y aun de sus accesorios legales disímiles, tienen semejantes alcances jurídico - procesales .-----

El requisito remanente a examinar en lo sucesivo se circunscribe a la identidad del hecho entre uno y otro proceso de naturaleza penal instaurada en contra del Sr. L. C. O. Y en tal sentido, para dilucidar si se trata del “mismo hecho” se debe mirar la conducta del hombre que modifica el mundo exterior y desprovisto de toda calificación jurídica, pues lo que interesa es el suceso criminoso tal como se ha dado en la realidad. En ese orden de consideraciones, entre los hechos atribuidos al revisionista - por los que ha sido procesado en la justicia militar y en la justicia ordinaria – existe evidente identidad porque reposan en el mismo *sustractum*, toda vez que ambos se refieren a los acontecimientos ocurridos el 22 y 23 de abril de 1996, atribuyéndosele conductas que perfilaban hipótesis delictivas, razón por la cual, fue objeto de procesamiento en ambas sedes jurisdiccionales.-----

Desde luego – tal como lo he observado precedentemente – la identidad de hechos, como garantía del principio examinado, no se ve minada en su eficacia por las calificaciones jurídicas en las que, en uno u otro estamento, se hayan podido encasillar su conducta de acuerdo a la legislación que los rige. Tal como afirma Eduardo M. Jauchen, en su obra citada más arriba: *“...La vedada doble persecución se da cuando existe identidad del objeto material del proceso: eadem res, entendida como identidad real y no jurídica. La confrontación debe hacerse entre dos supuestos de hecho mirados en su materialidad y no en su significación jurídica. En consecuencia, bajo este aspecto, la identidad no es de los delitos imputados, sino de los hechos imputados. La identidad del objeto material del proceso debe referirse al “hecho principal”, este no se transforma en virtud de modalidades suyas ulteriormente ocurridas o conocidas, siempre que la idea básica del hecho primitivo quede intacta”*.--

De lo que hasta aquí tengo por afirmado - entre los procesos abiertos contra el Sr. L. C. O., ante la justicia penal ordinaria y la justicia militar – no obstante existir identidad de sujeto, objeto y causa, ambos corrieron en forma paralela o simultánea, habiendo culminado primero la sustanciada en la jurisdicción castrense con sentencia condenatoria, a pesar de que era el segundo proceso; mientras que el proceso penal del que fue objeto ante el fuero ordinario recién concluyó con el dictado del **A.I. N° 176 de fecha 01 de septiembre de 2005** (fs. 844/821, Tomo V) emanado del Juez Penal de Liquidación y Sentencia N° 1 y el **A.I. N° 16 de fecha 27 de febrero de 2006** (fs. 842/846, Tomo V) pronunciado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal –

Tercera Sala– de la Capital, que confirmó al primero, por los que se declaró la existencia de la triple identidad entre los hechos juzgados en una y otra jurisdicción, extremos que viabilizaban el principio del *non bis in ídem* que ha sido aplicado, declarándose, a su vez, la extinción de la acción penal.-----

De lo expuesto se sigue que durante parte de los procesos de referencia, el Sr. L. C. O. S. ha estado lidiando concomitantemente en una y otra sede jurisdiccional, procurando, en sede ordinaria, su desvinculación de la causa y en sede castrense litigando por su inocencia y aun –recaída la sentencia condenatoria- transitando la instancia superior para revocarla, circunstancias que dan cuenta de que tales vicisitudes lo ha desarrollado en menoscabo de una garantía constitucional expresa; esto es, la prohibición del doble juzgamiento que dentro de su concepción y como materia vedada, involucra la apertura de pluralidad de causas penales por el mismo hecho, aun cuando no haya recaído sanción alguna .-----

Sin embargo, el Tribunal Militar Extraordinario, pese a que la Corte Suprema de Justicia ha declinado la competencia a favor de la jurisdicción ordinaria, eludió la aplicación oportuna de dicho principio con el erróneo pretexto de que la competencia de la justicia ordinaria estaba relacionada con el delito de Rebelión, quedando intacta la competencia de la justicia militar sobre los delitos contra el Orden y Seguridad de las FF.AA de la Nación e Insubordinación, tal como finalmente concluyó y en función a dichos delitos se ha dictado la sentencia condenatoria.-----

Al respecto, cabe señalar que el **A.I. N° 562 de fecha 7 de junio de 1996** (fs. 48, Tomo I), dictado por la Corte Suprema de Justicia y por el que resolvió la contienda recaída en el expediente: *“Sumario en Averiguación de supuestos delitos contra la autoridad pública y el orden público”*, sin discriminación de calificación jurídica alguna, contrariamente al criterio adoptado por el Tribunal Militar Extraordinario para validar su competencia. Esto es sin perjuicio de los argumentos que habré de exponer sobre el tratamiento que a tan sensible y gravitante dispositivo se le ha prodigado al dictarse el (**Acuerdo y Sentencia N° 84 de fecha 17 de abril de 1998**) en revisión.-----

Evidentemente, en contra del amplio y pacífico criterio que pregonaba la mayoritaria doctrina, con tal proceder no ha hecho otra cosa que prescindir de los hechos y anteponer la calificación jurídica para mantener su competencia; máxime considerando que al Juez Penal de la jurisdicción ordinaria, quien previno primero, se le ha reconocido suficiente competencia material para entender en los hechos en su totalidad y de agotarlo en su investigación; por lo que la segunda persecución – la de la justicia militar – ya operaba sobre un doble procesamiento por los mismos hechos.--

Dicho en otros términos, la aludida identidad existe siempre que el primer Juez, dada la identidad de persona y objeto, haya podido unificar procesalmente la pretensión punitiva, porque dentro de su jurisdicción y competencia tiene el poder deber de examinar el objeto material del proceso desde todos los ángulos legales posibles, por lo que estando abierto el proceso, a él le correspondía exclusivamente la persecución penal sobre la base de una acción penal ya actuada, por lo que esta no podía ser ejercida válidamente a través de un proceso paralelo, sin que el abuso o error del juez del segundo proceso pueda perjudicar el derecho del justiciable.-----

Pero el anómalo proceder del Tribunal castrense no queda reducido a lo apuntado, sino también al hacer prevalecer la calificación jurídica, propicio el avance y conclusión de un proceso en función a un desdoblamiento de un acontecimiento único por el cual el Sr. L. C. O. estaba siendo procesado ante la justicia ordinaria. En efecto, según se infiere de la hipótesis delictiva que se le atribuía al Sr. Lino Cesar Oviedo

involucraban conductas que inescindiblemente concatenadas conducían a una relación de medio a fin de una misma resolución delictiva, por lo tanto indisgregables, no pudiendo – tal como ocurrió - dejar para sí el procesamiento de una parte de ella y derivar parte de otra a una jurisdicción distinta.-----

En tal sentido, Cesar San Martín Castro, en su obra “**Derecho Procesal Penal**”, Tomo I, Edic. Grigley, pág. 62, con cita atribuida a Carlos Carbonell Mateu, expresa: “*esta garantía afecta a la aplicación de varias normas que se refieren a una identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, que a un mismo individuo, como consecuencia de la realización de una misma conducta y de la producción de un mismo resultado, no se le puede aplicar dos normas distintas cuya fundamentación sea la misma tutela del mismo bien jurídico. Esta garantía, igualmente, extiende también su operatividad a la concurrencia entre leyes penales y cualquier otra clase de leyes sancionadoras, en cuya virtud veda asimismo en este caso que una misma persona pueda resultar doblemente sancionada.*” .-----

La opinión que sostengo se ve reforzada por lo establecido en el **Artículo 93 del CPM**, en tanto dispone: “*Son reos del delito de rebelión o sublevación militar, los militares que incurrieren en cualquiera de los delitos contemplados en el presente Código....*”. Según la redacción de la cláusula punitiva expuesta y no obstante su desfasada formulación, se infiere que los delitos de rebelión o sublevación, respecto a los demás delitos tipificados en el Código Penal Militar, son la especie y las restantes sus géneros, que se presentan en diversas modalidades, por lo que dada la aludida conexidad, los tipos penales no pueden ser bifurcados por procesos separados y jurisdicciones diferentes.-----

Recapitulando y a luz de los argumentos jurídicos reseñados precedentemente, se ha dado el caso de que la justicia ordinaria reconoció la existencia del *non bis in ídem* entre ambos procesos y lo hizo operativo al haber recaído sentencia condenatoria en sede militar, con lo que cierra la posibilidad de la doble sanción que eventualmente pudiera imponerse en sede ordinaria, sellándola herméticamente con la declaración de la extinción de la acción penal. Es decir, capta la dimensión procesal del principio desde la perspectiva de la doble punición amparada en la sentencia condenatoria firme que tuvo por agregado en autos.-----

Sin embargo, la sentencia condenatoria en la que se ha apoyado la judicatura ordinaria (Primera y Segunda Instancia) - por las razones que he expuesto en párrafos precedentes – ya es derivación de la trasgresión del doble o paralelo procesamiento del que ha sido objeto el revisionista, lo que guarda relación con la otra dimensión procesal que tutela, la cual, lógicamente, sólo puede ser descifrada – como en el caso – a partir de la confrontación íntegra de ambos procesos, por lo que a partir de haberse consolidado su acontecer ameritaba su tutela inmediata quedando contaminado de insanable vicio cualquier acto procesal subsiguiente, sustentado en la violación de una garantía de profunda e indiscutible estirpe constitucional. Razón por la cual la sentencia condenatoria recaída en sede militar y las demás, dictadas como consecuencia de los sucesivos recursos que se han implementado contra ella, están descalificadas como actos jurisdiccionales válidos.-----

Y esto es así, porque, reitero, el principio proscribía no solamente la doble sanción sino, propiamente, el doble enjuiciamiento, por la posibilidad de que a un individuo se le someta a un doble riesgo real. Es de entender entonces que a la luz de dicha garantía el Estado sólo tiene una oportunidad para hacer valer su pretensión sancionadora. Si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso.-----

A lo expuesto viene adherido una cuestión que no se puede soslayar – en tanto fenómeno jurídico íntimamente vinculado a la pluralidad de procesos evaluados – y que está relacionada con la desnaturalizada apreciación que sobre la competencia le cupo desarrollar a la justicia ordinaria en ocasión de resolver, por voto mayoritario de sus Miembros, el recurso de apelación y nulidad planteado contra la **S.D. Nº 01 de fecha 09 de marzo de 1998** y plasmada en el **Acuerdo y Sentencia Nº 84 de fecha 17 de abril de 1998**. En ese marco de análisis para justificar la competencia militar, en sentido contrario a la concedida originariamente a la jurisdicción ordinaria, se ha invocado el **Acuerdo y Sentencia Nº 754 de fecha 31 de diciembre de 1997**, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el expediente:” **Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: F. S. R. R. c/ el Artículo 290 del Código de Procedimiento Penal Militar y contra el Decreto Nº 17365 de fecha 29 de mayo de 1997, dictado por el Poder Ejecutivo**”, y por el cual - según se ha razonado – la cuestión de la competencia del Tribunal Militar Extraordinario ha quedado definitivamente fijada. -----

Pero ocurre que de una serena lectura del fallo de referencia y sobre el tema puntual (competencia) es que el accionante alegó que, en su condición de militar retirado, se hallaba fuera de la competencia de los tribunales militares, lo que solamente podía ocurrir en caso de guerra. Tal cuestionamiento fue rechazado, básicamente, con el argumento de que de no mediar la desvinculación total de las Fuerzas Armadas por la determinación de dar de baja a un militar, estos continúan vinculados al orden y jerarquía castrense. Como se puede ver, en ningún momento se ha hecho ni la más mínima mención a la materia relativa a la competencia del Tribunal Militar Extraordinario para juzgar el caso en estudio, sino solamente se estaba sosteniendo que un militar retirado, en las condiciones explicadas, no está excluido del orden y jerarquía castrense.-----

Tanto es así que, que en un apartado del voto mayoritario, se adujo: “...*Pero la Corte, en las presentes circunstancias, no puede declarar en abstracto la prohibición de llevar adelante un proceso. Repito, si en el mismo se dieran situaciones adversas para los intereses del actor, por supuesto que funcionara, en su momento, la garantía de revisión en sede civil de cuanto pudiera haberse dispuesto al margen de la legalidad. Pero antes de existir un proceso y sin interferir gratuitamente en prerrogativas propias del orden jurídico castrense, no es posible adelantar ni prejuzgar sobre la exactitud, legitimidad o constitucionalidad de los hechos o circunstancias que pudieran motivar su instrucción...*”.-----

De lo extractado surge nítidamente que al tiempo de la implementación de la acción de inconstitucionalidad el proceso aun no existía, por lo que mal podía definirse o determinarse competencia jurisdiccional alguna que pudiera derivarse de su instrucción; prueba de ello es la salvedad que se ha formulado para no incurrir en un prejuzgamiento que, sobre la materia, eventualmente podía sobrevenir y aun mas, en la hipótesis de haberse incurrido en ilegalidad, quedaba expedita la revisión civil como dispositivo llamado a repararlo.-----

La errada apreciación observada ha torcido un eje central de la controversia en el contexto de un autentico debido proceso, que enseña que las normas procesales no se reducen a una técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tiene por finalidad y objetivo ordenar, adecuadamente, el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia. Ello no puede lograrse si se rehúye atender la verdad jurídica objetiva de los hechos, que aparece en la causa como de capital relevancia para una justa decisión del litigio.-----

Desde luego que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el derecho del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. En el caso de autos, ese delicado equilibrio se ha malogrado por el exceso de jurisdicción manifestada por la ambivalente y distorsionada ponderación de la competencia penal con incidencia sobre una decisión propia y precedente (**A.I. N° 562 de fecha 7 de junio de 1996**), jurídicamente relevante y plenamente eficaz y sobre la cual el justiciable tenía la fundada expectativa de su inmutabilidad, habida cuenta que la misma ha sido resuelta por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y de conformidad con los **Artículos 174 y 259 inc. 1 de la Constitución Nacional**; además, porque por su efecto – interpartes – lo decidido no podía extenderse en detrimento de quien no ha accionado en el caso concreto. De ahí que lo referenciado constituye un eslabón más de la cadena de anomalías viciantes del proceso penal en estudio, extremo que ha pasado desapercibido al resolverse la primera revisión, por cuanto que no ha sido materia de cuestionamiento.-----

Ahora bien, volviendo sobre la garantía constitucional demandada y a propósito de procesos paralelos, **la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 66/91 del 14 de junio de 2001 (Caso 11.992 Dayramaria Levoyer Jiménez. Ecuador**, ha dicho: ***“Esta situación más allá de desafiar principios de economía procesal, no pudo sino causar agravio a la señora Levoyer Jiménez quien debió defender su posición ante tres tribunales distintos y sus superiores correspondientes, durante el curso de dos procesos. La sustanciación de procesos paralelos constituyó una interferencia grave con el ejercicio del derecho a la defensa y la seguridad jurídica en los procesos judiciales.”***-----

Por otra parte, no escapa a mi atención el hecho de que el Sr. L. C. O. S., ante la CIDH, ha denunciado la violación de este principio, punto sobre el cual, según se visualiza en el **Informe N° 88/99 –Caso 12.013– L. O. S. –Paraguay– 27 de septiembre de 1999**, se dijo: 33.” ***En lo concerniente a lo esgrimido por el peticionario en cuanto a que el Tribunal Militar Extraordinario lo juzgó por los mismos hechos por los que había sido absuelto por la justicia ordinaria, en violación de lo establecido en el artículo 8(4) de la Convención Americana, la Comisión observa que dicho artículo contempla que "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".***-----

***“Al respecto, la Comisión observa que lo que el peticionario presenta como "una sentencia absolutoria firme" no tiene en derecho tal carácter. Es así que las decisiones del Tribunal del Crimen de 3a. Sala, que fundamentan el dicho del peticionario respecto a su pretendida absolución y cuyas copias constan en los autos del caso bajo estudio, no contienen pronunciamiento de absolución, sino decisiones interlocutorias que revocan autos interlocutorios dictados por el tribunal de primera instancia, conforme a los cuales el juzgador de primera instancia ordenó la prisión del señor O., calificó los delitos que estaba investigando y negó la exención de pena solicitada por el señor O. La Comisión observa también que las decisiones interlocutorias antes mencionadas tampoco constituyen sentencias firmes. El carácter de "firme" lo adquieren las sentencias contra las cuales ya no procede ningún recurso ordinario o extraordinario. Es el caso que mediante Sentencia N° 186 del 17 de abril de 1997, la Corte Suprema de Justicia anuló el auto interlocutorio N° 513 dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Criminal 3a. Sala, la cual en nueva decisión posterior confirmó los mencionados autos interlocutorios de primera instancia que habían sido previamente revocados. Tal nueva decisión fue a su vez recurrida por la defensa del señor Oviedo, y los resultados de tales recursos no han sido comunicados por ninguna de las partes a la CIDH. De acuerdo con lo anterior, las referidas decisiones no tenían***

*el carácter de "firmes" a que se refiere el artículo 8(4) de la Convención Americana. Por tanto, los hechos expuestos por el peticionario tampoco caracterizan, prima facie, una violación de derechos consagrados en la Convención Americana."-----*

De la propia lectura del Informe transcrito, surge con evidencia que los interlocutorios a los que alude la CIDH para rechazar la configuración de dicha garantía, se refieren a fallos, que por la naturaleza de lo decidido, son totalmente distintos a los que ahora se invocan. En efecto, por el Acuerdo y Sentencia N° 186 de fecha 17 de abril de 1997, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia anuló, por inconstitucional, el A.I. N° 513 dictado por el Tribunal de Apelación – Tercera Sala – respecto a un incidente de nulidad de pruebas que ha sido rechazado en primera instancia, pero acogido por el A-quem, lo que al ser nulo, quedó convalidado lo decidido por el A-quo, lo que explica la inconsistencia del reclamo en que se sustentaba la violación del mentado principio. Sin embargo, en el caso de autos y que, contrariamente a aquellos, son fallos que a más de poner fin a la causa en la justicia ordinaria por agotamiento de la acción penal (extinción), se encuentran firmes y ejecutoriados, toda vez que contra ellos no se ha deducido recurso o acción posterior alguna, según se ha verificado convenientemente por los dispositivos legales implementados como medida para mejor proveer y de las que dan cuenta los respectivos informes de los actuarios. (fs. 30020/3021).-----

Por consiguiente, dándose ahora los presupuestos de los que anteriormente carecía la denuncia, es de suponer que una nueva denuncia con tales elementos de juicio, la CIDH, siendo coherente con el precedente que se ha invocado y satisfechos los requisitos que hacen viable al principio del non bis in ídem, necesariamente debe reconocer su aplicabilidad en el caso concreto, por lo que negar su patente configuración en los términos explicados, no se hará otra cosa que exponer al Estado paraguayo a recibir sanción por parte del referido Órgano Jurídico Supranacional toda vez que tiene reconocida su competencia en los términos y alcances establecidos en el Artículo 145 de la C.N., lo que a su vez, prohijara un despropósito ante la comunidad jurídica internacional.-----

En ese orden de consideraciones, en mi opinión, la vía recursiva implementada debe prosperar, puesto que el cuestionamiento del doble proceso es proponible en cualquier estado del proceso (sumario, juicio o recursos), e incluso como incidente de ejecución de sentencia, porque tratándose de una garantía constitucional debe prevalecer sobre cualquier omisión legislativa o sobre cualquier acto judicial que lo desconozca, lo que ha sucedido en el presente caso, según los conceptos que he enunciado al afirmar su existencia; a lo que se suma la injustificada e intolerable mutación de la competencia con argumentos que las constancias de autos desmienten en los términos y alcances que he desarrollado precedentemente.-----

Por todo ello, considerando el carácter de orden público de las garantías vulneradas, corresponde, sin más sustanciación, resolver la impugnación extraordinaria implementada en el sentido de **HACER LUGAR AL RECURSO DE REVISION** planteado, bajo patrocinio de los Abogs. E. F. Ll. B. y J. A. G., por el Sr. L. C. O. S. y en consecuencia, anular la **Sentencia Definitiva N° 01 de fecha 9 de marzo de 1999**, dictado por el Tribunal Militar Extraordinario en los autos caratulados: **“Sumario instruido al General de Div. (SR) L. C. O. S., Gral. de Brigada (SR) S. R. R.; Cnel. DEM (SR) J. M. B. M. s/ supuestos delitos contra el orden y la seguridad de las Fuerzas Armadas de la Nación e insubordinación ocurridos en fecha 22 y 23 de abril de 1996, en distintas unidades de la Republica”**, como asimismo, el **Acuerdo y Sentencia N° 84 de fecha 17 de abril de 1998**, pronunciado por la Corte Suprema de Justicia y los demás que se han dictado en consecuencia.-----

Dado que en la justicia ordinaria , por **A.I. Nº 176 de fecha 01 de septiembre de 2005** emanado del Juez Penal de Liquidación y Sentencia Nº 1 y el **A.I. Nº 16 de fecha 27 de febrero de 2006**, pronunciado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal –Tercera Sala– de la Capital se ha declarado la extinción de la acción penal y habida cuenta la firmeza y ejecutoriedad de los mismos, que han resuelto una cuestión sustancial de orden procesal, de conformidad con el Artículo 485 del C.P.P., corresponde reconocer virtualidad jurídica plena a tales decisorios, lo que conduce a declarar la absolución de culpa y pena del Sr. L. C. O. S., en razón de que la extinción de la acción penal, por su naturaleza, enerva la pretensión punitiva estatal y por consiguiente, le es inherente la imposibilidad de menoscabar su estado de inocencia que constitucionalmente se le reconoce y que sólo puede ser destruido por una sentencia condenatoria legítima.-----

De la forma que tengo por resuelto el recurso, resulta infundado expedirme sobre los argumentos restantes. Finalmente, corresponde ordenar que se libren los oficios a las autoridades pertinentes a sus efectos legales. **Es mi voto.** -----

**A SU TURNO EL DR. SINDULFO BLANCO dijo:** Comparto la opinión vertida por la Ministra Preopinante, no obstante, a la conclusión asertiva a la que ha arribado desde la perspectiva del primer argumento (**aplicabilidad de la garantía del non bis in idem**) y del cual resulta la absolución de culpa y pena del impugnante; al mismo desenlace se llega en función al segundo argumento (**motivo previsto en el Art. 481 inc. 4 del C.P.P.**).-----

En efecto, el revisionista, como hechos nuevos, ha ofrecido las declaraciones testimoniales –preliminarmente contenidas en Actas Notariales- de personas que estuvieron presentes en las respectivas Unidades en que supuestamente ocurrieron los hechos que motivaron su condena y que conforman un listado de treinta y cinco (35) Militares de distintas graduaciones, con las que pretende probar , básicamente, que los mismos y en las fechas de los hechos, no recibieron órdenes de los Superiores naturales inmediatos ni de ningún otro para intentar realizar un golpe contra las instituciones del Estado o contra el orden legalmente constituido.-----

Precisamente de la multiplicidad de elementos conviccionales propuestos y producidos, parcialmente en razón del desistimiento de varios de ellos, se puede verificar que –con las salvedades que habré de señalar- efectivamente constituyen hechos nuevos que analizados en el contexto de la causal revisora en que se apoya y a la luz de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que ha merecido, son concluyentes para socavar los cimientos probatorios en los que están fundados la sentencia condenatoria pasada a autoridad de cosa juzgada que es sometida a revisión ante esta instancia.-----

En ese orden de consideraciones, a excepción quizás del motivo revisor previsto en el **inc. 1 del Artículo 481 del C.P.P.**, todos los demás presuponen que los elementos susceptibles de alterar la cosa juzgada son sobrevinientes al o a los fallos condenatorios sometidos a revisión y con particular énfasis lo exige el motivo legislado en el **Artículo 481 numeral 4 del C.P.P.** Los hechos nuevos o sobrevinientes, tal como lo requiere la preceptiva ritual en análisis, deben tratarse de acontecimientos que llegasen a conocimiento de las partes con posterioridad a la sentencia condenatoria y que guardan íntima relación el acontecer delictivo afirmado como existente en el fallo, sin que al tiempo de dictarse esta, aquellos hayan existido o hayan sido conocidas y es en lo que consiste justamente el carácter de novedosos que los debe envolver. -----

Es decir, son necesarios, pues, hechos o pruebas sobrevinientes, esto es, eventos o documentos que ocurran o sean descubiertos con posterioridad al pronunciamiento impugnado. Y en esta tarea, corresponde valorar, por propia disposición de la norma, si los "hechos nuevos", por si solos o combinados con los ya examinados, son capaces de acreditar con fuerza de evidencia positiva que el hecho no existió, que el condenado no lo ha cometido o que el hecho cometido no es punible o corresponde la aplicación de una ley más favorable.-----

Ahora bien, como que al motivo revisor invocado le es inherente un riguroso examen de contraste entre los elementos probatorios meritados en la sentencia con el consabido desenlace condenatorio y las ofrecidas y producidas ante esta judicatura con intervención de las partes involucradas con la que se ha asegurado la garantía del control de las pruebas y garantizándose otras garantías no menos trascendentes, la de inmediación y contradicción que funcionan como principios inconcusos del proceso penal y con cobertura constitucional, con positividad reforzada por Tratados Internacionales que integran nuestro ordenamiento jurídico.-----

De ahí que es ineludible el análisis de la legitimidad o legalidad de ellos para luego -de la correspondiente contrastación probatoria, valorándolas por si solas o conjuntamente con las ya examinadas en el proceso- emitir un juicio de apreciación conclusiva. Obviamente, que ello demandará, cuanto menos, una breve exposición de los elementos probatorios trascendentales considerados por el Tribunal Militar Extraordinario para determinar la responsabilidad penal del revisionista en la causa sub-examine.-----

En ese trance analítico -en relación al Sr. L. C. O. S.- según reporta la sentencia, el encausado citado, al tener conocimiento de su relevo como Comandante del Ejército, desde una unidad altamente operativa, como lo es la Primera División de Caballería, ha incurrido en una conducta abiertamente subversiva de orden y la disciplina castrense y reveladora de la voluntad de alzarse con los poderes del Estado por medio de las armas, calificada por nuestra legislación penal militar como delitos contra el orden y la seguridad de las Fuerzas Armadas de la Nación e insubordinación.-----

Estas conductas -añade- fueron referidas pormenorizadamente por las testimoniales **(a)** rendidas por el **Gral. Ejer. S. R. N.** (fs. 972/984); **Alte. C. G. L. M.** (fs. 1003/1014); **Gral. A. C. C.** (fs. 956/959); **Gral. Div. S. Z.**, con especial énfasis en la declaración de éste en su condición de Comandante del Primer Cuerpo de Ejército, sede de la Primera División de Caballería, donde se hallaba operando el encausado en ocasión de la perpetración de los hechos (fs. 1287/1292); **Gral. Brig. L. S. R.** (fs. 581/582); y por el Com. Gral. Comandante **A. Z. N.** (fs. 949/950).-----

Asimismo, las testimoniales **(b)** rendidas por los componentes del Grupo de Artillería del 1° Cuerpo de Ejército y del Comando de Institutos Militar de Operaciones Especiales (CIMOES) individualizados en el resultando de esta misma resolución han referido a los dispositivos y conductas adoptados en cumplimiento de órdenes emanadas en el escalón superior para un eventual empleo de las armas en apoyo del encausado, Gral. Lino Cesar Oviedo.-----

Al mismo inequívoco resultado arribó valorando como pruebas, a título de documentales, **(c)** la denuncia presentada por el Agente Fiscal sobre un intento de secuestro del entonces Vice-Presidente de la Rca.; asimismo la transcripción de los discursos pronunciados en ocasión de la sesión de la OEA, denominada Foro Democrático, a más de los elementos de cargo contenidos en el libro "La Mentira del Golpe" de autoría del encausado. Igualmente ponderó las declaraciones prestadas por el Gral. O. y su abogado A., según las cuales se preparó un comunicado desmintiendo

el mensaje del Presidente de la República y Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación que con relación a la rebelión emitiera en la tarde del 22 de abril de 1996. -----

Este acto –adujo- es altamente elocuente para poner en evidencia la insubordinación del imputado. Por todo ello, en base a tales elementos de juicio, el Tribunal Militar Extraordinario tuvo por acreditada la existencia de los hechos punibles y calificó la conducta del Sr. L. C. O. S. dentro de lo previsto y penado en los Artículos 89 inc. a); 88 incs. a) y b); 138 , en concordancia con los Artículos 32, 33 y 91 del Código Penal Militar, con las agravantes establecidas en el Artículo 92, inc. a) y c) del mismo cuerpo legal, imponiéndole, finalmente, una condena de diez (10) años de prisión militar, disponiendo, igualmente su baja absoluta de la FF.AA. de la Nación.-----

En contrapartida, por la impugnación deducida y con los nuevos hechos o nuevos elementos de juicio (testificales), el revisionista sostiene que son testimonios emitidos con posterioridad a la sentencia condenatoria y con los que se prueba que el hecho que causara su condena nunca existió. Admitidas y sustanciadas que fueran las pruebas ofrecidas por reunir, *prima facie*, las requisitorias exigidas por el enunciado normativo que prevé la casuística revisora alegada, corresponde reproducir, en lo pertinente, su contenido, para luego evaluadas en el contexto de las ya meritadas y concluir que las mismas son -ya como lo he adelantado- conviccionalmente idóneos para enervar a aquellas que condujeron a una conclusión contraria a la sostenida en la sentencia condenatoria, dando las razones que lo justifican.-----

Previamente, tras un exhaustivo control de los antecedentes del caso, se visualiza que los testimonios del Gral. J. F. S. B. y del Gral. Brig. S. R. R., no obstante de haberse producido, no constituyen hechos nuevos, toda vez que de una u otra manera, han intervenido en el proceso penal militar que precedió a la sentencia condenatoria, por lo que tales elementos carecen de la moldura jurídica exigida para considerarlos como hechos nuevos, razón por la cual no serán objeto de consideración.-----

No ocurre lo mismo con las demás testificales ofrecidas y diligenciadas, toda vez que no consta en autos que hayan integrado el material probatorio de la causa, por lo que se encuadran dentro de la categoría de hechos nuevos y como tales, permitida su ponderación en calidad de hechos o pruebas sobrevinientes al pronunciamiento impugnado y con virtualidad convincente para conmovir la ya acreditada existencia de los hechos calificados como delitos militares, así como las circunstancias en que aquéllos se desarrollaron, para destruir la conclusión a que arribaran tanto el sentenciante originario, como el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en orden a tener al condenado por autor penalmente responsable de los hechos delictivos que se le han endilgado.-----

Formulada la precisión que antecede, consta en acta el contenido de las declaraciones testificales de los Sres. Cnel. D.E.M. A. S. M.; Cnel. D.E.M. A. R. R.; Cnel. D.E.M. H. R. D. C.; Cnel. D.E.M. R. V. R. y; Cnel. D.E.M. V. E. M. S.-----

Del contenido de las deposiciones transcritas precedentemente resulta –sobre la existencia del hecho- ostensiblemente opuesta a la afirmada en la sentencia condenatoria, las que habré de apreciarlas a cada una de ellas y cotejarlas a partir de la legalidad de su producción y valoración enfocada desde su vertiente constitucional y demás normas reglamentarias que en el orden de prelación enuncia el Artículo 137 de la C.N. y que integran nuestro ordenamiento jurídico penal.-----

Y en ese orden de consideraciones, tan pronto se analiza las pruebas testimoniales –a las que se le dado trascendental importancia en la acreditación de la conducta delictiva del revisionista- de las personas identificadas en el literal **a)** se visualiza que fueron vertidas –durante el estado sumario- por personas que, por su rango, están facultadas a testimoniar por oficio y a tenor de pliegos de interrogatorios, tal como ha ocurrido con todos y cada uno de los referidos testigos, a excepción del Gral. Brig. L. S. R., quien no declaró por oficio, sino solo elevó un informe.-----

Lo referenciado precedentemente ya deja vislumbrar la patente ilegalidad de tales testimoniales, consideradas de valor decisivo para la determinación de los hechos punibles calificados en sus diversas modalidades comisivas. En efecto, la ley procesal penal militar en su Artículo 128 inc. inc. “b” autoriza dicha forma de declaración, que opera como una excepción a la obligación de comparecer personalmente ante el estrado, pero deja inalterable el deber de testimoniar. -----

Sobre el punto, Eduardo M. Jauchen en su obra: **“La prueba en materia Penal”**, Edic. Rubinzal – Culzoni, Pág. 116, señala: *“Cabe destacar entonces que el privilegio solo comprende la eximición del deber de comparecer personalmente al juzgado, lo cual no implica que están eximidos de declarar, deber que tienen como cualquier ciudadano. Pero la declaración la efectuara mediante “Informe” escrito, el que deberá responder a los pliegos de interrogatorios propuestos por el juez y las partes. También previamente deberá prestar juramento, sin lo cual el informe sería nulo...”*. -----

Siguiendo la línea de la adquisición y producción de tales testimoniales, se observa que han sido ordenadas por el Tribunal Militar Extraordinario con los respectivos interrogatorios, pero sin ponerlos a conocimiento de la defensa, de modo tal a que ésta ejerza el derecho de interrogar a los testigos de referencia, máxime considerando que fueron vertidos en el sumario y por las razones expuestas, sin posibilidad de intervención y contralor de las mismas por parte de la defensa.-----

Desde luego, si todos los testigos fueron sometidos al examen de ambas partes (acusadora y defensa), tal como un procedimiento acusatorio lo requiere y el derecho a la defensa en juicio lo exige, la remisión a las piezas sumariales que el órgano jurisdiccional realiza en el veredicto, no debe ser tomada forzosamente como un error, sino que puede ser interpretada como indicativa de que los testigos reprodujeron sus anteriores declaraciones acerca de lo acontecido; vale decir, como medio empleado por el Tribunal juzgador para otorgar contenido concreto a los elementos probatorios en el caso examinado.-----

Pero este no es el caso, puesto que tales pruebas fueron tomadas a espaldas de la defensa y ésta no pudo haberlas controvertido en el plenario, en razón de que esta etapa procesal se abrió al solo efecto de la presentación de la acusación y la defensa, pero sin haberse permitido la apertura de la causa a prueba. Y debe admitirse que es una práctica perniciosa reconocer validez a elementos probatorios recogidos en violación de los derechos de la defensa; y aún cuando el Código Procesal Penal Militar aplicado guarda silencio sobre el derecho de interrogación de testigos que asiste al acusado, por sí o por medio de su apoderado; pero ante ellas debe prevalecer la letra y el espíritu de las leyes de superior nivel y a cuyas directrices deben ajustarse la colección, producción y valoración de las pruebas para tener como corolario una sentencia penal legítima, sin menoscabo de la garantía de la defensa en juicio que es un principio y fundamento que la Ley Suprema lo declarara enfáticamente inviolable. -----

Al respecto, dice Víctor B. Riquelme, en un apartado de su obra Instituciones de Derecho Procesal Penal, pág. 136, “...Las actuaciones recogidas a espaldas de quien posteriormente es declarado presunto autor, cómplice o encubridor del hecho, si bien pueden ser suficientes para motivar la restricción de la libertad del imputado, carecen de valor para abrir con ellas juicio definitivo...”-----

Sobre el tema y a mayor abundamiento, la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso **P.S. vs. Alemania** (Sup. Penal 513 CM – 23/09/2002) señaló: “...Con relación a la audición de testigos, debe hacerse una distinción entre testigos contra y testigos a favor del acusado. Respecto a los primeros, debería como regla darse al acusado la oportunidad adecuada e idónea para confrontar e interrogar a un testigo de cargo, sean en el momento en que el testigo estuvo haciendo la declaración o en una etapa posterior. Respecto de los testigos a favor del acusado, sólo circunstancias excepcionales podrán conducir a los órganos de la Convención a concluir que un rechazo de la audición de tales testigos violó el art. 6 de la Convención. (...) En el caso “Barberá, Messegué y Jabardo vs. España” el TEDH ha sostenido con respecto al derecho del art. 6.3.d, CEDH, que esa disposición “implica no solamente la existencia, en la materia, de un equilibrio entre la acusación y la defensa (...) sino también que la audición de los testigos debe, en general, revestir un carácter contradictorio”. (...) De manera más general en “Brandstetter vs. Austria”, el TEDH ha definido: “El derecho a un proceso penal contradictorio implica, tanto para la acusación como para la defensa, la facultad de tomar conocimiento de las observaciones o elementos de prueba producidos por la otra parte, así como discutirlos. La legislación nacional puede satisfacer esta exigencia de diversas maneras, pero el método elegido por ella debe garantizar que la parte adversa esté al corriente de la presentación de observaciones y goce de una oportunidad verdadera de argumentar sobre ellas”. (...) La CEDH, por su parte, ha establecido en su jurisprudencia sobre los derechos del imputado bajo el art. 6.3.b de la Convención que “un acusado debe tener a su disposición, a fin de exonerarse u obtener una reducción de la condena, todos los elementos relevantes que han sido o podrán ser colectados por las autoridades competentes”. (...) Como se observa, el principio adversarial no se restringe a la prueba testifical, sino a todas las alegaciones y los elementos de prueba relevantes, bajo el Standard de “medios adecuados para la preparación de la defensa”. Sin embargo, el TEDH admite que puede haber excepciones al principio adversarial, pero advierte que estas excepciones no deben lesionar los derechos de la defensa, y sostiene que, “como regla general, debe darse al acusado la oportunidad adecuada e idónea para poner a prueba e interrogar a un testigo de cargo, sea cuando hace su declaración, o en una etapa posterior”, es decir, “durante la investigación o en el juicio”. (...) Es de destacar, pues, que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo puede ser puesto en confronte con otros derechos, y ponderado (técnica del balancing), pero que en caso de que estos otros deban prevalecer sobre aquél deben hacerlo en la medida estrictamente necesaria, y que la restricción debe ser compensada dando oportunidad útil al imputado o a su defensa, en alguna etapa del procedimiento, de interrogar o hacer interrogar al testigo...”-----

Desde la vertiente constitucional, las pruebas que no han podido ser contradichas y controladas por la defensa, riñen contra lo que el **Artículo 16 de la C.N.** impone y que es del tenor siguiente: “**La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales**”, y en materia penal - **Art. 17 de la C.N.** - queda magnificado dicho principio consagrando cuanto sigue: “...**En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse una pena o sanción, toda persona tiene derecho a...1) Que sea presumida su inocencia;...8) que ofrezca , practique, controle e impugne pruebas; 9) que no se**

***le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídica...".***-----

El contenido de las normas constitucionales mencionadas, no es caprichosa ni irrelevante, puesto que la violación de las formas que la ley reserva al proceso, importa, en su esencia más pura, una trasgresión de los principios constitucionales consagrados en los términos precedentes, más aún, teniendo en cuenta la etapa de constitucionalización del proceso que nuestro país atraviesa. La doctrina así lo ha entendido - Nulidades en el Proceso Penal, pág. 95 y sgtes., Sergio Gabriel Torres; Nulidades Procesales, págs. 162, 163, Luis A. Rodríguez; Invalidez de los Acto Procesales Penales, págs. 39 al 42, Carlos Creus; Nulidades en el Proceso Penal, págs. 27, 28, 29, Carlos M. Bernaldo Quiros y Gerardo Walter Rodríguez; Nulidades en el Proceso Penal, págs. 35 al 41, Nelson Pessoa -, por citar algunos.-----

Las garantías constitucionales invocadas guardan íntimo correlato con el **Art. 8 numeral 2 –primer párrafo– inciso “f”** del Pacto de San José de Costa Rica, que dispone, sobre el caso específico, lo que sigue: ***“...derecho a la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener su comparecencia como testigo o perito, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.”***. Igualmente, el **Artículo 14 inc. 3, letra “e”** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que toda persona acusada de un delito tiene, durante el proceso, en plena igualdad de condiciones, la garantía de: ***“...interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo...”***.-----

Obviamente, en las condiciones señaladas, los testimonios de referencia se han obtenido en trasgresión del derecho que los Tratados Internacionales reconocen y garantizan a la persona sometida a proceso penal y es sabido que la Convención de los Derechos Humanos, conocido como el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al recibir reconocimiento legislativo, canjeado y ratificado, se incorporan con status constitucional (segundo orden) en nuestro ordenamiento jurídico positivo y como tal, por prelación de leyes, superior a las leyes ordinarias, de suerte que estas últimas no pueden contradecir, ni mucho menos, negar la aplicación de las directrices garantistas prescriptas en aquellas como exigencia del debido proceso legal.-----

La observancia de los citados Pactos Internacionales es obligatoria, puesto que ambos establecen que los Estados Partes, se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de las Convenciones, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. De ello se sigue, que si legislativamente, la ley procesal militar no lo regula, se debían haber tomado las medidas que fueren convenientes para hacer efectivos esos derechos, sea vía jurisprudencial, doctrina judicial o simple interpretación de leyes de superior jerarquía, de suerte que permitan dar virtualidad jurídica a las prescripciones emanadas de los Tratados de referencia, lo que al ser omitido su incumplimiento, deja expedita la apertura de la jurisdicción de la Corte Americana de los Derechos Humanos.-----

En suma, cuando una condena está basada en grado decisivo sobre deposiciones que han sido hechas por testigos que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar o hacer examinar con total libertad y amplitud de interrogatorio, sea durante el sumario o el plenario, los derechos a la defensa están restringidos al punto que son incompatibles con las garantías previstas en los Artículos 16 y 17 numerales 8 y 9 de la Constitución Nacional e igualmente, de las contenidas

en los Artículos 8 numeral 2 –primer párrafo- inciso “f”; 14 inc. 3, letra “e” del Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.-----

De ahí que las mentadas declaraciones testimoniales, sin valor alguno, no pueden nunca servir de respaldo a una sentencia condenatoria, puesto que se ubica en lo que la buena doctrina denomina reglas de exclusión probatoria y en virtud a la cual cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado en el proceso en violación de garantías constitucionales o producida de manera irregular por inobservancia de los modos predispuestos por la ley procesal, tiene el efecto vinculante para el órgano jurisdiccional de no poder basar ninguna de sus decisiones, parcial o total, directa o indirectamente en las pruebas viciadas por esas razones; por lo que debe prescindir por completo de las mismas, excluyéndola y declarando su expresa invalidez alcanzando también igual efecto a todas aquellas que se hayan incorporado a la causa como consecuencia de ella.-----

En otras palabras, conforme al principio de legalidad de la actividad procesal y de la prueba en particular, todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales y procesales para su obtención y producción, so pena de no reconocerle ningún valor probatorio. Esta doctrina se basa en la irrefutable razón ética derivada de la imposibilidad de que el Estado aproveche para el juzgamiento de elementos de convicción que fueron obtenidos en forma ilegítima, soslayando la observancia de las normas que el mismo Estado impone.-----

Por consiguiente, desde el ángulo que lo mire, las testificales de los Sres. **Gral. Ejer. S. R. N.; Alte. C. G. L. M.; Gral. A. C. C.; Gral. Div. S. Z.; Gral. Brig. L. S. R.**; y del Com. Gral. Comandante **A. Z. N.**, carecen de valor probatorio, y como tales transmiten el germen de la nulidad a la sentencia condenatoria que se nutrió de tales deposiciones. Por consiguiente, los extremos acreditados con tales pruebas caen por su propio peso y queda sin sustento válido la acreditación de que el justiciable haya incurrido en una conducta subversiva de orden y la disciplina castrense y su voluntad de alzarse con los poderes del Estado por medio de las armas, hechos que precisamente constituyen los elementos constitutivos de los tipos penales por los que ha sido enjuiciado.-----

La negada conclusión a la que arribó el Tribunal Militar Extraordinario sobre la base de las espurias pruebas testificales señaladas precedentemente, se ve robustecida por los testimonios de los Militares de distintas graduaciones que, en las fechas de los hechos, estuvieron en Unidades relevantes para posibilitar el alzamiento armado y según los cuales, los mismos y en las fechas de los hechos, no recibieron órdenes de los Superiores naturales inmediatos ni de ningún otro para intentar realizar un golpe contra las instituciones del Estado o contra el orden legalmente constituido, conforme se desprende de sus respectivas declaraciones obrantes en las actas notariales que han sido ratificadas y los que han agregado en ese contexto, existiendo absoluta uniformidad en sus deposiciones, sin que se haya percibido fisuras en los enlaces de las informaciones que han vertido, por lo que, de conformidad a las reglas de la sana crítica, ameritan tener por verosímiles sus afirmaciones.-----

Por ello, precisamente, dichos testimonios prevalecen también sobre las débiles pruebas de cargo provenientes de las testimoniales **(b)** rendidas por los componentes del Grupo de Artillería del 1° Cuerpo de Ejército y del Comando de Institutos Militar de Operaciones Especiales (CIMOE), que más bien guardan relación con la supuesta actitud de sus comandados para apoyar su beligerancia, pero sin acreditar que los mismos hayan actuado por ordenes de su superior, lo que implica

que se pretende atribuirle conductas ajenas por el solo hecho de la existencia de una relación de superioridad jerárquica con aquellos.-----

A falta del de dichas conexiones conductuales, pretende encontrarla basado en el argumento de que el Sr. L. C. O. se negaba sistemáticamente a prestar declaración indagatoria para presentar sus pruebas de descargo; razonamiento que constituye un manifiesto desatino, toda vez que encubre la perimida concepción de que al negarse el acusado a prestar declaración indagatoria, surge la presunción de su culpabilidad; cuando que desde el punto de vista constitucional, la indagatoria, como manifestación del derecho a ser oído, es un medio de defensa que puede ser ejercida o no, y de optarse por la no declaración, esta posición no le puede generar perjuicio procesal alguno.-----

En lo concerniente a las pruebas documentales consideradas como incriminatorias **(c)**, las mismas carecen de consistencia para prevalecer sobre las aportadas ante esta magistratura, por una parte, porque la mera existencia de una denuncia sobre un supuesto intento de secuestro – como parte de un plan delictivo – nada prueba, máxime considerando que no se acredita el resultado de la investigación, ni mucho menos sus autores o partícipes. Asimismo, carecen de sustento probatorio incriminador los discursos, el contenido de la obra del encausado y las declaraciones que el mismo pudo haber brindado sobre los hechos, puesto que son elementos vertidos fuera del proceso y por ende desprovistos de entidad acreditatoria sobre los elementos nucleares de la imputación penal.-----

Así las cosas se puede tener por afirmado que los nuevos hechos incorporados en elementos probatorios posteriores a la sentencia y evaluados en función a las ya examinadas anteriormente en el procedimiento, son suficientemente idóneas para concluir que la articulación defensiva encaja con la causal invocada y contenida en el Artículo 481 numeral 4 del C.P.P., en los términos explicados precedentemente, lo que conduce a la Absolución de culpa y pena del Sr. Lino Cesar Oviedo Silva. **Es mi voto.**

**A SU TURNO** el DR. MIGUEL OSCAR BAJAC **manifestó** que se adhiere al voto del **MINISTRO BLANCO** por los mismos fundamentos.-----

**A SU TURNO** el Doctor ALTAMIRANO **dijo**; adhiero mi voto al de la Ministra preopinante y al voto del Ministro Sindulfo Blanco y en ese sentido amplío: El Sr. **L. C. O. S.**, bajo patrocinio de abogado se presentó a promover recurso de Revisión de la Sentencia 01/98 dictada por el Tribunal Militar Extraordinario y del Acuerdo y Sentencia N° 84 del 17 de abril de 1998, dictado por la Corte Suprema de Justicia la que en su oportunidad había confirmado la condena impuesta por la anterior.-----

1.- Como cuestión previa y a modo de ilustración, cabe recordar que el Señor L. C. O., en oportunidad precedente a esta, interpuso “Recurso de Revisión” contra la Sentencia del Tribunal Militar y la de la Suprema Corte de Justicia, por la que fue condenado y confirmada la condena a 10 años de prisión, derivada de un delito de carácter militar.-----

En dicha oportunidad, esta Corte Suprema de Justicia (en pleno), por Acuerdo y Sentencia N° 1449 del 30 de noviembre del 2006, resolvió “rechazar por improcedente el Recurso Extraordinario de Revisión”, al respecto mi voto, también fue en el sentido del rechazo del “Recurso”.-----

En el mencionado Acuerdo y Sentencia he manifestado mi opinión con relación a lo solicitado por el recurrente, sentando en el, las siguientes bases: {...a) *El recurso de revisión es un medio de impugnación extraordinario por el que se denuncia a*

tribunal respectivo, la existencia de hechos que respecto de una persona sometida a juicio y condenada, permiten afirmar provisoria o definitivamente su inocencia, ya sea porque el condenado no cometió el hecho que se le imputaba, porque el hecho no ha existido; o porque falta totalmente la prueba en que se basó la condena, a fin de obtener la anulación de la sentencia condenatoria y sustituirla por una sentencia de absolución. (Washington Abalos. Derecho Procesal Penal. Tomo III; p. 543); b) Las razones que consienten la procedencia de la revisión tienen una naturaleza fáctica y excepcionalmente jurídica; por ello habrá que demostrar que el hecho no sucedió, o que el condenado no lo cometió, o la ausencia total de pruebas que fundamenten la condena. La revisión se referirá a una cuestión jurídica, cuando el hecho encuadre en una figura penal más favorable para el condenado, ya que se trataría de una cuestión referente a la calificación legal, o en el supuesto de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna; c) Al respecto y con relación a cada uno de los argumentos y presupuestos presentados, y sobre todo considerando el derecho fundamental que se discute, sea quien sea, el recurrente, **considero que los hechos sindicados como nuevos, antes de la providencia de “Autos para sentencia” e invocados para ameritar la revisión, no son tales.** Por otra parte, **los argumentos esgrimidos tampoco poseen consistencia probatoria suficiente para desvirtuar los argumentos contenidos en la sentencia cuya revisión se solicita.** Sin embargo, tratándose de la eventual libertad de una persona – la libertad como bien o valor fundamental del ser humano- requiere la mayor y más acabada garantía, por lo que el caso planteado amerita el trámite establecido por el Código Procesal Penal, a los efectos de que una vez admitidas y producidas las pruebas mencionadas por el recurrente, **ahora presentadas extemporáneamente**, puedan ser analizadas seriamente sobre su eficacia y valor. De buenas a primera “los hechos nuevos” alegados por la parte apelante, presentan visos de constituir efectivamente “hechos nuevos”, por lo que merecen ser analizados. Lamentablemente la Sala Penal, ahora ampliada al pleno de la Corte Suprema de Justicia, no los han acogido favorablemente. En efecto, los “hechos nuevos” incluidos en las presentaciones ampliatorias, han sido “ofrecidos”, pero no han sido ni “admitidos” ni “producidos” (Arts. 136 C.P.L. 247 C.P.C. y 173 C.P.P.), por lo que deviene imposible considerarlos en esta revisión. Por tanto, resultando formalmente extemporánea la presentación hecha por la defensa, ya que en autos ha sido dictada la providencia de “Autos para sentencia” y estando ella firme a la fecha de las presentaciones ampliatorias, considero que en esta circunstancia no es posible dar trámite a la pretensión, haciendo la salvedad del derecho que le asiste en esta materia a la defensa, en virtud a lo dispuesto en el art. 489 del C.P.P....).-----

2.- El Recurso Extraordinario de Revisión presentado en la anterior oportunidad, fue rechazado desde mi consideración por defectos de forma, en cuanto al fondo, el mismo no fue objeto de análisis, dejando con esta situación abierta la posibilidad de un nuevo planteo del “Recurso de Revisión” siempre que se den los presupuestos legales que habiliten esta vía.-----

3.- En fecha 20 de diciembre del 2006, el Sr. L. C. O., interpuso nuevamente, Recurso Extraordinario de Revisión, el que en esta oportunidad será estudiado, luego de tenerse por cumplida la formalidad exigida.-----

3.1.- Como primera cuestión, es necesario ratificar que la Corte Suprema de Justicia, es competente, a los efectos de estudiar y expedirse sobre las consideraciones tenidas por el Tribunal Militar, al tiempo de resolver la condena de un miembro de sus filas, y ello aún tratándose de un “delito militar”, esto obedece a la razón de funcionalidad dispuesta por mandato constitucional, al “Órgano Judicial”, entendido esto, en el sentido de que la Corte Suprema de Justicia, es la encargada de “la administración de justicia”, y al ser el Tribunal Militar, un instancia de juzgamiento, el

mismo se encuadra dentro de la “jurisdicción” aunque su función sea especial y diferenciada de la ordinaria. Esta postura la he sostenido en su oportunidad como “integrante” de la Sala Penal, en el Acuerdo y Sentencia N° 1348 del 6 de septiembre del 2007.-----

3.2.- La revisión es un recurso extraordinario destinado a paliar injusticias notorias, procurando que se revea una sentencia condenatoria ya pasada en autoridad de cosa juzgada, sin importar el tiempo transcurrido, por más de que la sentencia se haya ejecutado{...}(Clemente, José Luis, Código Procesal Penal, Tomo IV, pág. 246); La revisión sólo puede ser pretendida sobre la cuestión penal resuelta en la sentencia impugnada...la finalidad de este recurso es la prevalencia del valor justicia sobre la seguridad jurídica que inspira la cosa juzgada, porque a raíz de circunstancias excepcionales que hacen presumir la injusticia de una condena, procede la revisión de la sentencia que ha impuesto tal injusta condena, siendo por consecuencia una excepción a la eficacia de la cosa juzgada, no podrá ser más importante velar y respetar la seguridad que dejar de lado la justicia. (Rubianes, Carlos J. Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo III, pág. 401).-----

En la causa principal, en oportunidad de resolver sobre las cuestiones fácticas acaecidas, y la valoración de si estas constituían o no “delito”, el órgano juzgador, valoró lo existente y lo probado, concluyendo en la responsabilidad penal del Señor Lino César Oviedo, por lo que fue condenado a 10 años de prisión militar; por lo que dicha sentencia es coherente y formalmente válida; situación ésta que en sí misma no amerita ser “revisada” ya que el vicio de la condena no está en “el error judicial” sino en los “elementos de prueba nuevos” que hoy son arrimados a los efectos de la valoración fáctica y la desvirtuación con ella de los hechos inculpativos al actual condenado.-----

Es decir, en el caso en cuestión el Recurso de Revisión será analizado desde lo dispuesto en la norma procesal penal en el “Art. 481. Procedencia; 1);...;4) cuando después de la sentencia sobrevengan hechos nuevos o **elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible o corresponda aplicar una norma más favorable...**”-----

Esta situación surge del testimonio emitido por los numerosos testigos ofrecidos por la defensa, que con la narración de los hechos han desvirtuado la existencia del “hecho punible” del que fuera objeto de condena el Señor L. C. O. S.-----

3.3.- En este punto, al analizar las actuaciones cumplidas por la defensa técnica en los distintos autos (Principales e Incidentes), ellas me provocan interrogantes sobre cuál habría sido la estrategia profesional a lo largo de todo este tiempo al privilegiar otras vías (Tribunal Extraordinario, recusaciones, incidentes) y recursos, y no las orientadas a comprobar fehacientemente estos dos aspectos fundamentales: a) El acaecimiento o no del hecho punibles, y b) la autoría o no del inculpado respecto del hecho (art. 481 inc. 4 C.P.).-----

Hoy y ahora, con estos NUEVOS elementos de pruebas, (documentales fs. 2773/2871 y testificales fs. 3033/3042) válidos y eficaces jurídica y procesalmente hablando, queda destruido el presupuesto fáctico de la sentencia cuya revisión se peticiona, como para desvirtuar la condena del Señor L. C. O. Es decir, el ofrecimiento y la producción de los testimonios, que hoy ante la eventualidad recursiva, han sido producidos, y que con ellos, surge la evidencia fáctica de la inexistencia del hecho punible generador de la condena, debió ser el puntual objetivo procesal desde siempre, por parte de los abogados defensores del recurrente.-----

Cumplida la exigencia legal, quiero manifestar que la "Revisión" forma parte de un Derecho Humano de primera generación, ya que su finalidad es lograr la "Libertad" del sujeto por razones sobrevivientes o vicios existentes al tiempo de su juzgamiento.--

El recurrente propone a través de esta vía extraordinaria restablecer un derecho fundamental cual es la libertad. Y en este sentido y antes que nada, quiero manifestar que el derecho a la libertad debe considerarse independientemente del tipo de "hecho delictivo" perpetrado por personas condenadas, cuando la sanción a aquellos ha sido desproporcionada, o el hecho no ha existido, el sujeto no ha participado de aquellos, las pruebas ofrecidas y producidas fueron valoradas arbitrariamente, o los juzgadores se han apartado de la norma, es decir, cualquier situación que produzca el efecto ilegal e injusto de la condena.-----

3.4.- Por las consideraciones esbozadas, y luego de verificadas todas y cada una de las manifestaciones relatadas, (nuevos elementos de prueba) voto por la procedencia del Recurso Extraordinario de Revisión. **Es mi voto.**-----

**Opinión del Ministro José Raúl Torres Kirmser:** En primer término, debo expresar que ciertas circunstancias apuntadas por el recurrente no corresponden a hechos nuevos, sino que ya han sido debatidas en otras instancias y no han tenido acogida favorable por la mayoría.-----

Entre ellas, la violación del principio de proscripción del doble procesamiento o juzgamiento *-non bis in idem-*, cuya vulneración ya había sido destacada por el voto de la minoría y desestimada por el voto de la mayoría en el acuerdo y sentencia número 84 del 17 de abril de 1998.-----

Ahora bien, estamos en presencia de los siguientes hechos:

- 1) Existe una sentencia firme y ejecutoriada, incluso, revisada por instancias internacionales con opinión en idéntico sentido;
- 2) También existen varios planteamientos de revisión interpuestos por el hoy recurrente, cuyos resultados, igualmente, le fueron adversos, sirviendo de base motivos formales para ello, entre otros, ya subsanados en esta presentación.
- 3) En esta oportunidad, nuevamente se plantea un recurso de revisión, con la presentación de nuevos hechos, que cuenta con el dictamen favorable del Fiscal General del Estado, para dar trámite al mismo, situación que esta Corte acogió favorablemente.

Como consecuencia de todo lo señalado, nos hallamos en la situación de tener que resolver, en base a un material probatorio obtenido en un proceso que en su oportunidad hemos calificado como viciado, pero cuya validez no puede ser cuestionada, por hallarse preclusa la instancia a tales efectos. En cambio, sí puede ser cuestionada la fuerza de convicción de tales probanzas, a la luz de las recientes declaraciones producidas en autos.-----

Oficiales de alto rango y subordinados directos -Cnel. D.E.M. A. S. M.; Cnel. D.E.M. H. R. D. C.; Cnel. D.E.M. R. V. R.; Cnel. D.E.M. V. E. M. S.; Cnel. D.E.M. A. R. R.- han desvirtuado en gran parte las versiones sobre los supuestos hechos punibles que fueron objeto de pronunciamiento.-----

Por tanto, a la luz de estos nuevos elementos probatorios, se puede concluir que los mismos tendrían la fuerza necesaria para hacer lugar a las pretensiones del encausado. **Es mi voto.**-----

**A turno**, el Dr. Antonio Fretes, **dijo**: que se adhiere al voto del Dr. Torres Kirmser que antecede, por los mismos fundamentos.-----

**A su turno** el Dr. Arnulfo Arias Maldonado **dijo**: En consecuencia, por esta razón, al opinar sobre inadmisibilidad del recurso, resulta innecesario hacer consideraciones sobre la segunda cuestión planteada. **Es mi voto**.-----

**A turno**, la Dra. Mirtha González de Caballero, **dijo**: que se adhiere al voto de la Ministra Preopinante Pucheta de Correa y al voto del Ministro Blanco por los mismos fundamentos.-----

**Opinión en Disidencia del Dr. Basilio García**: El análisis de estos autos, en el que el Gral. de División (S. R.) L. C. O. S. plantea Recurso de Revisión contra la S.D. No. 01 de fecha 09 de Marzo de 1998 dictada por el Tribunal Militar Extraordinario y contra el Acuerdo y Sentencia No. 84 de fecha 17 de Abril de 1998, dictado por la Corte Suprema de Justicia que confirmó la mencionada sentencia dictada por el Tribunal Militar; y las pruebas ofrecidas por el recurrente cuyo diligenciamiento fue admitido por A.I. No.1522 de fecha 23 de Octubre de 2.007 dictado por la Corte Suprema de Justicia; como también el criterio sustentado por la preopinante Excm. Presidenta de la Corte Suprema de Justicia Dra. ALICIA PUCHETA DE CORREA, me llevan expresar que disiento respetuosamente con los fundamentos allí expuestos.-----

Antes sin embargo de arribar a la conclusión señalada, considero de importancia puntualizar cuestiones relacionadas al trámite del recurso, así como a la actividad probatoria desplegada para evaluar el mérito de la pretensión en examen.----

Por una parte, la solicitud de revisión, que se ajusta a los postulados de orden procesal que regulan el instituto, conforme fue ya resuelto por esta misma Corte con ocasión del interlocutorio mencionado, dispuso la admisión de los elementos probatorios ofrecidos en argumentación de la revisión, ordenando la recepción de pruebas documentales y testimoniales en la forma allí detallada.-----

Luego de ello, y en su diligenciamiento, esta Corte recibió los testimonios de los señores J. F. S. B. , S. R. R. , A. S. M. , R. V. R., A. R. R. , H. R. D. C. , y V. E. M. S., los cuales, en general y particular, produjeron información concordante y coincidente con los hechos ya relacionados con ocasión de las actas notariales que previamente, y como se dijera, fueron incorporadas al material probatorio de este recurso en carácter de prueba instrumental.-----

A partir de ese momento, la causa registró una presentación del recurrente conteniendo el desistimiento de actividad probatoria ya ordenada jurisdiccionalmente y pendiente de diligenciamiento, bajo la invocación del argumento de la innecesariedad y sobreabundancia de la prueba.-----

Esta situación *-lo considero-* es reprochable, no solamente desde la óptica bajo la cual la prueba pertenece al tribunal evaluador de los hechos en su cometido de declarar el derecho, frente a cuya realidad no es posible aplicar un principio dispositivo de las partes propio del derecho procesal civil, y ajeno al derecho procesal penal que se halla avocado al cometido de la búsqueda de la verdad real, por encima de la iniciativa interesada de las partes.-----

Mayor razón asiste todavía a este posicionamiento, cuando entre las diligencias pendientes se halla la corroboración por vía de un testimonio ofrecido, admitido, ordenado, pero finalmente desistido; del remitente de una nota presentada por el

peticionante como hecho nuevo y principal, a través de la cual se exponen hechos y situaciones, que en su caso, hubiesen hecho variar diametralmente, mediante su valoración coherente y armónica, los hechos en la forma real acontecida, a los efectos de aplicarle las consecuencias legales conforme a la legislación vigente.-----

El tenor de una nota que señala gravísimas situaciones, infelizmente, no puede ser objeto de valoración en el marco de la estimación y ponderación conjunta y armónica dentro de la sana crítica, en razón de que, mediante el desistimiento formulado, se ha perdido la posibilidad del contraexamen de la prueba, a tales efectos.-----

Luego de ello, iniciando el análisis de la cuestión de fondo, expreso que disiento con el voto preopinante cuando concluye que constituye un hecho nuevo la violación de la prohibición de doble juzgamiento por un mismo hecho.-----

Ello sin perjuicio de hallarme de acuerdo con los fundamentos doctrinarios y valorativos esgrimidos, en razón de que tal extremo, la violación de la garantía constitucional establecida por el Art. 17, inc. 4) de la Constitución ya ha sido ampliamente debatida antes de ahora.-----

Es más, sobre el punto en el Acuerdo y Sentencia Número 84, del 17 de abril de 1998 se explicitó: “**...Corresponde igualmente mencionar el Art. 17 de la Constitución Nacional, en especial, el inciso 4)**”. En otra parte del mentado acuerdo y sentencia también se lee: “**...Por último, deben considerarse las cuestiones que se presentan en atención al principio *non bis in idem*. Esta regla garantiza no solo la proscripción de la doble sanción punitiva sino también del doble procesamiento. Por tanto, si un hecho presuntamente punible está siendo investigado y tratado en el marco de un proceso, no puede ser objeto de otro procesamiento ya sea paralela o subsiguientemente. Esta conclusión se aplica aún cuando no se haya llegado a la conclusión del juicio por una resolución condenatoria o absolutoria**”. A pesar de estos argumentos, la mayoría decidió que tal violación de la garantía constitucional no se configuró en el *sub lite*, fundados en que: “**...Difícilmente puede sustentarse esta tesis desde el momento, como anteriormente lo hemos mencionado, de que los bienes jurídicos tutelados por el orden jurídico penal militar son diferentes y buscan la preservación de otros valores que los del régimen penal ordinario. Una sentencia del tribunal constitucional español expresa que ‘El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes’ [...] No existe *eadem re ni eadem causa petendi*, por lo que el principio constitucional permanece indemne**” (sic.).-----

La existencia de procesos paralelos también fue estudiada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –Informe N° 88/99- y fue desestimada como violatoria de la proscripción de doble juzgamiento, ya que en aquel entonces consideró que era necesario que el inculpado haya sido absuelto por sentencia firme y que luego se pretenda volver a procesarlo por el mismo hecho.-----

Por lo tanto, no es posible sostener que el doble procesamiento constituya un hecho nuevo, del cual se haya venido a tomar noticia recién con posterioridad al dictado de la sentencia condenatoria, sino muy por el contrario, fue un punto argüido y debatido en otros pronunciamientos anteriores.-----

Por ello, considero que el argumento de la violación del principio *non bis in idem* no configura un hecho nuevo que pueda ser invocado para anular o modificar el pronunciamiento recurrido por esta vía extraordinaria.-----

Tampoco considero que por esta vía puedan revisarse vicios procesales que hayan tenido lugar en el proceso tramitado ante la justicia militar o la ordinaria, ya que tales extremos han sido debatidos y resueltos por la Corte Suprema en ocasión del dictado del Acuerdo y Sentencia Número 84 de 1998. Estos vicios, tampoco constituyen hechos nuevos, sino hechos conocidos y juzgados por el órgano jurisdiccional competente.-----

La nota arriada por el recurrente no aporta mayores elementos de convicción, ya que no ha sido reconocida en juicio por su autor, ni es conocida la forma en la cual el recurrente tomó conocimiento de ella, por lo que su autenticidad es discutible y no puede ser invocada como una prueba contundente en sentido alguno.- Además, ya se ha mencionado más arriba que la posición asumida por el recurrente en el sentido de formular desistimiento de la convocada audiencia testimonial de su autor, ha truncado la posibilidad de una valoración de este medio probatorio, con los alcances que también se han consignado.-----

En cuanto a las declaraciones de los testigos J. F. S. B. y S. R. R. , se trata de testimonios sin mayor relevancia, toda vez que, como fuera destacado por el Ministro Sindulfo Blanco, no constituyen hechos nuevos por haber sido escuchados con anterioridad en el proceso.-----

Ahora bien, lo que sí debe ser tomado en consideración es el nuevo material probatorio aportado por el recurrente, en especial las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 3035 y siguientes, que deberán ser analizadas a través de la sana crítica y conjuntamente con el material probatorio obrante en los autos principales.-----

En este sentido, destacamos la declaración testifical del Cnel. D.E.M. A. S. M., quien expresó que el movimiento correspondiente a los días 22 y 23 de abril de 1996 se debió a la festividad de San Jorge, fecha en la que se realizan desfiles militares. Agregó, además, que no recibió órdenes de movilizarse, más allá de las movilizaciones propias a la festividad que se celebra en la fecha indicada y que los vehículos de su regimiento no estaban artillados. -----

El Cnel. D.E.M. H. R. D. C., en forma concordante, expresó que los vehículos fueron movilizados en ocasión de la celebración del día de la caballería, para la realización de desfile en honor al presidente y que por ese mismo motivo estaban desartillados.-----

Por su parte, el Cnel. D.E.M. R. V. R. relató que no recibió ninguna orden fuera de lo habitual y que la actividad en la unidad militar donde prestaba servicios se desarrolló con total normalidad.-----

El Cnel. D.E.M. V. E. M. S. señaló que no le consta que el recurrente haya ordenado nada relacionado a eventos que se le imputan.-----

Estas declaraciones son suficientes para demostrar que no se hallan configurados los requisitos necesarios para condenar a L. O. S. por los hechos punibles tipificados en los incisos a) y b) del Art. 88 del Código Penal Militar. No se ha demostrado fehacientemente que el recurrente, L. C. O. S., haya intentado subvertir por medio de la violencia el orden y la disciplina militar, ni que se haya alzado en

armas contra los poderes del estado o que haya instado a la rebelión en alzamiento público contra el Gobierno o sus autoridades.-----

Sin embargo, tales declaraciones no han llegado a desvirtuar las probanzas que llevaron a demostrar la configuración de hecho punible tipificado por el Art. 138 del Código Penal Militar, es decir la insubordinación del recurrente al negarse a acatar la orden de relevo proferida por el entonces Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación. Dado el alto cargo que entonces ostentaba el hoy recurrente, y la persona de quien emanó la orden de relevo que se negó a acatar, corresponde aplicar las disposiciones contenidas en el Art. 139 del Código Penal Militar, que establece que cuando el hecho punible tipificado por el Art. 138 fuere cometido por un oficial no estando en tiempos de guerra, la pena aplicable a la insubordinación será de cinco años de prisión militar, los cuales a la fecha ya fueron cumplidos por lo que corresponde tener por compurgada la pena impuesta.-----

Es decir, la información que produce la prueba recibida en este recurso, permite la modificación de la calificación de los hechos punibles atribuidos al recurrente, estimando comprobadamente realizada por éste, únicamente la conducta de insubordinación (art.188 CPM) en las condiciones señaladas en la causa cuyo juzgamiento se pone ahora en análisis mediante la revisión que nos ocupa.-----

La aludida modificación de la calificación, conlleva la reducción de la pena inicialmente impuesta para el delito perpetrado por L. C. O. S., estableciendo una nueva condena de CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, que a la fecha de esta resolución ya la tiene cumplida, y aplicando consecuentemente las derivaciones del COMPURGAMIENTO DE LA PENA IMPUESTA, a sus efectos.-----

En estas condiciones, corresponde HACER LUGAR al recurso de revisión interpuesto y, en consecuencia, ABSOLVER DE CULPA Y PENA al recurrente, L. C. O. S., de los hechos punibles tipificados en el Art. 88 incs. a) y b); así como CONDENAR al recurrente, como autor del hecho punible de INSUBORDINACION previsto y penado en los arts. 138 y 139 del C.P.M., a una nueva pena de CINCO AÑOS DE PRIVACION DE LIBERTAD, la cual ya ha cumplido, y en consecuencia declarar el compurgamiento de dicha pena, conforme con lo ya explicitado.- **Es mi voto.**-----

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mí que certifico, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue: -----

#### **ACUERDO y SENTENCIA N° 1069**

Asunción, 30 de octubre de 2.007

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

#### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA R E S U E L V E:**

**1- DECLARAR** la admisibilidad del Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto.-----

**2- HACER LUGAR**, al recurso extraordinario de revisión planteado, bajo patrocinio de los Abogs. E. F. Ll. B. y J. A. G., por el Sr. L. C. O. S. y en consecuencia, anular la **Sentencia Definitiva N° 01 de fecha 9 de marzo de 1999**, dictada por el Tribunal Militar Extraordinario en los autos caratulados: "*Sumario instruido al General*"

de Div. (SR) L. C. O. S., Gral. de Brigada (SR) S. R. R.; Cnel. DEM (SR) J. M. Bóbeda M. s/ supuestos delitos contra el orden y la seguridad de las Fuerzas Armadas de la Nación e insubordinación ocurridos en fecha 22 y 23 de abril de 1996, en distintas unidades de la Republica”, como asimismo, el **Acuerdo y Sentencia Nº 84 de fecha 17 de abril de 1998**, pronunciado por la Corte Suprema de Justicia, y los demás que se han dictado en consecuencia, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.-----

**3- DECLARAR** la **Absolución de culpa y pena** del Sr. **L. C. O. S.**, en los autos ut-supra individualizados.-----

**4- LIBRAR**, los oficios correspondientes.-----

**5- ANOTAR**, notificar y registrar.-----

**Ministros:** Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco, Miguel Oscar Bajac, José V. Altamirano, Raúl Torres Kirmser, Antonio Fretes, y los Señores Miembros del Tribunal de Apelación, Dres. Arnulfo Arias Maldonado, Mirtha González de Caballero y Basilio Dejesús García Ayala, Dr. Emiliano Rolón Fernández

**Ante mí:** Karinna Penoni de Bellasai, Secretaria Judicial.

**Inconstitucionalidad contra disposiciones penales que establecen el plazo máximo de duración del procedimiento penal. Hechos punibles de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles**

**SÍNTESIS JURÍDICA:** La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió hacer lugar a la excepción de inconstitucionalidad planteada por un Agente Fiscal interviniente en el marco de una causa penal por lesión corporal en el ejercicio de las funciones públicas, alegando sustancialmente que los hechos punibles por los cuales son juzgados los procesados constituyen hechos punibles de lesa humanidad y por lo tanto, imprescriptibles, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 5 y 137 de la Constitución Nacional, 102 inc. 3º del Código Penal, 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Ley Nº 2806/05 que aprueba la Convención Internacional sobre la Represión y el castigo del Crimen de Apartheid, la Ley Nº 1886/02 que reconoce la competencia del comité contra la tortura, 21 y 22 de la Convención contra la Tortura y otras penas crueles, inhumanos o degradantes, Ley Nº 1663/01 que aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Ley Nº 56/89 Convención para prevenir y sancionar la Tortura, Ley Nº 69/89 Convención contra la tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes.-

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS:** La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conforme lo disponen los Arts. 132 y 260 de la Constitución Nacional declaró la inconstitucionalidad de los Arts. 25 inc. 3º, 136 y 137 del Código Procesal Penal y su inaplicabilidad al caso sometido a consideración. El planteamiento lo realizó el Agente Fiscal en un caso en el que se juzga un hecho punible de lesión corporal en el ejercicio de las funciones públicas y ante el requerimiento de las defensas del cumplimiento del plazo máximo de duración del procedimiento penal. La Corte determinó que los hechos juzgados deben ser considerados como de lesa humanidad y como consecuencia de la primera conclusión arribada que dichos hechos son imprescriptibles y por ende no sometidos a plazo máximo de duración del proceso, considerando el orden de prelación de leyes y la aplicación de los tratados internacionales ratificados por el Paraguay.

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: “B. P., M. P., O. V. Y W. B. S/ LESIÓN CORPORAL EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS”. AÑO: 2003 – Nº 5182.-----**

**ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: CIENTO NOVENTA Y CINCO.-**

En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los 05 días, del mes de mayo , del año 2008, estando en la Sala de Acuerdos de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, los señores Ministros de la Sala Constitucional, Doctores **JOSÉ V. ALTAMIRANO AQUINO, ANTONIO FRETES y CÉSAR ANTONIO GARAY**, éste último integra este Alto Colegiado por inhibición del Ministro **VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ**, por Ante mí, el Secretario autorizante, se trajo al acuerdo el Expediente intitulado: **EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: “B. P., M. P., O. V. Y W. B. S/ LESIÓN CORPORAL EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS”**, a fin de resolver la Excepción de Inconstitucionalidad incoada por el Agente Fiscal en lo Penal de la Unidad 7, Abog. Rodolfo Fabián Centurión contra los Arts. 25 inciso 3º, 136 y 137 del Código Procesal Penal.-----

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, resolvió plantear y votar la siguiente:-----

### CUESTION:

¿Es procedente la Excepción de Inconstitucionalidad deducida?-----

A la cuestión planteada el Doctor **ALTAMIRANO AQUINO** dijo: Se presentó el Agente Fiscal en lo Penal de la Unidad 7, Dr. Rodolfo Fabián Centurión, a interponer Excepción de Inconstitucionalidad, contra los arts. 25 inc. 3º, 136 y 137 del Código Procesal Penal.-----

Ante las argumentaciones vertidas por el representante de la sociedad y acusador público, considero preciso analizar ciertas cuestiones respecto del caso.-----

1.) Estamos ante la investigación de un hecho punible, considerado por las normas internacionales como “Crímenes de lesa humanidad”, y contemplado en la Constitución Nacional, bajo una disposición determinada, determinante y excluyente cual es la “imprescriptibilidad”.-----

2.) Los crímenes de lesa humanidad, contienen en sí dos premisas *excepcionales*; por un lado ante ellos *opera la retroactividad de la ley penal* y por otro lado, *la imprescriptibilidad de la sanción penal o de la pena (son imprescriptibles en cuanto a la acción y la sanción penal)*.-----

3.) La cuestión a debatir y que genera conjeturas en nuestro ordenamiento penal – fondo y forma– resulta de la siguiente cuestión.-----

a) La imprescriptibilidad en nuestro sistema penal opera con relación a la “acción penal”, o la “sanción penal” - duración del proceso, plazo razonable - o a ambos? Considero que a primera vista, opera sobre la “Acción Penal”.-----

Es decir la víctima de un crimen de lesa humanidad, puede accionar contra el victimario sin que el tiempo limite la acción penal de la que está legitimada, y sin que opere por ello la prescripción de la misma; a esto le llamo “imprescriptibilidad de la acción”.-----

Sin embargo y por otro lado, el victimario tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable; a esta situación la llamo por el efecto de “extinguir la causa”, “prescripción de la sanción penal”.-----

b) Entonces en nuestro sistema penal, pareciera que en realidad opera la imprescriptibilidad **en materia de fondo, pero no, en materia de forma**. Siendo más claros, la víctima tiene derecho a promover la acción sin importar un plazo determinado para hacerlo, y el victimario tiene derecho a ser sometido, juzgado, absuelto o condenado en un plazo razonable.-----

c) Pues bien, la cuestión no es matemática, en los casos de “Crímenes de lesa humanidad” ante los cuales la comunidad internacional ha sentado su criterio, no puede de ninguna manera un Estado Parte obviar las consideraciones y las fundamentaciones de las excepciones en este tipo de hechos punibles.-----

Y ante todo, contrastar la afirmación subexamine, con la intención Constitucional dispuesta en el art. 5 in fine, la que dispone la protección a las víctimas de horribles y repudiados crímenes, situación sustentada en la convicción como lo dijera de la comunidad internacional que exceptúa las **reglas tanto de fondo y de forma en materia penal**, limitando única y exclusivamente al "Genocidio y tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas" **la imprescriptibilidad de la acción penal y de la sanción penal o de la pena.**-----

d) Sobre la base de la prelación dispuesta en la Constitución Nacional en el art. 137, quiero argumentar aún más la tesis puesta de manifiesto en las consideraciones expresadas por Federico Andreu-Guzmán; Consejero Jurídico para América Latina y el Caribe, obtenidas del *Memorial en derecho de la CIJ (Comisión Internacional de Juristas) sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y la irretroactividad de la ley penal, dirigido a las ONGs peruanas en el marco del proceso Barrios Altos c. Perú ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*-----

1. El principio general. La no aplicación retroactiva de la ley penal es un principio universalmente reconocido por las legislaciones penales en el mundo y es una consecuencia del principio de legalidad de los delitos (nullum crimen sine lege). Igualmente, la no aplicación retroactiva de la ley penal, o principio de irretroactividad, es una salvaguarda esencial del derecho internacional. Así, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27) consagran el carácter inderogable del derecho a no ser condenado por actos u omisiones que no eran delictivos al momento en que fueron cometidos. Similar disposición está contenida en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 15). El derecho internacional humanitario también es receptor de este principio junio 2001.-----

3. La excepción a la irretroactividad. Pero asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establecen una expresa excepción al principio de irretroactividad de la ley penal. Así, el artículo 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".-----

Similar provisión tiene el artículo 7 (2) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades. Aunque existe poca doctrina al respecto en lo que concierne el ámbito interamericano, algunos autores consideran que la fórmula empleada por el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - "de acuerdo con el derecho aplicable" - consagra esta excepción.-----

Esta excepción tiene por objeto y propósito permitir el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como criminales por los principios generales de derecho internacional, aun cuando estos actos no estaban tipificados al momento de su comisión ni por el derecho internacional ni por el derecho nacional.-----

Esta cláusula fue incorporada a ambos tratados con el expreso propósito de responder a situaciones como las de la Segunda Guerra Mundial. No hay que olvidar que los crímenes de lesa humanidad por los que fueron juzgados y condenados varios de los dirigentes nazis en el proceso de Núremberg, fueron tipificados ex post facto y no tenían precedente legal penal. Los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra ya contaban, al momento de la comisión de los actos, con precedentes legales.

Ciertamente, la noción de crimen de lesa humanidad ya había sido empleada con anterioridad: así por ejemplo, la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia del 24 de mayo de 1915 calificó las masacres de armenios perpetradas por el Imperio Otomano de "crímenes contra la humanidad" y, en el ámbito americano, el Presidente de Paraguay, Eusebio Ayala, calificó de "crímenes de lesa derecho de gentes y lesa humanidad" actos cometidos por las tropas bolivianas durante la guerra del Chaco (1932-1935). No obstante, no existía en el derecho internacional hasta 1945 una definición o tipificación del crimen de lesa humanidad. Sin embargo, los actos eran - como lo definió el Procurador francés François de Menthon en el proceso de Núremberg- "crímenes contra la condición humana" y demasiado graves y contrarios al derecho internacional para ignorar su carácter ilícito.-----

4. Los delitos. La tortura y la desaparición forzada son per se crímenes internacionales. Así mismo, la práctica sistemática o a gran escala de la ejecución extrajudicial, la tortura, la desaparición forzada, las persecuciones por motivos políticos, entre otros actos, constituyen un crimen internacional calificado, a saber, un crimen de lesa humanidad. Son estas conductas, precisamente, a las que se refieren, entre otras, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-----

7.- Imprescriptibilidad. No huelga recordar que el derecho internacional consuetudinario establece que cierto tipo de crímenes internacionales son imprescriptibles. Así por ejemplo, son imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad. No obstante, hay que tener en cuenta que la imprescriptibilidad no se predica de todos los crímenes internacionales, pues no es un elemento inherente a toda infracción penal internacional y sólo se predica respecto de ciertos crímenes internacionales como los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el apartheid (estos dos últimos son una modalidad específica de crimen de lesa humanidad). Así, la tortura y la desaparición forzada aun cuando son crímenes internacionales no son imprescriptibles per se, salvo cuando estos actos son cometidos dentro de una práctica a gran escala o sistemática, pues en ese evento, se convierten jurídicamente en otra entidad, a saber un crimen de lesa humanidad.-----

8. Imprescriptibilidad e irretroactividad de la ley penal. No huelga recordar que imprescriptibilidad e irretroactividad de la ley penal son dos institutos jurídicos diferentes. Es importante destacar que existe un amplio consenso acerca de la vocación retroactiva de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, con lo cual esta se aplica a estos actos ilícitos aún cuando fueron cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención. Como lo señalara el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en lo que atiene a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, esta convención es de "carácter simplemente declarativo [... pues] las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido". No huelga recordar que la Convención se refiere a los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido" (artículo I) y prescribe que los Estados partes deben abolir la prescripción para estos crímenes, cuando esta exista en su legislación nacional (artículo IV). En su fallo en el asunto Touvier, la Sala criminal de la Corte de Casación de Francia consideró que no existía, a la luz Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, un derecho a la prescripción y decidió declarar nula la sentencia del tribunal de 1º instancia que, invocando la prescripción y la irretroactividad de la ley penal, había

archivado el proceso. La Sala invocó, en su decisión, la excepción a la irretroactividad de la ley penal prevista a los artículos 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 (2) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades.-----

9.- Imprescriptibilidad, irretroactividad y crimen de lesa humanidad en Perú. Por todo lo anterior, no se puede afirmar que la ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad entraría en contradicción per se con el principio de irretroactividad de la ley penal. Esta supuesta contradicción no existiría con mayor razón, si las conductas que se pretenden perseguir judicialmente, como las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y las desapariciones forzadas, ya eran delitos en el derecho nacional (ya fuese a través de los tipos penales de homicidio, lesiones personales y secuestro o a través de los tipos penales de tortura y desaparición forzada) y en el derecho internacional. Y aún menos existiría tal contradicción si estas conductas criminales fueron cometidas dentro de una práctica a gran escala o sistemática, o sea, si eran constitutivas de crímenes de lesa humanidad.-----

Por su parte es importante a su vez mencionar lo que ha acontecido en materia jurisprudencial en la Argentina cuando "...La Corte Suprema de Justicia estableció que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y dio, así, un paso clave para la continuidad de los juicios por violaciones a los derechos humanos. Lo hizo al resolver que el ex agente de inteligencia de Chile Enrique Arancibia Clavel debe seguir preso por el asesinato del general chileno Carlos Prats y su esposa, un episodio emblemático del Plan Cóndor, cometido en Buenos Aires en 1974. El fallo es una señal de que el tribunal se encamina a invalidar las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. La resolución de la Corte, a la que se llegó con una mayoría de cinco firmas, es contundente: dice que el derecho internacional y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad "desplazan" y se imponen por sobre "las reglas de prescripción de la acción penal" previstas en las normas locales. Al momento del homicidio de Prats y Sofía Cuthbert, sostiene el voto mayoritario, "la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad". "El Estado argentino" no sólo adhería "desde la década del '60", señala el fallo, sino que "ya había contribuido a la formación" de ese principio...".-----

4.) A más de las consideraciones doctrinarias, las que forman parte del Derecho Positivo Nacional por Ley Nº 2.806/05 **QUE APRUEBA LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA REPRESION Y EL CASTIGO DEL CRIMEN DE APARTEID; LEY Nº 1886/02 DECLARACIONES RECONOCIENDO LA COMPETENCIA DEL COMITÉ CONTRA LA TORTURA, CONFORME A LOS ARTS. 21 Y 22 DE LA CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTRAS PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES; LEY Nº 1.663/01 QUE APRUEBA EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL; LEY Nº 56/89 CONVENCION PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA; LEY Nº 69/89 CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES INHUMANOS O DEGRADANTES;** por su parte el Código Penal dispone: "...Art. 102.- Plazos: 1º); ...3º) Son imprescriptibles los hechos punibles, previsto en el artículo 5º de la Constitución". Con esta disposición normativa queda confirmada la **excepción a la regla** respecto a la imprescriptibilidad de los "crímenes de lesa humanidad" con lo cual efectivamente resulta inconstitucional el contenido dispuesto en los artículos 25 inc. 3º, 136 y 137 del Código Procesal Penal. Concluyendo, tanto en materia de fondo como de forma los "Crímenes de lesa humanidad" son imprescriptibles.-----

5.) En este convencimiento considero que debe hacerse lugar a la presente Excepción de Inconstitucionalidad. Es mi voto.-----

A su turno el Doctor **FRETES** dijo: El Fiscal de la causa pretende la inaplicabilidad de los arts. 25 inc. 3°, 136 y 137 del Código Procesal Penal. Afirma que varias normas constitucionales se encuentran en trance de ser violadas, específicamente los arts. 5, 137, 46 y 47 inc. 1°.-----

Ocurre que en el caso de autos se da la particularidad que surge de la colisión de normas que por un lado disponen la extinción de la acción penal por el vencimiento del plazo máximo de duración del proceso y por el otro la imprescriptibilidad del delito de tortura, establecida por el art. 5° de la Constitución.-----

Si bien es cierto que la prescripción de la acción penal y la extinción de la acción por el transcurso del plazo máximo de duración del proceso traen aparejada una idéntica solución, la extinción de la acción; las mismas responden a sistemas sustancialmente diferentes. Así, la extinción tiene el fin de obtener una sentencia definitiva en un plazo razonable, mientras que la prescripción versa sobre el límite temporal para iniciar una acción.-----

Analizadas las constancias de autos, surge que la eventual aplicación de los arts. 25, 136 y 137 al caso que nos ocupa llevaría a una solución que se aparta de las disposiciones constitucionales, además de los diversos Tratados Internacionales suscriptos por la República, referentes a la materia. Con lo dicho, adhiero al voto que me precede, por sus mismos fundamentos.-----

A su turno el señor Ministro **César Antonio Garay** explicitó: Al principiar la atención de la Garantía Constitucional incoada por el Ministerio Público Fiscal es necesario, pertinente e ineludible pergeñar las secuencias cronológicas y los órdenes fácticos que se dieron en esta Causa.-----

El 8 de Septiembre del 2.003 el Agente Fiscal en lo Penal, Abogado Rodolfo Fabián Centurión, en el proceso respectivo planteó “Impugnación de Inconstitucionalidad por la Vía de la Excepción”, en los términos y alcances que pueden ser leídos a fs. 417/26 (Tomo III).-----

En el escrito que rola a fs. 428/9, la presunta víctima de los abominables ilícitos que se investigan en Sede Penal como es de rigor, formuló “adhesión” al planteamiento del señor Agente Fiscal ut supra aludido, el 16 de Septiembre del 2.003.-----

El 24 de Septiembre del 2.003 el Agente Fiscal Rodolfo Fabián Centurión solicitó “se imprima trámite a la Excepción de Inconstitucionalidad”, tal como se lee a fs. 445.-----

Por el Dictamen N° 3.049, con fecha 11 de Diciembre del 2.003, la Fiscalía General del Estado contestó el traslado concerniente a la Excepción opuesta, cuyos densos fundamentos se leen a fs. 472/81.-----

La querrela adhesiva en su presentación de fs. 484/5 hizo “adhesión al escrito Fiscal...” (2 de Diciembre del 2.003).-----

A fs. 486/7 J. L. L. S., con patrocinio de Letrado, formuló “adhesión al recurso planteado por el Agente Fiscal” (10 de Diciembre del 2.003).-----

En el escrito de fs. 488/92 el Defensor que asiste al procesado W. H. B. M. “emitió contestación de traslado” (10 de Diciembre del 2.003).-----

Hizo lo propio a fs. 493/500 la Defensa del encausado M. P. al “contestar Excepción de Inconstitucionalidad planteada por la Fiscalía” (11 de Diciembre del 2.003).-----

Los Defensores que atienden a los procesados O. J. V. y J. B. P., en su presentación de fs. 501/3, contestaron “traslado” (10 de Diciembre del 2.003).-----

Por Providencia dictada el 11 de Diciembre del 2.003 la entonces Magistrada - laboriosa, diligente y estudiosa- del Juzgado en lo Penal interviniente dispuso la remisión de “estos autos a la Corte Suprema de Justicia para su resolución” (ver fs. 504 vlto.).-----

El día 12, del mes de Diciembre, del año 2.003, fue presentada y puesta en la Secretaría Judicial correspondiente la Causa que nos ocupa, como puede constatarse en el Cargo del Actuario signado a fs. 504 vlto.-----

En fecha 18 de Diciembre del 2.003 quien ejercía la Presidencia de Sala Constitucional dictó el proveído que reza: “Agréguese. Autos para Sentencia” (ver fs. 505).-----

El 25 de Mayo del 2.006 la Fiscalía excepcionante formuló “respetuoso urgimiento”, como se aprecia a fs. 506/7.-----

El 15 de Marzo del 2.006 A. C. G. “por el presente escrito vengo nuevamente a solicitar pronto despacho a Vuestra Excelencia; el señor Ministro Víctor Núñez, en su carácter de preopinante de la citada causa, en la Acción promovida por mi parte y por el Ministerio Público, en referencia de la aplicación del art. 136 de C.P.P.” (ver fs. 508).-----

En la presentación que corre a fs. 509/10 el Agente Fiscal en lo Penal que opuso la Excepción que atendemos formuló “segundo respetuoso urgimiento”, el 11 de Julio del 2.006.-----

Hizo lo propio el 25 de Agosto del 2.006 al “formular tercer respetuoso urgimiento”.-----

Por escrito rolado a fs. 513/14, el 27 de Marzo del 2.007, A. C. G. vino a “recusar con causa” al Dr. Víctor Núñez, aseverando: “Que, existe constancia en el sistema informático, de la Secretaría a cargo del Abogado Fabián Escobar, que desde el 5 de abril del año 2004, hasta septiembre del año 2006, se encontraba guardado el citado expediente en su despacho, en su CARÁCTER DE PREOPINANTE, es decir por espacio de 2 AÑOS, más o menos, habiendo mi parte presentado los respectivos URGIMIENTOS pertinentes, como también lo hizo el Fiscal interviniente, hasta que se digno en pasar al Señor Ministro JOSE ALTAMIRANO dónde fui informado que el 13 de setiembre del 2006, firmó su voto, para después NO TENER MAS NOTICIAS DEL EXPEDIENTE, hasta que mi Abogado denunció la desaparición en fecha 22 de febrero del año en curso, VOLVIENDO a tener noticias, que la causa N° 5182/83, se encontraba en poder de V.E., al firmar el cuaderno de recibo el Asistente Claudio Vera en fecha 7 de marzo del 2007”.-----

La Fiscalía del Fuero Penal interviniente formuló “cuarto respetuoso urgimiento” el 30 de Marzo del 2.007 (fs. 515/6).-----

Por Providencia del 23 de Mayo del 2.007 el Ministro recusado se separó “de entender en estos autos”. Ante esa decisión el 29 de Mayo del 2.007 la Presidencia de Sala dispuso integrar con el Ministro Oscar Bajac, quien el 5 de Junio del 2.007 no aceptó hacerlo (ver fs. 517).-----

En la Providencia del 21 de Junio del 2.007 se proveyó integrar con el Ministro Sindulfo Blanco, quien el 29 de Junio del 2.007 no aceptó su integración (ver fs. 518).--

En la Providencia dictada el 3 de Julio del 2.007 fue dispuesta la integración con el Ministro Raúl Torres Kirmser, quien el 4 de Julio del 2.007 no aceptó “por hallarse comprendido en la causal de inhibición establecida en el Art. 21 del C.P.C.” (ver fs. 519).-----

Por Providencia del 5 de Julio del 2.007, dictada a fs. 520, se integró con la Ministro Alicia Pucheta de Correa, quien el 9 de Julio del 2.007 expresó “por motivos de decoro y delicadeza personal, excúsome de entender en estos autos (Art. 21 C.P.C.)” (ver fs. 521).-----

El día 7, del mes de Agosto, del año 2.007 esta Magistratura fue notificada por el Secretario Judicial para integrar esta Sala Constitucional, aceptando hacerlo, en estricta observancia de mandatos legales.-----

En las líneas que siguen se abordará – a plenitud – el *thema decidendum*: Supremacía de la Constitución o del Código Procesal Penal.-----

Se lee en la presentación de fs. 417/26 –que tuvo por “OBJETO: Plantear Impugnación de Inconstitucionalidad por la Vía de la Excepción”– que el Agente Fiscal en lo Penal Rodolfo Fabián Centurión fundamentó la posición jurídica del Ministerio Público aseverando: “QUE, por el presente escrito... viene a promover Excepción de Inconstitucionalidad en la causa penal mencionada y de los artículos 25 inciso 3º, 136 y 137 del Código Procesal Penal, que pretenden ser aplicados por la defensa de los acusados por el Ministerio Público como fundamento para la extinción de la acción penal en la substanciación de la audiencia preliminar fundado en las consideraciones que pasa a exponer”. “NORMAS CONSTITUCIONALES EN TRANCE DE SER VIOLADAS: QUE, se consideran en trance de ser vulnerados las siguientes disposiciones constitucionales: 1- ) Artículo 5º “De la Tortura y otros Delitos”; 2- ) Artículo 137. “De la Supremacía de la Constitución Nacional”; 3- ) Artículo 46. “De la Igualdad de las Personas”; y, el 4- ) Artículo 47 inc. 1 “De las Garantías de la Igualdad”.

“QUE, el art. 136 y sus concordantes no son medios adecuados para alcanzar los fines pretendidos, y en el caso que nos ocupa, existe una clara colisión con los demás postulados previstos en la propia Constitución Nacional, como lo sería el art. 5º. En efecto, esta fiscalía considera contrario a los postulados esenciales de razonabilidad un plazo rígido, que en la práctica y en los hechos – principalmente en el caso que nos ocupa – no constituye un medio idóneo para garantizar una resolución judicial en un plazo razonable, sino una carta libre al órgano jurisdiccional para evitar que se promuevan los juicios orales. Debe precisarse, en primer término, que este no es un derecho privado del imputado, sino también corresponde a las otras partes que intervienen en el proceso, como ser la víctima y la sociedad (representada por el Ministerio Público). Estos últimos también tienen el derecho a obtener una decisión definitiva en un plazo razonable; y no ser meros espectadores de un proceso penal. Efectivamente, el derecho a la jurisdicción no es un derecho privativo del imputado, sino también del querellante y del Ministerio Público, quien representa a la sociedad”.

“QUE, se pone en grave riesgo el derecho de los interesados de contar con una sentencia en un plazo razonable en lugar de asegurarles el disfrute de ese derecho, y en consecuencia una lamentable amputación en su derecho a la jurisdicción que en nada puede ser compensado con la posibilidad de la exigencia de una indemnización por daños y perjuicios al magistrado judicial, sea el tribunal o el Ministerio Público, en su caso, que lo haya provocado. En el caso que nos ocupa, tras tres años de litigio con

impugnaciones realizadas por la defensa, todas ellas rechazadas, la mencionada causa corre fundados peligros de prescribir con una declaración fulminante de extinción de la acción, en donde la defensa es favorecida por su propia picardía, por diversos factores (falta de infraestructura, planteos dilatorios, ejercicio abusivo de los derechos procesales, etc.). La víctima y la sociedad, a quienes supuestamente el código les había “garantizado” su derecho serán los únicos perjudicados, como consecuencia de diversos factores de los cuales ellos no son responsables”. “En el presente caso, la morosidad se debió en gran parte a planteos dilatorios y abuso de las facultades procesales, así como la falta de preparación de los magistrados para el cumplimiento cabal de sus funciones. Así vemos que en el caso se genera una singular paradoja en donde la supuesta solución que el Art. 136 nos trae para combatir la morosidad judicial, en nada sirve para eliminar las causas que la determinan”. “QUE, durante el trámite de esta causa distintos a los supuestos que el legislador ha considerado para la creación de los artículos impugnados, ya que la defensa, ha asumido actitudes procesales dilatorias y abusivas de las facultades que el Código concede, lo cual provocaría una decisión que pueda vulnerar el derecho a la jurisdicción de las víctimas...”. “QUE, una resolución judicial que haga lugar a la extinción de la acción penal, incidirá negativamente en una interpretación que pueda equilibrar la posición de las partes, menoscabando gravemente el principio de IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO, lo cual deriva del artículo 47 “DE LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD”, que reza: “El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen;...”, evento en el cual el Ministerio Público y la Querrela, perderían su oportunidad de poder plantear ante el órgano jurisdiccional su pretensión de justicia”. Y concluye sus motivaciones aseverando: “QUE, si VV.EE. adoptan este temperamento, se podrá llegar a un Juicio Oral y Público, en donde puedan ser ventiladas debidamente las pruebas y las partes exponer libremente sus argumentos, situación que –más allá del fallo– fortalecerá a la administración de justicia y el deseo de la ciudadanía de colaborar con los Tribunales y el Ministerio Público”.

En el escrito que luce a fs. 428/9, J. L. L. S., por sus propios Derechos y con patrocinio de Letrado, formuló “adhesión” al planteamiento del Agente Fiscal *ut supra* aludida, como también lo que concierne al representante de la querrela adhesiva.

La Excepción de Inconstitucionalidad que se atiende fue substanciada, disponiendo la Magistratura interviniente el traslado de rigor “al Fiscal General del Estado, a la Querrela y a la Defensa de los imputados, entregando las respectivas copias a cada parte” (ver fs. 471 vlto.).

Al responder la Fiscalía General del Estado aseveró: “La Ley Suprema de la República del Paraguay, preceptúa una serie de garantías constitucionales, orientadas a otorgar al ciudadano, una adecuada protección contra actos ilegítimos y arbitrarios. En tal sentido, el artículo 132 prevé la inconstitucionalidad, al señalar que: “La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley”. “La remisión prevista por la norma, es efectivamente operada en materia penal, a través de la reglamentación que el Código Procesal Civil, en el Título I del Libro V, hace respecto de la materia. Esta solución nace del artículo 45 de la C.N. que en lo pertinente, reza: “La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar algún derecho o garantía”. Específicamente, en cuanto a la impugnación de inconstitucionalidad por la vía de excepción, el artículo 547 del código ritual civil, establece que el interesado deberá oponer la excepción de inconstitucionalidad, al contestar el incidente”. “Examinado el presente proceso penal, se tiene que cada una de las defensas de los ciudadanos acusados, peticionó la extinción de la acción penal, por la vía del incidente innominado, es decir, sin utilizar la

nominación que la Ley 1.286/98 “Código Procesal Penal”, tiene reservada para la extinción de la acción penal, es decir, la excepción. Sin embargo, esta situación carece de mayor relevancia, debido a que en esencia siempre se trata de la pretensión de extinción de la acción y que para el juzgador rige el principio “iura novit curia”. “Importante es destacar, que el artículo 547 de la ley ritual civil, cuando alude a los incidentes, hace extensiva su denominación a toda cuestión accesoria que tenga relación con el objeto principal del proceso, según la definición dada por el artículo 180 del mismo cuerpo legal. Trasladado este principio al proceso penal – si bien construido sobre la base de un sistema distinto al procesal civil – se tiene que la extinción de la acción es también y por naturaleza, una cuestión accesoria. En razón de ello, deviene correcta la decisión del Juzgado de incursar la pretensión del representante fiscal, en la norma contenida en el artículo 547 del C.P.C.”. “La presentación formulada por el representante fiscal, cumple con los presupuestos formales exigidos. En tal sentido, la impugnación fue presentada antes del límite temporal fijado por el art. 547 del C.P.C., que es de la contestación de los incidentes deducidos por las defensas de los acusados”. “La cuestión planteada requiere, de parte de esta Representación Pública, un análisis íntegro y razonado de la pretensión articulada por el representante fiscal, con el fin de verificar si la situación procesal por él destacada, es atentatoria contra principios o garantías de primer rango”. “Corresponde abordar, primeramente, la tesis definida por el Agente Fiscal actuante, sobre la pretendida aplicación de los artículos 25 inc. 3º, 136 y 137 del Código Procesal Penal a la presente causa y la consecuente vulneración de normas de primer grado que ello implicaría. En ese marco, es innegable que en el proceso penal sometido a consideración de esta Representación Fiscal, a la tarea investigativa del órgano requiere, plasmada en las actuaciones practicadas con el fin de obtener la verdad real, se ha contrapuesto una serie de planteos dilatorios y abusos de las facultades procesales por parte de los abogados defensores, en total extralimitación del ejercicio del derecho a la defensa. Ocioso es citar, uno tras otro, el elevado número de planteamientos, recursos, e incidentes promovidos por los defensores técnicos y resueltos en forma desfavorable para sus intereses, dado que la simple lectura del expediente permite constatar este gravoso y deplorable fenómeno, que merece especial atención de VV.EE”. “La Fiscalía General del Estado, mediante el Dictamen N° 1.491 del 12 de mayo de 2003, ha sentado su criterio respecto de las anormalidades procesales, que contra derechos esenciales tutelados por la Carta Magna, persiguen la extinción de la acción. Constatada la presencia de las mismas y su incidencia directa en el intento de evitar una sentencia definitiva, corresponde ratificarse en los argumentos sustentados a través del dictamen mencionado. Para mayor ilustración de VV.EE., se traen a colación, algunos conceptos plasmados en aquel pronunciamiento”. “La realidad del papel irónico que cumple la supuesta herramienta (art. 136 del C.P.P.) que en teoría permite combatir la morosidad judicial, pero que en la práctica se convierte en un factor más que la provoca.

Quienes hicieron todo cuanto estuvo a su alcance para dilatar el procedimiento e impidieron el dictamien to de una sentencia, son los directos beneficiados como consecuencia de su irregular proceder”. “Es comprensible el afán de crear reglas inspiradas en el propósito de mejorar la administración de justicia y elevar la eficiencia del sistema punitivo, pero en el caso de los artículos 25 inc. 3º, 136 y 137 del C.P.P., se ha logrado que la forma prevalezca sobre el fondo; que el reglamento se imponga a la Constitución”. “Por regla general, los imputados, por derecho propio o a través de sus representantes convencionales, han asumido actitudes procesales dilatorias y abusivas de las facultades que el código concede. De esta manera y aprovechándose de la escasa y precaria infraestructura existente en el Poder Judicial, consiguen su finalidad de demorar la prosecución del proceso, con la evidente intención de beneficiarse con la extinción de la acción penal”. “Lo que no ha previsto el legislador, es una situación diametralmente opuesta a aquella que se ha tomado en cuenta para establecer el plazo del artículo 136 y sus consecuencias jurídicas, que son las mismas

para la falta de dictamiento de sentencia en el plazo establecido, independientemente de las conductas seguidas por las partes en el proceso. El citado artículo establece la misma consecuencia para la parte que litiga de buena fe, como para aquella parte que litiga de mala fe. Para el que pretende una sentencia dentro del plazo, como para aquella que pretende evitar que esto ocurra”. **“Por tanto**, la hipotética declaración de la extinción de la acción penal a favor de los acusados B. P., M. P., O. V. y W. B., llevará implícita la violación de los artículos 46, 47 inc. 1º y 137 de la Constitución Nacional y una afrenta a la primacía de la ley suprema, la legalidad, la igualdad y la racionalidad”. **“Por otro lado**, se expone como motivo de la impugnación estudiada, el carácter vinculante y subordinante que el Agente Fiscal interviniente atribuye a la imprescriptibilidad del crimen de tortura – objeto del proceso - respecto de la extinción de la acción prevista por el artículo 136 del C.P.P.”. “La norma contenida en el artículo 5, declara la imprescriptibilidad de cinco hechos expresamente individualizados, entre ellos, el de tortura. El diario de sesiones de la Comisión Nacional Constituyente, ilustra suficientemente sobre los motivos que llevaron a adoptar tal solución. En tal sentido, refiere: “El delito de genocidio... ha sido objeto de una Convención por las Naciones Unidas ya al término de la Segunda Guerra Mundial... Existen... también Convenciones en contra de la tortura. Una figura que se ha exacerbado con tintes siniestros, sobre todo en la época de la represión en la Argentina y el Uruguay, e incluso aquí, en el Paraguay, es la desaparición forzosa... Estos son delitos considerados atroces, delitos de lesa humanidad y es la razón por la cual se considera que éstos son imprescriptibles... Normalmente, todos los delitos dejan de ser perseguibles una vez que ha transcurrido la pena máxima que pudiera corresponder por los mismos... Estos delitos... (son) los más terribles que se presentan en la lucha política exacerbada, donde la acción directa sustituye y suplanta los métodos democráticos...”. “En conclusión, se constata que la prescripción de la acción penal y la extinción de la acción por el transcurso del tiempo máximo de duración del proceso, responden a sistemas sustancialmente diferentes. Hallan sí identidad en la solución que aportan: La extinción de la acción, aunque debido a factores y propósitos distintos”. “En ese contexto, queda claro que mientras la prescripción trata sobre el límite temporal máximo para iniciar la acción, contado desde la fecha del hecho, la extinción procesal se centra en establecer un plazo máximo, computado a partir del inicio del proceso, con el fin de obtener una sentencia definitiva en un plazo razonable. Estas circunstancias, conllevan inexorablemente a determinar que el postulado constitucional que declara la imprescriptibilidad de la tortura (art. 5) y la prescripción de la acción penal, son independientes e ino cuos respecto de los artículos del Código Procesal Penal atacados”. “Finalmente y a tenor de lo debidamente argumentado, se ratifica la viabilidad de la pretensión del Agente Fiscal interviniente, puntualmente en cuanto considera que la aplicación de los artículos impugnados para declarar la extinción de la acción penal, será lesiva de las normas contempladas por los artículos 137, 46 y 47 inc. 1 de la Carta Magna”. “En consecuencia, la Fiscalía General del Estado solicita a VV.EE., se sirvan tener por contestado el traslado resuelto en los términos del presente dictamen y, oportunamente hagan lugar a la excepción de inconstitucionalidad opuesta por el Agente Fiscal Penal, Abog. Rodolfo Fabián Centurión, declarando la inaplicabilidad de los artículos 25 inc. 3º, 136 y 137 del Código Procesal Penal, con relación a la causa caratulada: “B. P., M. P., O. V. y W. B. s/ lesión corporal en el ejercicio de funciones públicas y tortura”, por corresponder así en estricto derecho”.

Ilustra César Garay: “LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. Si se admite la estructura escalonada del orden jurídico, o pirámide de Kelsen, es obvio –se ha dicho- que la norma de grado más alto regula el acto por el cual es creada la norma de orden inferior, porque el ámbito jurídico no se compone de una pluralidad inconexa de ellas, sino que la validez de cada norma está referida a otra de mayor jerarquía”. “Lo que se pretende asegurar –observa un autor- es el orden sucesivo de creación de las normas

y rectificar cualquier desviación que pudiera producirse en los grados inferiores a la Constitución, en cuanto a la forma y contenido que de acuerdo con aquella debe presidir la creación de dichas normas, sean generales o individuales”. “Atendiendo a su objeto discurre Podetti: “Con certero criterio ha dicho la Corte... que es el mantenimiento de la supremacía constitucional, y no la sumisión a la Corte Suprema de cualquier causa en que pueda existir agravio o injusticia a juicio del recurrente”. “El aludido profesor insiste: no se lleva a la Corte cualquier reclamo contra la injusticia, sino el que proviene en forma directa y exclusiva de una violación constitucional”. “Y para no incurrir en repeticiones sobre lo que es la supremacía constitucional, me remito a los valiosos elementos de juicio que acopia, ordena y suministra S.V. Linares Quintana, “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, t. II y IX, no sin antes señalar lo que dejó estampado en el t. II, p. 241, de esa obra: Dentro del ordenamiento jurídico que supone el Estado constitucional o de derecho, no todas las normas tienen la misma jerarquía, sino que, por el contrario, existen diferentes grados del orden jurídico; única manera posible de asegurar la necesaria armonía en un sistema normativo y evitar el caos y la anarquía”. “Surge así la imperiosa necesidad de la gradación jerárquica de las distintas especies de normas que impone el principio de la **supremacía de la Constitución**”. “Observa Kelsen que “el análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental, revela otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación, en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación existente entre la norma que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras de lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a la primera. El orden jurídico, especialmente a aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas”. “Frescura y Candia, “Introducción a la Ciencia Jurídica”, Asunción, p. 154, para quien la norma de mayor jerarquía prevalece sobre la inferior, recuerda que el orden de prelación queda así determinado: 1o.) La Constitución Nacional, norma fundamental y unificadora; 2o.) Los tratados, convenios y demás acuerdos con los Estados extranjeros, ratificados; 3o.) Los Códigos; 4o.) Leyes, decretos con fuerza de ley, decretos reglamentarios, ordenanzas, etc. 5o.) Leyes nacionales análogas; 6o.) Principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva; y 7o.) Principios generales del Derecho” (El Caso Barton, Voto del Dr. Garay, La Asunción, páginas 35/8). LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. En su “Tratado”, t. II, p. 376, Linares Quintana, enamorado del contenido teleológico de la Constitución, expresa: La existencia de una ciencia constitucional supone, a la vez, la de una técnica constitucional. La palabra técnica proviene del griego **tejné**, que significa arte. Las artes poseen siempre una técnica específica, que consiste en el empleo de medios para logro de los fines que constituyen su esencia lo que denominamos técnica, en un sentido amplio, es precisamente la aplicación adecuada de medios para la obtención de las finalidades que persigue. Pero como esta adecuación supone el conocimiento de la eficacia de los procedimientos empleados, y tal conocimiento es de orden científico, síguese de aquí que toda técnica genuina debe hallarse iluminada por las luces de la ciencia”. “Y en las p. 470 y ss. menciona el autor, para quien “la finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre”, algunos fallos de la Corte Suprema argentina: “**El palladium** de la libertad es la Constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guardia severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal...”. “En materia de interpretación

de las leyes debe preferirse la que mejor concuerda con las garantías, principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional, de manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional cuando ella es palmaria y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta fundamental". "Cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado propio no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, y rechazarse como superflua o sin sentido". "La inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador, y por esto se reconoce como un principio inconcuso que la interpretación de la leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deja a todas con valor y efecto". "Sobre el mismo tema Bielsa, op. cit., p. 113, González Calderón, op. cit. p. 102, Sánchez Viamonte, op. cit. p. 16, Félix Paiva, op. cit. p. 190, Bidart Campos, op. cit. p. 94". "Bidart Campos anuncia la siguientes reglas: a) debe tenerse en cuenta la **finalidad** de la Constitución o de la norma constitucional; b) prestar atención a los **vocablos** utilizados; c) en caso de duda hay que decidirse por la **validez** de la norma constitucional; d) la Constitución tiene un propósito de perduración, de continuidad y de generalidad encierra una previsión normativa destinada a regular todas las contingencias históricas" (Ibidem: páginas 55/7). "M. HAURIOU. En su Derecho Público y Constitucional", p. 7, sintetiza: 1o.) El régimen constitucional tiene por fin establecer en el Estado un equilibrio fundamental que sea favorable a la libertad, aun asegurando el desenvolvimiento regular del Estado mismo; este equilibrio debe establecerse entre las fuerzas de acción, que son el poder y la libertad, y la fuerza de resistencia, que es el orden". "2o.) Los medios de acción del régimen consisten en la organización de un orden constitucional, a la vez formal, objetivo y sistemático, cuyos tres elementos son: las ideas morales, políticas y sociales fundamentales, el derecho de la Constitución, y una organización constitucional de los poderes". "3o.) La formación del régimen constitucional es el resultado de una colaboración del poder político y de la libertad de los ciudadanos, de tal suerte que la Constitución se establezca jurídicamente por el poder y por la libertad, al mismo tiempo que el poder y la libertad son regulados jurídicamente por la Constitución" (Ibidem: página 6).----- "GONZALEZ CALDERON. En la op. cit. 2a. ed., p. 102, inserta: La Corte Suprema argentina, en uno de sus primeros fallos estableció claramente este principio: "Este tribunales el intérprete final de la Constitución, por cuya razón siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de algunas de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Suprema Corte", C.S.N., t. 1, p.348. Y el principio se funda en que "es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen en el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen en su decisión comparándolas en el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional", C.S.N., t. 33, p. 194". "STORY. En el "Comentario sobre la Constitución", trad., 4a. ed. t. I, p. 336, explica: "Nadie puede dudar ni negar que el poder de interpretar una Constitución es un poder judicial; lo mismo sucede en la aplicación de un tratado habiendo que pronunciarse sobre alguna dificultad suscitada entre individuos. El mismo principio es aplicable cuando el sentido de la Constitución se pone en duda, en una controversia judicial... Si, pues, con motivo de esta Constitución surge alguna dificultad susceptible de examen y decisión judicial, vemos que precisamente ha sido creado un tribunal para sentenciarla" (ibidem: páginas 98/9). "MARIO AMADEO. En "Política Internacional, los principios y los hechos", Buenos Aires, 1970, p. 47, reflexiona: La sujeción de normas éticas, no es, pues, una manifestación de candidez. Aparte de reflejar valores humanos más altos, es una expresión de sabiduría política. Un Estado que respete los derechos ajenos tiene mucho más posibilidades de ver respetados los principios que

aquellos que hacen caso omiso de sus obligaciones. El mundo tiene más conciencia moral de lo que los pseudos-realistas están dispuestos a admitirlos, y esta conciencia gravita, inclusive, en las decisiones de los más poderosos. Entre 1945 y 1953 los Estados Unidos tuvieron el monopolio exclusivo de la bomba atómica y pudieron haber aniquilado a todo Estado que pretendiera compartir esa exclusividad. Pero su propia conciencia moral y la certeza de herir así la de todo género humano les impidió hacerlo” (Ibídem: páginas 100/1).-----

Es cierto que holganza, morosidad, retardo, haraganería, pereza, para despachar y resolver los Asuntos Judiciales resultará pernicioso, gravísimo y hasta dañino para los justiciables. Pero no lo es menos que al no juzgar una Causa y resolver con estricta sujeción a las probanzas del Juicio se estará incurriendo en algo calamitoso – por decir lo menos – para el Sistema Judicial en la República del Paraguay.-----

No abrigamos la menor duda ni la más mínima incertidumbre en la propuesta del legislador al pergeñar las disposiciones de los Artículos 136 y 137 del Código Procesal Penal, en el convencimiento que lo hizo para aventar la falta de laboriosidad, indecencia e inescrupulosidad de quienes fungen de Magistrados, Agentes Fiscales, Defensores Públicos y demás Profesionales que prohíjan extinguir la Acción Penal maliciosa, abusiva, artera y dañinamente.-----

Pero tan indeseable extremo no puede ser cobijado ni hallar abrigo en la Ley Fundamental, en razón de contrariarla en sus postulados genuinos y esenciales, precisamente.-----

Estas profundas reflexiones las venimos haciendo desde muchos, mejor, muchísimos años con nuestros muy apreciados discípulos en la Cátedra de Derechos Humanos – primus inter pares y la más antigua en la República del Paraguay – cuya Titularidad nos honramos en ejercer cabalmente en la centenaria Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, haciendo lo propio en eventos Académicos ecuménicos. Daniel E. Herrendorf y Germán J. Bidart Campos aleccionan: “Una constitución contiene siempre, expresamente o en forma implícita, un conjunto o un sistema de valores. A veces puede denominarlos así, y hasta añadir – como la constitución de España– que son valores superiores. Otras veces pueden enumerarlos sin asignarles el nombre de valores, como ocurre con los que, carentes de tal nominación lexical, cita el preámbulo de la constitución argentina. ¿Qué tienen que ver estos valores con los derechos humanos? Empecemos contestando que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana afirma que el sistema de los derechos humanos es expresión de un orden de valores. En forma semejante, el Tribunal Constitucional de España reitera que los derechos fundamentales dan respuesta a un sistema de valores. Simplificando al máximo la idea, los derechos humanos apuntan a bienes y necesidades del hombre y de su vida dentro de la convivencia jurídico-política. Sea que hablemos de valores éticos, o de valores jurídicos, o de valores políticos, esos valores – aunque no son “los derechos humanos” – guardan relación con los derechos, porque la guardan con los mismos bienes y necesidades de la vida humana. Se admite que los derechos humanos hacen parte de los principios generales del derecho, tanto del derecho interno como del derecho internacional. Dentro de los principios generales hay uno que, sintéticamente, enuncia que hay que respetar, promover, y dar efectividad a los derechos humanos. Este principio general tal vez no llega a decirnos cuáles son esos derechos, tal vez no los enumera, pero recoge su conjunto, al menos en cuanto al mínimo que, por consenso general y por concepción común, viene definido en el derecho internacional de nuestros días. “Unos” derechos que merecen respeto, tutela, reconocimiento, promoción, vigencia sociológica, deben considerarse hoy como situados dentro, o formando parte de los principios generales del derecho, al menos dentro del orbe

cultural al que pertenecemos nosotros. Y si miramos al actual derecho internacional público, cabe sostener así mismo que en todo el mundo que compone la comunidad internacional de estados y de organismos internacionales. Si es así, todo el orden jurídico, todo el sistema normativo, todo el régimen político-constitucional en su funcionamiento real han de inspirarse en este principio general de efectividad y defensa del plexo de derechos humanos fundamentales, empezando por la constitución y los tratados internacionales y descendiendo hacia abajo hasta el último nivel, pero siempre teniendo en cuenta que aquel principio no debe quedar congelado en las normas escritas, sino que debe funcionar en la dinámica del derecho como realidad social, como conducta humana, como dimensión sociológica” (Principios de Derechos Humanos y Garantías, Ediar Editora, páginas 106 y 124).-----

Enseñan los reconocidos juristas: “En este derecho constitucional de la libertad, el derecho constitucional de los derechos humanos es el que, tanto en su parte orgánica como en su parte dogmática, se asienta en un sistema de derechos humanos, o sea, en un sistema personalista en el que la libertad y los derechos de la persona son respetados, reconocidos, tutelados y promovidos. Para que un derecho constitucional de los derechos humanos sea tal, no es indispensable que sus normas estén consignadas por escrito. Lo fundamental es que la dimensión sociológica de las conductas humanas – tanto de gobernantes como de gobernados – hagan realidad aquel respeto, aquella tutela, aquella promoción de los derechos. Por ende, haya o no haya constitución escrita, el derecho constitucional de los derechos humanos es siempre, como todo derecho, realidad social, no puro sistema de normas. Todo hombre es parte de un estado, convive en un estado. La organización de la convivencia social es estadual, y es dentro de esa organización y en ella donde se instala el hombre. Por ende, todo sistema de derechos humanos se inserta en el estado de que se trate, aun cuando los derechos humanos se han internacionalizados. Pero esta internacionalización significa, precisamente, que el derecho internacional introduce en el orden interno de los estados normas que reconocen derechos, para que éstos se hagan efectivos dentro de esos mismos estados, y no fuera de ellos. Cada estado viene a ser como receptáculo al cual ingresan derechos para consolidar internamente un sistema de derechos humanos. Que ese ingreso se opere por fuente y vía del derecho internacional no destruye la realidad de que todo sistema de derechos se aloja en el derecho constitucional (material) del estado” (Ibídem, páginas 198 y siguientes).-----

Al explicitar la defensa constitucional de los Derechos, preguntan los maestros qué importancia reviste la Constitución para la defensa de los derechos humanos? Responden: “Cuando una constitución como la nuestra contiene un plexo de derechos humanos en su normativa, y los reconoce ampliamente, incluyendo los derechos implícitos o no enumerados, podemos afirmar que la defensa de esa constitución es, a la vez, defensa de los derechos y de la persona humana. Ello es así, también, porque la constitución es suprema y es rígida, o sea, prevalece sobre todo el resto del ordenamiento jurídico-político (del que por eso se dice que es “infraconstitucional” en cuanto está por debajo de la constitución y subordinado a ella); obliga a todos los poderes del estado; y obliga también a los particulares. Nadie debe violar la constitución, y si la viola hay *inconstitucionalidad*, la que puede ser juzgada por los tribunales judiciales en los procesos también judiciales donde esa inconstitucionalidad se ventila. Resumimos, entonces, la idea aseverando que con la defensa de la constitución se defienden los derechos humanos contenidos en ella”. Inquieren los reconocidos Catedráticos qué importancia revisten entonces el control judicial de constitucionalidad para la defensa de los Derechos Humanos? El *control judicial de constitucionalidad* significa lo siguiente: en los procesos judiciales los tribunales judiciales ante los cuales se tramitan esos procesos tienen el deber de verificar, en la medida necesaria para resolver las pretensiones de quienes son parte en esos

procesos, si las normas que tienen que aplicar al caso (en el que normalmente hay conductas que deben ser objeto de interpretación judicial) están o no de acuerdo con la constitución. En caso de estarlo, las aplican; en caso de estar en pugna, no las aplican y las deben declarar inconstitucionales. Cuando en un proceso judicial una o más pretensiones de las partes tienen relación con derechos de las mismas, el control judicial de constitucionalidad opera como un instrumento de protección y garantía para esos derechos, en cuanto el tribunal en su sentencia tendrá que decidir si hay o no hay lesión de los mismos; si la hay, declarará una inconstitucionalidad porque razonará que simultáneamente con la lesión a uno o más derechos se lesiona a la constitución que los reconoce en su normativa suprema” (Ibídem, página 227).-----

Por cuanto dejo explicito y los argumentos dados, opino que la Acción intentada debe ser acogida favorablemente. Así voto.-----

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

Ante mí:

**SENTENCIA NÚMERO: 195.-**

Asunción, 05 de mayo de 2.008.-

**Y VISTOS:** Los méritos del Acuerdo que anteceden, la Excelentísima

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**Sala Constitucional**

**R E S U E L V E:**

**HACER LUGAR** a la excepción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia, declarar inaplicable a este caso concreto los Arts. 25 inc. 3º, 136 y 137 del Código Procesal Penal.-----

**ANOTAR**, registrar y notificar.-----

**Responsabilidad de adolescente del delito de rapiña en calidad de actor. Imposición de sanción privativa de libertad. Solicitud de elevación de monto de internación por parte del fiscal invocando la Regla 17 de Beijing. Declaración definitiva de libertad del adolescente.**

**SÍNTESIS JURÍDICA Y DE LOS HECHOS:** Se declaró a un adolescente responsable de un delito de rapiña en calidad de autor, imponiéndose como sanción la privación de libertad por un plazo de tres meses.

El Fiscal Letrado de Menores deduce recurso de apelación, solicita que se eleve el monto de la medida de internación del adolescente invocando la Regla 17 de Beijing. El Defensor Público de Adolescentes solicita se disponga la libertad de su defendido, por haberse cumplido la totalidad de la medida impuesta.

Es un adolescente primario que sustrae son otros seis individuos, una cartera a una joven, el adolescente se encuentra en situación de calle.

El Tribunal de Apelaciones de Familia considera en esta instancia los agravios deducidos por el Fiscal Letrado de Menores, confirma la recurrida, declarando definitiva la libertad del adolescente de autos.

### **SENTENCIA T. A. FAMILIA No. 301/009-2**

Dra. Maria Cristina Cantero Albrieux Ministro Trib. Apelaciones.  
Dr. Ricardo Cesar Perez Manrique Ministro Trib. Apelaciones.  
Dr. Jonny Barcich Silbermann Cohn Ministro Trib. Apelaciones.

Ministro Redactor: Dr. Ricardo C. Pérez Manrique.-

Montevideo, 16 de setiembre de 2009.

#### **VISTOS:**

Para el dictado de Sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados "**WW. INFRACCIÓN**" Ficha N° 437-24/2009 venidos en apelación de la Sentencia N° 44/2009 dictada por el Sr. Juez Letrado de Adolescentes de 1er. Turno Dr. Hugo Morales.

#### **RESULTANDO:**

**1)** Por la recurrida (fs. 31/33) a cuya relación de antecedentes la Sala se remite, se declaró a WW adolescente responsable de un delito de rapiña en calidad de autor, imponiéndole como sanción, la privación de libertad por un plazo de tres meses, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en vía incidental.

**2)** El Señor Fiscal Letrado de Menores de 3er. Turno Dr. Gustavo Zubía deduce recurso de apelación (fs. 34/35). Solicita se eleve el monto de la medida de internación a nueve meses. La medida responde a un conjunto causal diverso, cita la Regla 17 de Beijing, sin perjuicio de la reducción al mínimo posible.

Refiere al necesario equilibrio entre la libertad del individuo y la protección de los bienes jurídicos. Según la Regla 17 la respuesta debe estar acorde a la entidad de la conducta sin perder de vista las circunstancias del joven y la mínima necesidad.

**3)** El Sr. Defensor Público del Adolescente Dr. PP evacua el traslado a fs. 36/37, solicita se confirme la recurrida, realiza consideraciones sobre los criterios de determinación de la medida. No deben considerarse circunstancias agravantes, no se tuvo en cuenta la atenuante de primariedad absoluta. Solicita se disponga en forma inmediata la libertad de su defendido, por haberse cumplido la totalidad de la medida impuesta.

**4)** Franqueado el recurso de apelación, se dispone la formación de pieza para diligenciar la solicitud de la Defensa (Nº 658/2009, fs. 38vta.).

Devueltos por razones adjetivas, de fs. 41 resulta que se ha dispuesto el cese de la internación provisoria, estableciéndose un seguimiento por Promesec hasta tanto se dicte sentencia de segunda instancia.

Vueltos los autos, pasan a estudio simultáneo de los Señores Ministros (Nº 612/2009, fs. 44).

Culminado el estudio se acuerda la presente que se dicta en forma anticipada (Arts. 200 y 344 del C.G.P.).

#### **CONSIDERANDO:**

**I)** Se habrá de confirmar la recurrida.

Atento a la entidad de la medida impuesta por la recurrida, no es de aplicación el principio amplio de revisión de oficio que resulta del Artículo 76 Numeral 14) inciso 2º del Código de la Niñez y Adolescencia.

La continencia de la causa en la alzada está determinada por los agravios deducidos por el Sr. Representante del Ministerio Público es decir: el término de la medida.

En consecuencia se ingresará a la consideración de los únicos agravios deducidos en autos habiendo cosa juzgada respecto de la responsabilidad, del grado de participación del adolescente y de la calificación jurídica del hecho.

Se trata de un adolescente primario, que sustrae con otros seis una cartera a una joven a las 01.00 de la madrugada en la intersección de Batlle y Ordóñez y Bell.

Según los informes técnicos MM se encontraba en situación de calle desde hacía un año y medio debido a que su madre tiene pareja y cuando se suscitan problemas lo expulsan a la calle.

A fs. 16 se sugiere que en caso de negarse la madre a cumplir sus deberes como tal, el adolescente sea derivado a un refugio.

**II)** La cuestión de la dosimetría en la determinación de las respuestas en el Derecho Penal de Adolescentes ha sido reiteradamente abordada por la Sala.

Establece la Regla 17.1 de Beijing:

"La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y a la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad"

El principio de proporcionalidad entre los hechos y la intervención del sujeto adolescente, contrariamente al Derecho Penal General no constituye el justo término de la respuesta socioeducativa sino que es el máximo al que se puede llegar en la determinación de la misma.

El Derecho Penal General es una de las pautas para determinar la respuesta socioeducativa, la que debe ser aplicada en casos como el de autos, respetando las especialidades propias de un Derecho Penal Mínimo. Concretamente el de respuesta penal específica (Artículo 43 de la Constitución Nacional) que implica que la sanción de privación de libertad es excepcional y debe aplicarse por el menor tiempo posible (C. D. N. Art. 40.4; Artículos 76 Num. 12 incisos 3º y 4º, 86 y 87 del C.N.A.).

Pero a su vez conforme el Artículo 79 del C.N.A. el otro principio al que deben ajustarse las medidas es al de idoneidad que hace al ajuste entre la medida seleccionada y la obtención de sus objetivos en el caso concreto.

Objetivos que son para el legislador: asunción de responsabilidad de parte del adolescente, fortalecimiento por el respeto de los derechos humanos y las libertades de terceros, robustecimiento de los vínculos familiares y sociales.

Se ha afirmado respecto de tales objetivos que: "Su descripción aleja el Derecho Penal de Adolescentes del principio meramente retributivo de la sanción, propio del Derecho Penal de Adultos y lo define como un Derecho Penal Especial, en el cual la medida tiene además y fundamentalmente la finalidad de construcción de ciudadanía responsable...En cuanto a la idoneidad de la medida debe ser idónea, apta, suficiente para cumplir el objetivo de inserción social, familiar y de asunción de ciudadanía responsable" (Código de la Niñez y Adolescencia Comentado y anotado de la Dra. JACINTA BALBELA y este redactor, Pág. 151).

**III)** En consecuencia la respuesta socioeducativa debe ser proporcional, la regla es que no puede exceder como máximo la exacta proporción, e idónea para lograr los objetivos perseguidos.

No existe agravio expreso sobre la aplicación de medida de privación de libertad (Art. 88 lit. A) y 89 del C.N.A.).

En cuanto al término de duración, despejado por imperativo legal el cómputo de agravantes tanto genéricas como específicas por expreso imperativo legal (Art. 73 C.N.A.), en aplicación de la regla de proporcionalidad con los alcances enunciados, se deberá estar a los hechos dados por probados. Se destaca y reitera que la decisión sobre los mismos ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

Más allá del término de la respuesta socioeducativa, lo cierto es que a criterio de la Sala la misma es adecuada, ingresa dentro del espacio mínimo de discrecionalidad que debe reconocerse a todo Magistrado para no ser un autómata en el dictado de sus decisiones. No se advierten vulnerados los principios de proporcionalidad y de idoneidad.

A lo que debe agregarse que la pretensión del Ministerio Público solamente obliga al Juez en cuanto determina el máximo de la respuesta socioeducativa a aplicar (Artículo 76 Numeral 12 inciso 3º del Código de la Niñez y Adolescencia).

No se advierte por lo expuesto, que los agravios del Sr. Representante del Ministerio Público sean de recibo.

Máxime cuando se ha decretado el cese de la medida según informe de fs. 41.

**IV)** Se observa que en el fallo se identifica al adolescente como autor del delito de rapiña, cuando debió decirse que lo es "de la infracción gravísima a la ley penal de rapiña" pues técnicamente quienes tienen entre 13 y 18 años de edad no cometen "delitos".

Por lo expuesto, atento a lo establecido en el Artículo 197 del Código General del Proceso, el Tribunal

**FALLA:**

Se confirma la recurrida, declarándose definitiva la libertad del adolescente de autos. Devuélvase cometiéndose las notificaciones.

**Derecho de defensa, derecho del trabajador a conocer las causas del despido y el derecho a la dignidad laboral. Aplicación de las 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad y normas de Derechos Humanos del Sistema Interamericano.**

**SÍNTESIS JURÍDICA:** Se promueve medida preparatoria contra Asociación Civil expresando que la promotora desempeñó funciones para la parte demandada y que por telegrama colacionado se le comunicó la decisión de desvincularla debido a omisión a los deberes de su cargo sin informar cuales eran las razones de la decisión tomada. Se intimó a la demandada a que informara cuál era la omisión a los deberes del cargo que se le reprochaba. La actora reivindicó su derecho a conocer los hechos por los que la ex empleadora decide poner fin a la relación jurídica, invocando su derecho de defensa, el derecho del trabajador a conocer las causas del despido y el derecho a la dignidad laboral. El Tribunal de Apelaciones de Trabajo falla aplicando las 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad, y normas de Derechos Humanos del Sistema Interamericano, entre otra normativa nacional e internacional.

### **SENTENCIA No.81/2010.-**

TRIBUNAL DE APELACIONES DE TRABAJO DE PRIMER TURNO.

MINISTRO REDACTOR: DRA. ROSINA ROSSI.

MINISTROS FIRMANTES: DRA. ROSINA ROSSI. DR. JULIO POSADA.

MINISTRO DISCORDE: DRA. DORIS MORALES.

Montevideo, 17 de marzo de 2010.-

### **VISTOS:**

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia estos autos caratulados "Sra. XX, c/ Asociación Civil B.B. Testimonio." IUE 78-37/2009, venidos a conocimiento de la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia No.1545/2009 dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 4to. Turno, Dra Martha Lecchini.

### **RESULTANDO:**

1. El recurso de apelación introducido por la parte demandada incidental fue concedido y franqueado, ingresando los autos a este Tribunal el 6.11.2009.

2. La Sala, atento a la naturaleza de la recurrida, dictará la presente en mayoría debido a la discordia de la Sra. Ministro Dra. Doris Morales.

### **CONSIDERANDO:**

1. Con el número de voluntades legalmente requeridas y por los fundamentos que se expresarán, confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia.

2. La atacada falló “Sin más trámite reitérese la intimación practicada, para que en el plazo de diez días la Asociación BB remita la información que le fuere solicitada, bajo apercibimiento de incurrir en desacato. Cométese en la forma de estilo.”

La parte demandada incidental, Asociación Civil BB, interpuso recurso de reposición y apelación agraviándose de la decisión y abogando por su modificación por la misma Sede o por vía de alzada.

### **3. El caso.**

A efectos de construir la fundabilidad de la decisión, debe decirse que la Dra. A. A., promovió una medida preparatoria contra la Asociación Civil BB expresando en síntesis que se desempeñó para ésta como médico intensivista desde agosto de 1990 hasta el 16.2.2009 cuando por telegrama colacionado se le comunicó la decisión de la Comisión Directiva de desvincularla debido a su omisión a los deberes del cargo.

Agregó que la empleadora no le expresó cuáles habrían sido las razones de la decisión. La ausencia de sumario, amonestación, comentario, o investigación administrativa así como el silencio de la empleadora ante el telegrama que le cursara, le impidieron tomar conocimiento de aquellas y por ende ejercer su derecho de defensa.

En base a tal relato solicitó que se intimara a la Asociación Civil BB a que le informara cuál era la omisión a los deberes del cargo que se le reprochaba.

La Sede hizo lugar a la petición por auto n. 293/2009.

Ante la falta de contestación, volvió a pedir la promotora la intimación de la ex empleadora pero esta vez, la solicitó bajo apercibimiento de la imposición de una astreinte equivalente a diez unidades reajustables diarias hasta su debido cumplimiento.

La Sede hizo lugar parcialmente a la petición dictando la sentencia interlocutoria que, habiendo sido impugnada por la contraria, hoy abre la alzada.

El recurrente medularmente se agravió sosteniendo dos argumentos: uno, que la intimación se trata de una diligencia que se agota en sí misma, y otro, que no existe obligación de brindar la información requerida ni corresponde el apercibimiento de incurrir en desacato.

### **4. Aspectos procesales.**

La Sala comparte el efecto no suspensivo irrogado al recurso de apelación por la Sede “a quo” al encuadrar el de autos, en el supuesto previsto por los arts. 252 y 308.2 del CGP.

### **5. Los agravios del apelante.**

El apelante manejó dos argumentos para resistir la sentencia, uno de fondo y otro de forma.

La Sala en mayoría según analizará no comparte tales argumentos de forma y estima que existen otros de fondo que conducen a la confirmación de la recurrida.

#### **5.1. Argumento de fondo.**

La promotora de la medida reivindicó su derecho a conocer los hechos que habrían nutrido la decisión la ex empleadora de poner fin a la relación jurídica por “omisión a los deberes del cargo”.

Ello lleva a delimitar el objeto de este proceso preliminar: la exposición de la accionada de los hechos que calificados por ella misma como configuradores de una “omisión a los deberes del cargo”, dieron lugar a su desvinculación laboral.

Entonces, a la luz del objeto movilizado cabe cuestionarse si a la promotora le asistía derecho a conocer tales hechos.

Dijo la accionante que había trabajado para la demandada en relación de dependencia desde el año 1990 sin que nadie le objetara jamás, su denodado y responsable ejercicio profesional. De allí que para poder defenderse del despido, reclamaba conocer las razones.

Ahora bien. Posicionándose en la finalización de la relación de trabajo, podría inferirse que en el ordenamiento legal nacional el empleador goza de la facultad de poner fin a la relación de trabajo. (Ermida Uriarte, Oscar. “El concepto de despido abusivo” en RDL n. 135 pág. 508-509) a pesar de que por opción legislativa se tienda a disuadirlo haciéndole cargar un costo tarifado por ello. Pero incluso en algunas situaciones el legislador lo ha querido relevar de ese costo y ha admitido que ejerza la facultad a pesar de que se lesionen derechos del trabajador: cuando lo despide dentro de los treinta días en caso de trabajador amparado al seguro de enfermedad si ostenta razones desvinculadas a ésta (art. 23 dec. ley 14.407); o antes de transcurridos ciento ochenta días a contar de su reingreso cuando, habiendo ocurrido un accidente de trabajo si pudiera invocar causa grave superviniente (art. 69 ley 16.074).

De todos modos, esa facultad es ilimitada. En el orden legal, al menos debe entenderse que si excede determinados límites debe responder por los daños. Ello con base al principio enunciado por el art. 1321 del Código Civil. *(El que usa de su derecho no daña a otro con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no*

*le es imputable*). Así los límites a la facultad de despedir construyen la noción de “justa causa” del despido.

La noción de “justa causa” involucra dos aspectos: uno de hecho y otro valorativo. Por un lado un hecho o un conjunto de hechos de la vida y por otro, un juicio de ponderación de ellos -el, o los hechos- en relación funcional con el vínculo jurídico de que se trate.

En cuanto al elemento fáctico, debe tratarse de un hecho de la vida, un evento concreto, comprobable y que permita ser sometido a control jurisdiccional. Ello por cuanto en concreción del principio de igualdad -que en el ámbito del Derecho del Trabajo no es el punto de partida sino la aspiración como palmariamente ilustra la sobreprotección constitucional- la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes como dispone el art. 1253 del Código Civil.

Respecto de la naturaleza del hecho, la doctrina laboralista presenta dos tendencias. Una que, por la identidad en el área de los efectos, equipara la justa causa con la notoria mala conducta. En tal sentido se expresa que la justa causa habilita la rescisión sin pago de los daños y perjuicios (no tarifados) y la notoria mala conducta permite lo propio exonerando del pago de la indemnización por despido. (Fernández, Hugo y Diffiuri, Álvaro. “Contrato de trabajo por temporada.” En RDL N 177 pág. 149) Otra orientación que amplía el supuesto abarcando la incapacidad del trabajador (Rivas, Daniel. Op.cit. pág. 843) y aún otra que incluye a la fuerza mayor. (Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral T.II vol. I. pág. 244; Castello, Alejandro y Henderson Humberto. “La ruptura *ante tempus* en el contrato por temporada”. En RDL N. 177 pág. 155)

En cuanto al elemento valorativo, esa circunstancia de la vida debe pasar por un juicio de ponderación que examine la posibilidad de su coexistencia con la función del negocio jurídico que vincula a los sujetos. Esto es que un examen crítico arroje que el evento no es compatible con la continuación de la ejecución del vínculo jurídico en el que se pretende hacer incidir. O lo que es lo mismo, que la naturaleza o entidad del hecho imposibilite que el contrato se siga cumpliendo.

Cuando no acaece justa causa en la rescisión patronal, el despido es ilícito. (Ermida Uriarte, Oscar. op.cit pág. 521; Nicollielo, Nelson. “Algunas reflexiones en torno a los juicios de despido” RDL n. 81 pág. 342)

Ahora bien. Con este marco legal, cabe reformular la interrogante: ¿la trabajadora tenía derecho a conocer la eventual “justa causa”?, en su caso, ¿fue idóneo el medio empleado?

Respecto del eventual derecho del trabajador a conocer las causas del despido, debe indicarse como punto de partida del análisis y atento a los confines de la pretensión ventilada, que su examen es anterior, independiente la validez de las razones que eventualmente el empleador pudiera esgrimir. No es el objeto de este proceso incidental. Vale decir que lo que se indaga, conforme lo que se pretende, es el derecho a conocer las razones y no la legitimidad de estas.

Pues bien. El derecho de la trabajadora a conocer la causa del despido es exponente de dos derechos mayores: dignidad e información.

El derecho a la dignidad laboral constituye al tiempo que una expresión del derecho constitucional al honor (art. 7) una expresión del trabajo “realmente humano” (Preámbulo de la Constitución de la OIT) y trabajo decente (Declaración de OIT sobre justicia social para una globalización justa. 2008)

Cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha dicho, el empleador goza de la facultad de despedir y no se releva ley alguna que obligue al empleador a preavisar la rescisión ni a respetar la estabilidad absoluta del empleo (salvo los casos especialmente previstos como los de libertad sindical al amparo de la ley 17.940 y lo que especialmente se pacten). Ciertamente Uruguay no ha ratificado el CIT n.158 sobre la terminación de la relación de trabajo.

Empero esta disciplina legal del despido no puede barrer indiscriminadamente con el derecho a la dignidad laboral cuya especial falta de reglamentación - debido a la fuente indicada- deberá suplirse recurriendo al fundamento de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrina generalmente admitidas. (art. 332 Constitución Vigente)

En cuanto a estas últimas, la Recomendación N. 166 de OIT en el subpárrafo 1) del párrafo 13 dispone que el trabajador a quien se haya notificado la terminación de su relación de trabajo debería tener derecho a que su empleador le extienda a su pedido, una constancia por escrito en la que se exponga el motivo o los motivos de tal terminación. Esta disposición, considerada como principio fundamental por varios gobiernos durante la segunda discusión en la Conferencia, se transfirió del proyecto de convenio 158 al proyecto de recomendación 166 para dar mayor flexibilidad al texto de aquel. (Protección contra el despido injustificado. Conferencia Internacional de Trabajo 82ª reunión 1995, pág. 79.)

De todos modos cabe indicar que si bien la Recomendación, por su condición de tal, no es susceptible de ratificación, sus disposiciones son válidas para interpretar y desarrollar debidamente la protección de los derechos plenamente reconocidos como es el caso del derecho al trabajo, como lo indica expresamente entre otras, la Recomendación sobre la relación de trabajo de 2006 en sus considerandos. (Ermida

Uriarte, Oscar. “La recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo 2006. Rev. Derecho laboral N. 223 pág. 673). El proceso de elaboración de una Recomendación ilustra que, aunque no esté sujeta a la ratificación de los Estados, se presenta como exponente de la conciencia jurídica universal. (Barbagelata, Héctor Hugo. “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales” en El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos. pág. 228)

En consecuencia, el derecho a la dignidad laboral de la trabajadora, cuyo ámbito natural de desarrollo es la relación de trabajo, involucra el conocimiento de una forma sencilla y comprensible, de las razones de la finalización de ésta, y diseña una obligación implícita coincidente a cargo del empleador. Efectivamente, la obligación de informar las razones del despido - su “justa causa” - se presenta como un mecanismo de concreción de la dignidad laboral. O lo que es lo mismo, del trabajo decente también en la fase final de su ejecución.

Por su parte el derecho a la información en el ámbito de la relación individual de trabajo, que la gestionante pretende hacer valer tiene su fuente a en la buena fe como regla a la que debe someterse el contrato, en su esfera de creación, de ejecución y de finalización.

Empero no puede soslayarse considerar que en el caso lo que la accionante reclama constituye información que obra en poder del requerido ex empleador como consecuencia natural de los poderes de organización y dirección que lo benefician. En realidad, la disponibilidad de información siempre posiciona al sujeto en un status de poder. (Zapiráin, Héctor. Derecho de Información y negociación colectiva pág. 20). Corolario, la posesión y manejo de información de datos de la relación laboral - en las tres áreas enunciadas- constituye una expresión del poder del empleador en la dinámica normal del contrato de trabajo.

Ahora bien. En el caso en debate, sin duda la medida de la difusión de la información se vincula con el derecho a la libertad de hacerlo o no que beneficia al empleador. Libertad que inexorablemente debe coexistir con el derecho a la dignidad laboral del trabajador en el sentido analizado. Esta relación dialéctica, y en el caso que se analiza la oposición entre libertad de divulgar información y dignidad laboral enfrenta dos principios. La colisión de principios se resuelve a través de la ponderación de las razones justificativas de la medida de ejercicio de cada uno (Pietro Sanchis, L. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.” En Neoconstitucionalismos, Ed. Trotta pág. 143)

En tal sentido la demanda de información de los motivos de la decisión dimitiva del empleador (como exponente de la dignidad laboral) reclama para su ponderación la expresión de la causa justificante del “secreto” que en apariencia - ya que ha

negado su divulgación a la propia trabajadora - quiso guardar el empleador. (como exponente de la libertad de divulgación de la información que está en su poder)

Ahora bien, consultado el escrito de la parte demandada en la incidencia, resulta que lo justificó en la ausencia de obligación al respecto sin precisar sin embargo ni la necesidad de la decisión ni el eventual daño que podría enfrentar en caso de comunicarlo.

En consecuencia, esta actitud del empleador -otrora cuando puso fin a la relación de trabajo y ahora cuando niega la información en los términos indicados- impide derechamente ponderar la indispensabilidad de la medida –el secreto- y la proporcionalidad del daño provocado a la dignidad de la trabajadora.

Ello explica que en el caso deba triunfar el derecho a la información que hizo valer la accionante como instrumento de protección de su dignidad laboral.

Por los fundamentos expuestos, el argumento de fondo ensayado por el recurrente, no puede compartirse.

## **5.2. Argumento de forma.**

Contrariamente a lo sostenido por el recurrente la Sala en mayoría estima idóneo el mecanismo procesal empleado, conforme lo previsto por el numeral 3 del art. 306 del CGP que indica "...practicar intimaciones para...obtener elementos necesarios para el proceso."

La vía procesal elegida- la medida preparatoria- viabiliza y viene a suplir la falta de de reglamentación de la protección del derecho a entablar una acción jurisdiccional tendiente a reparar el que se dice agredido.

Por otra parte, también se entienden satisfechos los requisitos previstos para ello reclamados por el art. 307.1 del CGP. Ello por cuanto, aunque la promotora no explicitó con exactitud el proceso jurisdiccional que se propone entablar para el que precisaría la información que por ésta vía impetra, basta tener en cuenta que invocó dos derechos que desde su óptica le habrían sido conculcados: ejercer su defensa y la ética mínima de conocer los motivos de su egreso.

La ausencia de rigorismo en la apreciación del ritual procesal que la Sala en mayoría postula, se explica por cuanto se halla involucrado el derecho a la acción jurisdiccional de un sujeto procesal que, estando a su relato y a su condición de trabajador, cuenta con una especial y expresa protección constitucional que por tal debe contar con vías idóneas para hacerla valer. El derecho internacional de los derechos humanos garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos); el derecho al proceso de duración razonable (art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica), el derecho a una jurisdicción

especial del trabajo y a un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos (art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales). En definitiva el derecho a la acción realizable como derecho humano fundamental. (Devis Echandía, Hernando. “El derecho procesal como instrumento para la tutela de la dignidad y las libertad humanas” en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXIV enero- junio. 1980. pág. 133) Este derecho a la acción con objetivo en la tutela judicial efectiva, debe apreciarse a su vez, a la luz de la Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad, signadas por la Suprema Corte de Justicia en la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana que indica que debe procederse inclusive a la revisión de los procedimientos y requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia. Las reglas contenidas en el instrumento, fueron difundidas por la Corporación por acordada n. 7647 dispuso que “...deberán ser seguidas, en cuanto resulte procedente, como guía en los asuntos a que refieren”.

Aún existen otros dos argumentos, aunque de orden legislativo, para admitir la medida preparatoria promovida.

El primero. En el ordenamiento nacional, la acción de amparo, como mecanismo expresamente previsto para la defensa ante la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales regulada por la ley 16.011 plantea la limitación -en realidad, limitación excluyente de la misma- en caso de existir otros mecanismo que permitan obtener el mismo resultado. Así, la restricción en vía de amparo, acompañada de una interpretación restrictiva de la procedencia de la medida preparatoria, arrojaría un claro e inadmisibles desamparo a un derecho humano fundamental.

El segundo. Viene a coadyuvar con el criterio que se postula, la regla del art. 14 del CGP, que indica que a la hora de interpretar la ley procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales.

Por último incurre en error el recurrente cuando indica que la intimación se agota en sí misma. Ello es así cuando se pone en funcionamiento para comprobar o constituir en mora pero cuando persigue que se proporcionen los elementos necesarios para el proceso ulterior ya fuere documentación, o como en este caso, información que, razonablemente - ya que si despidió, debe suponerse que lo habrá resuelto por determinadas razones- obra en poder del intimado. A su vez, el ordenamiento procesal iluminado por el principio de buena fe, no le habilita a retacear la información sobre aquellas. (arts. 5, 24.4, 25.2, 189 entre otros del CGP)

En consecuencia, la negativa a proporcionar la información por ésta vía no se halla debidamente fundada ni amparada legalmente como sostiene el recurrente.

Véase que en realidad, siquiera indica las reglas de derecho que le permitirían obrar de ese modo. C A D E 6891.

Por cuanto viene de analizarse, las razones de forma sobre las que se edificó la impugnación, no pueden compartirse.

**5.3.** A pesar de que se confirmará la atacada en punto a la intimación, la Sala no encuentra fundamentos para hacerlo bajo apercibimiento de entender la comisión del delito de desacato. Ello por dos razones. La primera por cuanto lo dispuesto es diverso a lo pedido en la medida que el gestionante fincó el apercibimiento en la imposición de una conminación económica, claramente habilitada por el art. 310.3 del CGP . La segunda, por cuanto la eventual conminación personal o el arresto por la fuerza pública que dispone el art. 374.3 del CGP, prevé un supuesto diverso al de autos.

De allí que, se revocará la decisión en este aspecto, apercibiéndose al intimado que de no cumplir se generará una astreinte que se estima razonable fijar en cinco unidades reajustables por cada día de retraso en el cumplimiento.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno en mayoría,

**FALLA:**

- 1. Confírmase parcialmente la sentencia de primera instancia.**
- 2. Intímase a la Asociación Civil BB para que en plazo de diez días presente la información solicitada bajo apercibimiento de generarse una astreinte equivalente a cinco unidades reajustables por cada día que persista el incumplimiento.**
- 3. Costas y costos a su orden. Oportunamente, remítase a la Sede de origen.**

**Dr. Julio Posada Xavier**

**Presidente**

**Dra. María Rosina Rossi Albert**

**Ministra**

**DISCORDIA DRA. DORIS MORALES MARTINEZ:**

Considero que hay que revocar la recurrida.-

Las diligencias preparatorias requieren, para que sean procedentes, que se cumpla con el artículo 307.1 CGP, es decir que se denuncie cual será el objeto del juicio que pretenden preparar, pues la norma citada dice que debe decirse el nombre de la futura demandada, domicilio, la finalidad de la medida y el objeto del proceso a iniciar.-

Y en este caso no se cumplió con esa norma, dado que no se dijo cual era el objeto del proceso que se va a iniciar.-

Por lo que dice a fojas 9 parece que el objeto es satisfacer la curiosidad (nº4) pero para eso no son las medidas preparatorias, que no son autosatisfactivas, en tanto ya su nombre lo indica, preparan algo.-

A mí juicio eso hacía que la medida no pudiera prosperar, entonces menos aún podía haber astreintes o desacato.-

Y ello bien surge también del numeral 3 del art. 306 CGP, pues dice que las intimaciones son para obtener elementos necesarios para el proceso, o sea que ata las mismas al futuro proceso y acá ni siquiera se dijo al inicio cual era el futuro proceso, entonces mal podemos saber si en realidad lo que pide es para obtener elementos para él, porque ¿cómo vamos a saber si es un elemento necesario para el proceso, si no sabemos cuál es el proceso?-

**Podría pensarse que de lo que se expresa se infiere el posible tenor de un proceso posterior, pero eso no es lo que pretende la norma citada que requiere mencionar el objeto del proceso que se va a iniciar, debiendo verse que ni siquiera en forma condicional se dijo que según lo que informara la empresa se procedería a iniciar un futuro juicio reclamando la indemnización por despido, por ejemplo.-**

**Dra. Doris Morales Martinez**

**Ministra**

**Esc. Helena Braun Minelli**

**Secretaria**

## VENEZUELA

**Responsabilidad patrimonial del Estado. Tratados Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Venezuela. Principios constitucionales que deben ser interpretados en sentido progresista a favor del administrado, tal como corresponde a un Estado de Derecho y de Justicia.**

### **Síntesis Jurídica:**

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró CON LUGAR el recurso de revisión ejercido por la ciudadana Gladys Jorge Viuda de Carmona contra la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de ese máximo Tribunal en fecha 15/05/2001, la cual declaró SIN LUGAR la demanda incoada por la referida ciudadana contra la República "por daños y perjuicios" derivados del homicidio de su esposo, Ramón Carmona, por parte de funcionarios policiales, el 28/07/1978. La Sala Constitucional anuló el fallo y ordenó resarcir los daños materiales y morales a los causahabientes de la víctima, en virtud de que la Sala Político Administrativa sustentó la culpabilidad de los actores en el cumplimiento del servicio como factor esencial para excluir la responsabilidad patrimonial del Estado, lo cual violentó los Artículos 30 y 140 de la Constitución, así como, tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Venezuela, concluyendo que existen principios constitucionales que deben ser interpretados en sentido progresista a favor del administrado, tal como corresponde en un Estado de Derecho y de Justicia.

### **Síntesis de los hechos:**

El 28/07/1978, el abogado penalista Ramón Carmona fue asesinado por funcionarios de la Policía Técnica Judicial, lo cual fue probado por el Tribunal Penal en el año 1990. En virtud del hecho antes referido, la viuda del occiso reclamó indemnización por daños y perjuicios, la cual fue declarada SIN LUGAR por la Sala Político Administrativa el 11 de julio de 2001, bajo el argumento de que los daños no debían ser imputados a la República toda vez que provenía de la conducta personal de terceros. Por tal motivo, los causahabientes ejercieron Recurso de Revisión ante la Sala Constitucional el cual fue declarado procedente el 18/11/2002 y anuló el fallo de la Sala Político Administrativa por considerar que la misma violentó Derechos Humanos y constitucionales de los demandantes y erró al eximir de responsabilidad al Estado.

### **SALA ACCIDENTAL**

**MAGISTRADA PONENTE: CARMEN ZULETA DE MERCHÁN**

Mediante escrito presentado en esta Sala Constitucional el 11 de julio de 2001, los ciudadanos GLADYS JOSEFINA JORGE SAAD (Vda.) DE CARMONA y RAMON OSCAR CARMONA JORGE asistidos por los Abogados LUISA AMELIA CARRIZALES, EFREN LOPEZ DEL CORRAL, CARLOS KARIM MASRIE y JORGE BAHACHILLE MERDENI, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 534, 3.520, 25.009 y 5.158, respectivamente, ejercieron recurso extraordinario de revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contra la sentencia N° 943, dictada el 15 de mayo de 2001 por la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, que declaró sin lugar la demanda por daños y perjuicios materiales y morales incoada por los prenombrados ciudadanos contra la República Bolivariana de Venezuela.

En esa misma oportunidad se dio cuenta en esta Sala y se designó ponente a la Magistrada Dra. Carmen Zuleta de Merchán, quién suplía temporalmente al Magistrado Antonio J. García García.

El 16 de julio de 2001, el Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera se inhibió de conocer de la causa por encontrarse incurso en la causal prevista en el artículo 82, numeral 12 del Código de Procedimiento Civil, al mantener amistad con los recurrentes.

Dicha inhibición fue declarada con lugar mediante decisión del 20 de julio de 2001 y, en consecuencia, se ordenó la convocatoria de la Dra. Carmen Zuleta de Merchán, en su condición de Segundo Suplente de la Sala a los fines de la conformación de la Sala Constitucional Accidental.

Mediante diligencia consignada el 25 de julio de 2001, los recurrentes recusaron al Magistrado Dr. Pedro Rondón Haaz por estimar que tenía interés directo en la presente causa, a tenor de lo establecido en el artículo 82, ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil.

El 26 de julio de 2001 el Dr. José Leonardo Requena, Secretario de esta Sala Constitucional, se inhibió de conocer de la presente causa por encontrarse incurso en la causal prevista en el artículo 82, numeral 12 del Código de Procedimiento Civil, al mantener amistad con los recurrentes. El 2 de agosto de 2001, la Dra. Carmen Zuleta de Merchán aceptó la convocatoria para integrar la Sala Constitucional Accidental.

Mediante decisión del 3 de agosto de 2001 fue declarada con lugar la inhibición presentada por el Dr. José Leonardo Requena, Secretario de esta Sala Constitucional y, en tal sentido, se procedió a designar Secretario Accidental al Abogado Tito de La Hoz.

Los días 7 y 15 de agosto de 2001 y 18 de septiembre del mismo año, los recurrentes insistieron en la recusación del Magistrado Dr. Pedro Rondón Haaz por estimar que tenía interés directo en la causa. El 18 de octubre de 2001, fue declarada la referida recusación sin lugar.

Mediante escrito consignado el 18 de octubre de 2001, el Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz se inhibió de conocer de la causa, invocando la causal prevista en el ordinal 20 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. Dicha inhibición fue declarada con lugar el 23 de octubre de 2001 y, en tal sentido, se acordó la convocatoria del Dr. Leoncio Abad Landaez Otazo, en su condición de Tercer Suplente de esta Sala, a los fines de la conformación de la Sala Constitucional Accidental, quien el 23 de octubre de 2001 aceptó el llamado efectuado por esta Sala.

El 25 de octubre de 2001, quedó constituida la Sala Constitucional Accidental integrada por los Magistrados Dr. Iván Rincón Urdaneta, Presidente; Dr. José Delgado Ocando Vicepresidente; Dr. Antonio García García; Dra. Carmen Zuleta de Merchán y Dr. Leoncio Abad Landáez Otazo. Asimismo, se designó a los ciudadanos Dr. Tito de La Hoz y Gabriel González Secretario y Alguacil, respectivamente, de la Sala Constitucional Accidental. En esa misma oportunidad, se reasignó la ponencia al Magistrado Dr. Antonio García García.

El 2 de octubre de 2002, se reconstituye la Sala Constitucional Accidental por la inhibición de los magistrados Dr. Iván Rincón Urdaneta y Dr. José Manuel Delgado Ocando ocurridas el 22 de julio de 2002; por lo cual se procedió a convocar a los suplentes o conjuces respectivos, recayendo dicha convocatoria en los Doctores Pedro Bracho Grand y Rafael Badell Madrid, quienes aceptaron la misma. Quedando constituida la Sala Constitucional Accidental de la siguiente manera: Presidente Magistrado Doctor Antonio García García; Vicepresidente Magistrado Doctor Pedro Bracho Grand; Magistrados Doctores Leoncio Landaez Otazo, Rafael Badell y Carmen Zuleta de Merchán, recayendo en esta última la elaboración de la ponencia.

Realizada la lectura individual del expediente, esta Sala pasa a decidir, previas las siguientes consideraciones:

**ANTECEDENTES**

El 12 de mayo de 1998, los ciudadanos Gladys Josefina Jorge Saad (Vda.) de Carmona, Ramón Oscar Carmona Jorge, Carlos Eduardo Carmona Jorge y Oswaldo José Carmona Jorge, representados por los abogados Luisa Amelia Carrizales, Efrén López del Corral y Jorge Bahachille Merdeni interpusieron demanda contra la República por los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por el homicidio del Abogado Ramón Oscar Carmona Vásquez ocurrido el 28 de julio de 1978.

Tramitado el procedimiento de ley, el 11 de mayo de 2001 la Sala Político-Administrativa declaró sin lugar la demanda de daños y perjuicios ejercida por los recurrentes, bajo el argumento de que los daños causados no eran imputables a la República, al ser producto de la conducta personal de terceros, en concreto, los agentes policiales condenados por el homicidio del ciudadano Ramón Oscar Carmona Vásquez, quienes no estaban en cumplimiento del servicio público de policía.

El 11 de julio de 2001, la ciudadana Gladys Josefina Jorge (Vda.) de Carmona y Ramón Oscar Carmona Jorge solicitaron ante esta Sala Constitucional la revisión de la sentencia dictada en fecha 15 de mayo de 2001 por la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia.

## II

### ARGUMENTOS DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN

Como fundamento de la solicitud de revisión los recurrentes argumentan que la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa resulta violatoria de «*normas de rango constitucional, de impretermisible y reforzado cumplimiento como lo son: LA CLAUSULA ABIERTA DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS, LA JERARQUIA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS, INDEMNIZACIÓN A LAS VICTIMAS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS, LA IMPARCIALIDAD, TRANSPARENCIA Y EQUIDAD DEL PROCESO, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO y el DEBIDO PROCESO en sus preceptos relativos al DERECHO A LA DEFENSA y el DERECHO A SER OIDO, así como la IGUALDAD ANTE LA LEY...*», previstas en los artículos 22, 23, 30, 26, 140, 49, numerales 1 y 3 y 21 de la Constitución Nacional (Resaltado de los solicitantes). Concretamente, los recurrentes argumentaron lo siguiente:

1. La infracción del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al considerar que la sentencia violó el derecho a la «*transparencia del proceso*».

Señalan los recurrentes que la sentencia fue dada, firmada y sellada el 11 de mayo de 2001, pero que, sin embargo, inmediatamente después «*se observa una nota manuscrita suscrita por la Secretaria, en la cual se deja constancia que el día 15 de mayo del año 2001, se publicó y registró la anterior sentencia bajo el nro. 934, siendo las ONCE Y TREINTA Y CINCO DE LA MAÑANA, mientras que entre paréntesis y escrito en números aparecen las 10:35 a.m.*» (resaltado y subrayado de los solicitantes).

Sostienen que la sentencia fue dictada en día inhábil (i.e. viernes 11 de mayo de 2001) sin que constare en autos la correspondiente habilitación de ley. Asimismo, manifiestan que el 17 de mayo de 2001, la Secretaría agregó una nota en la cual dejó constancia que la sentencia recurrida «*fue firmada en fecha 10 de mayo de 2001, pretendiendo de esta manera modificar la fecha en que los miembros de la Sala dictaron el irritó fallo(...) ello constituye un intento desesperado por colocar su pronunciamiento dentro del día de despacho inmediatamente anterior al día 15 de mayo de 2001 contrariando de esta manera la disposición expresa contenida en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que solamente le asigna a las partes el*

*derecho a impulsar la actividad reformativa jurisdiccional»* (resaltado de los solicitantes).

Igualmente señalaron que el 23 de mayo de 2001 el Magistrado Presidente de la Sala Político-Administrativa suscribió un auto, refrendado por la Secretaría, mediante el cual señaló que por una omisión involuntaria no fueron agregadas las páginas dos (2) y tres (3) que formaban parte de la narrativa de la sentencia, y en tal sentido ordenó su inserción a tenor de lo establecido en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil. Expresaron los recurrentes que en el auto en referencia el Magistrado Presidente de la Sala Político-Administrativa reconoció que a pesar de la omisión involuntaria, la sentencia estaba publicada íntegramente en la página web de este Máximo Tribunal, lo que a su criterio, comporta dar mayor valor a dicha página que al texto mismo de la sentencia.

En vista de tales circunstancias, los solicitantes aseveraron que el fallo recurrido infringió la *«transparencia del proceso»* desde que, en su criterio, se encuentra plagado de vicios y contradicciones tanto en la indicación de la oportunidad en que fue dictado como en su contenido.

2. Que la sentencia cuya revisión solicitan no fue imparcial ni estuvo orientada por la equidad, desde que fue dictada con el único propósito de favorecer los intereses de la República. Señalaron los accionantes que el criterio adoptado por la sentencia recurrida, conforme al cual la responsabilidad del Estado por hechos de sus funcionarios debe ser interpretada en forma estricta y restringida por estar involucrados los intereses públicos y el patrimonio del colectivo, implica señalar que el ciudadano como individuo no le interesa al Estado y que los particulares tienen la obligación de soportar sin indemnización el daño ocasionado por la conducta anormal de los funcionarios públicos con el fin de no mermar el patrimonio colectivo.

Asimismo, expresaron los recurrentes que en el fallo impugnado se les dio un trato desigual dado que sólo se tuvo en consideración los intereses del Estado en relación al colectivo, y no se reparó en los intereses del ciudadano; circunstancia ésta que a su juicio resulta violatoria de los artículos 21, 22 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 8 y 24 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que prevé el trato igualitario en el proceso.

3. La violación por la sentencia recurrida de los derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa y a ser oído previstos en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Expresaron los recurrentes que la violación de esos derechos deriva de la afirmación efectuada por la Sala Político-Administrativa, al señalar que en la sentencia dictada el 4 de enero de 1990, por el Tribunal Cuarto de Reenvío en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, quedó confirmado que los agentes de policía no estaban en ejercicio de sus funciones cuando cometieron el hecho dañoso.

En criterio de los solicitantes la afirmación hecha por la Sala Político-Administrativa no se ajusta a la realidad en vista de que, según señalan, del fallo emitido por el Tribunal Penal lo que se evidencia es que los Fiscales del Ministerio Público que conocían del caso estimaron que no era necesario iniciar contra los funcionarios el procedimiento especial de nudo hecho previsto en los artículos 374 y siguientes del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, en razón de que éstos, para aquella oportunidad, se encontraban suspendidos del ejercicio de sus cargos.

Así, señalan que *«si dichos funcionarios fueron suspendidos con posterioridad al homicidio, ello concluye, positivamente, que para el momento de cometer el delito se encontraban investidos de las funciones que le eran inherentes»* (resaltado y subrayado de los solicitantes), razón por la cual el argumento esgrimido por el fallo recurrido carece –a su juicio- de fundamento y viola lo establecido en el

artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que prohíbe a los jueces extraer conclusiones o interpretaciones que no se correspondan con lo alegado y probado en autos.

Asimismo, adujeron que el fallo recurrido les violó su derecho a ser oído dado que no analizó los argumentos y pruebas por ellos aportados, concretamente, argumentaron que la Sala Político-Administrativa no valoró las copias certificadas del escrito de formulación de cargos del Ministerio Público que «según la sala Político-Administrativa se valoró como un (1) indicio por ser copias simples (...) cuando ha debido ser apreciado como plena prueba». De esta prueba, a juicio de los recurrentes, se evidenció que los funcionarios involucrados si se encontraban en el ejercicio de sus funciones, por cuanto utilizaron armas y vehículo del Estado, se impartieron órdenes superiores acatadas por funcionarios subalternos con base en una relación de supremacía, se emitieron falsos memorandos para tratar de encubrir la actividad dañosa de los funcionarios y se implantaron huellas para desviar las investigaciones, circunstancias éstas que fueron corroboradas en la sentencia del 4 de enero de 1990 dictada por el Juzgado Cuarto de Reenvío en lo Penal.

Finalmente, señalaron que el fallo dictado el 4 de enero de 1990 por el Juzgado Cuarto de Reenvío en lo Penal, a diferencia de lo sostenido por la Sala Político-Administrativa, sí expresó que los funcionarios involucrados en el hecho dañoso se encontraban en ejercicio de sus funciones para la oportunidad en que ocurrieron los hechos, circunstancia que no fue analizada por el fallo cuya revisión solicitan en violación de sus derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa y a ser oído.

4. La violación por la sentencia recurrida de los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa previstos en el numeral 1º del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la disposición contenida en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, por no haberse ceñido la Sala Político-Administrativa a lo alegado y probado en autos, extrayendo elementos que no existían y supliendo excepciones y argumentos no citados ni demostrados.

Particularmente, los recurrentes argumentaron que la afirmación contenida en la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa, conforme a la cual los funcionarios involucrados no podían haber estado en ejercicio de la función pública, dado el carácter altamente doloso del delito cometido, motivado en enemistades personales manifiestas, odios y venganzas, no se ajusta a la realidad, ni a los elementos probatorios cursantes en autos.

En este sentido, los recurrentes invocaron que del escrito de cargos elaborado por el Ministerio Público que fuera consignado en copia certificada y de las sentencias penales producidas –elementos que en su criterio no fueron valorados por los sentenciadores- se evidencia que el hecho dañosos no se produjo por la existencia de odios, enemistades o venganzas personales entre el occiso y los funcionarios involucrados, pues éstos no conocían personalmente al ciudadano Ramón Carmona Vásquez y no tenían motivos para ultimarle, sino que éste fue producto, a su juicio, de la subordinación que dichos funcionarios tenían con el entonces Director del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, ciudadano Manuel Molina Gasperi. Así, argumentaron que de haberse analizado tales circunstancias, el fallo recurrido hubiese llegado a una conclusión distinta a la arribada, lo cual evidencia, en su criterio, la violación de los derechos alegados.

5. La transgresión por la sentencia recurrida de los artículos 22, 23, 30 y 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al no estimar «la aplicabilidad necesaria e impretermitible de los principios incuestionables inherentes a los Derechos Humanos» de la víctima.

Específicamente, los recurrentes invocaron la inobservancia, por la sentencia, de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de

Costa Rica) que en su artículo 4,1 consagra el derecho de toda persona a la vida y la cual a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 adquirió rango constitucional debiendo ser observada y aplicada por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Asimismo, alegaron la violación de los artículos 30 y 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que imponen al Estado la obligación de indemnizar a las víctimas de violaciones de derechos humanos que le sean imputables. En ese sentido, expresaron que si los funcionarios del entonces Cuerpo Técnico de Policía Judicial le dieron muerte al ciudadano Ramón Oscar Carmona por motivos fútiles, era indudable que de ello surgía que la víctima no dio motivos para que la asesinaran, siendo privada arbitrariamente de su derecho humano a la vida.

Igualmente invocan la inobservancia del artículo 44 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevén la posibilidad de denunciar ante la Comisión Interamericana las violaciones a los derechos humanos y obtener el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Así, invocan *«que si la justa indemnización que corresponde a las víctimas puede ser reclamada ante la Corte Interamericana de los Derecho Humanos, es porque, esa reparación es plausible exigirla en el derecho interno»*. De otra parte, argumentaron los recurrentes que la disposición contenida en el artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela permite afirmar que si el derecho a la vida es un derecho humano, también es un derecho humano inherente a la persona, la reparación de la violación de ese derecho.

En ese sentido, señalan que la propia Sala Político-Administrativa en sentencias del 15 de junio de 2000 (Caso: Germán Heriberto Aviles Peña vs Eleoriente) y 2 de mayo de 2000 (Caso: Cesar Ramón Cheremos y otros vs Elecentro) sostuvo que cuando el funcionario público en ejercicio de sus funciones actúa quebrantando la ley, emerge la responsabilidad para la República por dicha actuación ilegítima, pero que, sin embargo, éste criterio fue cambiado *«de manera incoherente»* por la sentencia recurrida.

Finalmente, argumentan que la sentencia recurrida, al no haber determinado la responsabilidad del Estado, *«contrarió normas y disposiciones de rango constitucional que no pueden ser vulneradas por quien tiene la obligación de aplicarlas correctamente, ya que, se ha producido un dictamen contrario a derecho, sustentado en teorías no actualizadas y que han sido evidentemente superadas»*.

### III

#### DE LA DECISIÓN OBJETO DE REVISIÓN

El 15 de mayo de 2001, la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, declaró sin lugar la demanda de daños y perjuicios materiales y morales incoada contra la República Bolivariana de Venezuela por los Abogados Luisa Amelia Carrizales, Efrén López del Corral y Jorge Bahachille Merdeni, en representación de los ciudadanos Gladys Josefina Jorge Saad (Vda.) de Carmona, Ramón Oscar Carmona Jorge, Carlos Eduardo Carmona Jorge y Oswaldo José Carmona Jorge, bajo el argumento de que los daños causados no eran imputables a la República al ser producto de la conducta personal de terceros, en concreto, agentes policiales que no estaban en cumplimiento del servicio público de policía.

La Sala Político-Administrativa arribó a tal conclusión, después de efectuar las siguientes consideraciones:

#### a) Consideraciones Previas:

1. Como punto previo, la Sala Político-Administrativa se pronunció sobre la prescripción de la acción civil alegada en juicio por la representación de la República y,

en tal sentido, señaló que las demandas entre personas privadas y aquellas que se interpongan contra las Administraciones Públicas no pueden ser tratadas en forma idéntica pues, en éstas últimas, el evidente interés público involucrado exige la aplicación de un régimen jurídico especial, el del derecho administrativo, y su trámite ante una jurisdicción especializada, la contencioso-administrativa. De allí que, en estos supuestos no debe aplicarse en forma estricta los preceptos que sobre la materia prevé el derecho común, sino que, a falta de regulación expresa en materia contencioso administrativa, deben administrarse y adecuarse a las realidades que informan la responsabilidad administrativa por hechos ilícitos cometidos por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, pues la responsabilidad civil que se debate en el derecho común es distinta a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

No obstante, la sentencia señaló que ante la inexistencia en el proceso contencioso administrativo, de normas especializadas que regulen el tema de la prescripción de la acción por responsabilidad ejercida contra la Administración, debe el juez auxiliarse de las normas del derecho común (i.e. Código Civil, Código Penal y Código Orgánico Procesal Penal) y armonizarlas con los principios propios del derecho administrativo.

En ese sentido, la Sala expresó que la acción de responsabilidad patrimonial que se intente contra la República como consecuencia del daño antijurídico ocasionado por acciones cometidas por sus funcionarios en presunto ejercicio de la función pública, *«prescribe a los diez (10) años, contados a partir de la fecha en que se cometió el delito, pero tal prescripción se suspende, con la interposición de la acción penal, hasta que se dicte la sentencia definitivamente firme donde queden establecidos los hechos y tipos delictivos y definidos sus autores (queda así expresada una prescripción extraordinaria); sin perjuicio que la víctima o víctimas opten ejercer la acción patrimonial ante una jurisdicción distinta a la penal antes que sea decidida la acción penal, es decir, ante la civil en caso que se demanden a los funcionarios (persona física que presuntamente cometió el hecho), o en los casos como el objeto del presente juicio ante la contencioso-administrativa cuando se demande a las administraciones públicas, en cuyo caso, en cuanto a la prescripción, deben seguirse las reglas del Código Civil (prescripción ordinaria). Solución, que como claramente se deduce, orientada en lo preceptuado en los artículos 47 y 48 del Código Orgánico Procesal Penal, 113 del Código Penal y 1977 del Código Civil».*

De esta forma, la sentencia precisó que *«en el caso sub litis el hecho que causó el daño antijurídico fue cometido en fecha 28 de julio de 1978, por su parte la acción penal (acusación) fue ejercida por los aquí demandantes en fecha 6 de noviembre de 1978, con lo que la prescripción de la acción civil se suspendió desde esta última fecha (habiendo solo transcurrido respecto a la misma tres (3) meses y ocho (8) días), hasta que se dictó la sentencia penal definitivamente firme en fecha 4 de enero de 1990 por el Juzgado Cuarto de Reenvío en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, y la interposición del antejuicio administrativo ocurrió en fecha 12 de febrero de 1998, es decir, ocho (8) años, un (1) mes y ocho (8) días después, que sumados a los ya transcurridos tres (3) meses y ocho (8) días antes que se intentara la acción penal hace un total de ocho (8) años cuatro (4) meses y dieciséis (16) días. En consecuencia, no habiendo transcurrido los diez (10) años señalados, en el presente caso no existe prescripción de la acción que por responsabilidad patrimonial de la República se ha intentado como consecuencia del daño antijurídico ocasionado por funcionarios de ésta, en presunto ejercicio de la función pública que tenían encomendada».*

2. Como segundo punto previo, la Sala Político-Administrativa se pronunció sobre lo alegado por la representación de la República en relación a que los recurrentes no dieron cumplimiento al antejuicio administrativo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y, en tal sentido,

manifestó que la parte actora sí cumplió con dicho trámite dado que consta en autos que presentó la solicitud de antejuicio ante el órgano correspondiente, Ministerio de Justicia (hoy Ministerio de Interior y Justicia) y ésta nunca fue resuelta por la administración operando por ello el silencio administrativo. En ese sentido, la sentencia dispuso que si bien no estaba acreditado en autos que se dio cumplimiento al resto del trámite previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría, *«debió ser la representación de la República quien tenía que demostrar, que de haber sido así, ello fue por causas sobrevenidas imputables al demandante, y que los órganos administrativos sí cumplieron con las obligaciones que la Ley les impone»*.

#### **b) Consideraciones de fondo:**

Como consideraciones de fondo, la sentencia de la Sala Político-Administrativa dispuso:

1. Que si bien a nivel doctrinal y jurisprudencial la tendencia es la de consagrar la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado, es lo cierto que tales posiciones y criterios deben ser interpretados *« (...) bajo criterios restringidos, a fin de evitar generalizaciones impropias e inconducentes que excluyan los supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, tales como, hecho exclusivo de un tercero, culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito»*.

2. Que la aplicación de las teorías del riesgo y de la falla o falta del servicio, que consagran la responsabilidad objetiva del Estado por los daños causados debe efectuarse guardando la debida ponderación o prudencia *«(...) porque si se extiende o exagera en demasía su aplicación, sin límites, ello podría conllevar a que la administración tenga que hacerse prácticamente responsable de todas las situaciones de daño, lo cual como se precisará infra puede establecer una injustificada y excesiva onerosidad sobre la hacienda pública»*.

3. Que en la determinación de la responsabilidad del Estado no puede excluirse la búsqueda del responsable cuando ello sea posible *« (...) por lo que la responsabilidad subjetiva, basada en la culpa del agente, se mantiene, pero su utilidad o radio de acción se reduce (más no por ello deja de ser fundamental) a los supuestos de daños ocasionados por la acción personal del agente público, es decir, donde quede de manifiesto una completa ruptura de su conexión con el servicio público»*.

4. Y es que, en criterio de la sentencia, la Administración desempeña sus funciones a través de personas naturales que muchas veces se valen de los poderes y ventajas inherentes a su condición de funcionarios públicos para cometer hechos delictivos respecto de los cuales en múltiples oportunidades la Administración pública permanece ajena.

5. Así, la distinción entre la falta personal del funcionario y la falta del servicio exige el análisis de la voluntad e incluso el ánimo o conducta subjetiva del agente público al momento de ejecutar el hecho. De esta forma, señaló la sentencia, que si en la conducta del agente prevalece la intención dañosa o delictiva por encima del fin público que está llamado a cumplir, la falta será personal y no imputable a la Administración. Es decir, si las faltas son cometidas por el funcionario público ex profeso sirviéndose de los medios administrativos puestos a su alcance con el objeto de obtener un beneficio personal, saciar una venganza y no servir de finalidad pública la falta será siempre personal.

6. De allí que, expresó la sentencia, la Administración sólo será responsable si los daños y perjuicios imputables al funcionario público derivan de actos de servicio público o ejecutados con ocasión del mismo, inseparables de la función pública por el cumplida.

7. Bajo esta visión expresó la sentencia que son consideradas en principio faltas personales *«(...) los casos donde queden de manifiesto faltas graves,*

*expresadas en errores fácticos o de iure flagrantes y groseros, y también, en situaciones de violación de la ley penal» salvo que se demuestre de manera incuestionable la vinculación entre la conducta del funcionario y la función pública que licencia su accionar, circunstancia ésta que, en criterio de la Sala Político-Administrativa, debe ser analizada y evaluada en forma estricta y restringida por estar involucrados el interés público y el patrimonio del colectivo.*

**8.** Que dicha interpretación resulta cónsona con las disposiciones previstas en los artículos 47, 46, 121 y 206 de la Constitución de 1961, aplicables al caso *ratione temporis*, los cuales por principio general hacen pesar exclusivamente sobre el funcionario público la responsabilidad patrimonial originada de los actos dañosos ejecutados por éstos fuera del ejercicio de la función pública.

**9.** Que si bien la Constitución de 1999 consagra un sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado que abarca los daños ocasionados por cualquier actividad derivada del ejercicio de las funciones prestadas por los órganos del Poder Público, es lo cierto que *«(...) en similar sentido a lo que expresaba la Constitución de 1961, la premisa impretermitible es precisamente, que el daño sea producto o con ocasión de la prestación del servicio, es decir, que se revele incuestionablemente que se está cumpliendo las funciones inherentes al servicio público de que se trate, y que tal ejercicio es el que ha causado el daño».*

**10.** Que *«de las pruebas e indicios (...) exaltan una serie de elementos de convicción que no da espacio a dudas a estos juzgadores que los motivos que dieron lugar a los hechos delictivos se proyectan en la esfera personalísima de sus actores: odios personales, venganzas, bajas pasiones, etc., donde por lo tanto no existe conexión alguna con el servicio público de policía, ya que el hecho circunstancial de que por un lado el ciudadano Carmona era un penalista de alto relieve que por la entidad de los casos que manejaba y su posición crítica pública frente a situaciones que rodeaban al sistema judicial, había generado en contra de su persona enemistades con funcionarios policiales, y por la otra que justamente fueron funcionarios policiales quienes cometieron el crimen, de lo cual puede deducirse que esa enemistad y odios se gesta a propósito de realidades circundantes al ámbito policial, pero que en definitiva al no ser inherentes o propias del servicio de policía, por el contrario inicuas, perversas e ignominiosas respecto al mismo, en suma le son absolutamente accidentales, lejos de revelar la prestación del servicio de policía, en definitiva lo excluyen».*

**11.** *«Que indubitavelmente los daños causados son atribuibles, en cuanto a la responsabilidad, personalmente a los funcionarios que cometieron los hechos delictivos, y en caso alguno a la República. (...) fue una conducta de terceros (en nuestro caso, agentes policiales) quienes no estaban en cumplimiento del servicio público de policía, los que ocasionaron los hechos dañosos, por lo que es a ellos personalmente imputables en cuanto a la responsabilidad patrimonial que puedan proyectar y no a la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara».*

#### IV

### DE LA COMPETENCIA DE LA SALA PARA CONOCER DE LA REVISIÓN SOLICITADA

Esta Sala pasa a determinar su competencia para conocer del recurso de revisión propuesto, para lo cual resulta oportuno declarar preliminarmente que el ejercicio de la potestad de revisión resulta inherente a la jurisdicción constitucional. Y en efecto, en sentencia de fecha 7 de junio de 2000 (Caso Athanassios Frangogiannis) esta Sala Constitucional consideró:

“En la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando explica el contenido del Capítulo Primero de su Título VIII, en el cual se regulan los mecanismos que garantizan la protección de la Constitución, se

menciona la facultad de la Sala Constitucional para revisar los actos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo que contraríen el texto fundamental o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya realizado esta Sala.

“Esta facultad, concebida para garantizar la integridad de la interpretación y el cumplimiento de los valores constitucionales, expresa la preocupación por impedir que las declaraciones de la Constitución no se conviertan en adagios gastados por el tiempo, ni en una contraseña vacía de sentido, sino en principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del gobierno y de los otros órganos del poder público en general. Preocupación que es manifestada en la sentencia dictada por esta Sala el 9 de marzo de 2000 (Caso José Alberto Quevedo) en la cual se indica que: *“...Los principios inmersos en la Constitución, que la cohesionan, así no aparezcan en su texto, si no se aplican o se violan tienden a desintegrar a la Carta Fundamental, y si ello sucediere la Constitución desaparecería con todo el caos que ello causaría. Basta imaginar qué pasaría, si un juez ordena que un científico convierta a un humano en un animal, o que cese el sistema democrático y se elija a un monarca, o que condene a muerte a alguien, a pesar de la aquiescencia de las partes del juicio donde surge esa situación. El juez que dentro de un proceso lo conociera, que responde por la integridad y supremacía de la Constitución, de oficio tendría que dejar sin efectos tales determinaciones judiciales, ya que ellas contrarían el orden público constitucional y las violaciones del orden público se declaran de oficio. La Constitución, como se dijo, no sólo está formada por un texto, sino que ella está impregnada de principios que no necesitan ser repetidos en ella, porque al estar inmersos en la Constitución, son la causa por la cual existe...”*

“Si bien es cierto, que la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela remite a una Ley orgánica el desarrollo del mecanismo extraordinario de revisión de las decisiones de las otras Salas, la doctrina constitucional ha indicado el valor normativo directo del texto fundamental, para las competencias y funcionamiento de los órganos creados en la constitución.

Precisamente, Eduardo García de Enterría (La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, tercera reimpresión 1994, páginas 77 a 82) ha indicado que: “Los preceptos orgánicos constitucionales son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos y, en concreto, por los propios órganos a que la regulación constitucional se refiere. Existan o no normas complementarias o de desarrollo de esta regulación, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por tanto, rige la formación y el funcionamiento de los órganos afectados...”.

“En consecuencia, por constituir la facultad de revisión de los actos o de sentencias dictadas por los tribunales de la República y de las otras Salas de este Tribunal Supremo, en especial en materia de amparo, una disposición constitucional vinculante para el funcionamiento de esta Sala, no obstante que no se ha promulgado la ley orgánica correspondiente, puede este órgano jurisdiccional, en resguardo del orden público constitucional, ejercer esa facultad en interés de la aplicación y correcta interpretación de los valores constitucionales, lo que a su vez es exigido por el ordinal 10 del artículo 336 de la vigente Constitución”.

El reconocimiento constitucional de la potestad revisora (conocido en la doctrina constitucional como el “writ of certiorari”) evidencia el emplazamiento que tiene esta Sala Constitucional para garantizar el ordenamiento constitucional; y tal como la entiende la doctrina constitucional y el derecho comparado, la autoriza según su sana discreción y con la sola invocación de su facultad, a rechazar el recurso extraordinario de revisión si considera insuficiente el agravio constitucional, o bien, cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Si bien es cierto que en el ejercicio de la potestad revisora la Sala Constitucional ha venido delimitando el ámbito de su competencia en ausencia de un texto normativo de rango legal que desarrolle los preceptos constitucionales relacionados con el Tribunal Supremo de Justicia y la Sala Constitucional, ello ha sido

determinado mediante la aplicación directa e inmediata de las normas y principios constitucionales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (v. Sentencias N° 1/2000; 1312/2000; 33/2001; 93/2001; 192/2001).

Específicamente, esta Sala se ha pronunciado acerca de la facultad que detenta para revisar las actuaciones de las demás Salas de este Supremo Tribunal que contraríen las normas y principios contenidos en la Constitución, así como de aquellas que se opongan a las interpretaciones que sobre tales normas y principios haya realizado esta Sala Constitucional, en ejercicio de las atribuciones conferidas de forma directa por el Texto Constitucional, según se desprende del dispositivo contenido en el numeral 10, del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no obstante la ausencia de desarrollo legislativo al respecto (vid. Sentencias números 1312/2000, 33/2001 y 192/2001).

En tal sentido, se ha señalado que la facultad de revisión persigue garantizar el cumplimiento, la vigencia y el respeto de los postulados constitucionales, así como la integridad de la interpretación, en tanto que se trata de una Sala con facultades expresas para tal función, concebida como un órgano especializado para ello. Sin embargo, aún cuando la Sala Constitucional posee los más amplios poderes de revisión sobre aquellas decisiones en las que el ordenamiento constitucional permite su intervención, no se trata de una potestad genérica e ilimitada, en el entendido de que pueda revisarse cualquier decisión; antes bien, debe tratarse de específicas decisiones que, en todo caso, -y hasta tanto sean precisadas en la legislación que a tal efecto se dicte-, serán objeto de revisión ejercida discrecionalmente, y con selección de aquellas causas consideradas de especial relevancia jurídica y política, o de trascendencia para la vida del país; es decir, se trata de causas cuya consideración va más allá del interés de las partes; y de definir cuestiones y temas de repercusión pública que sentarán principios de indudable trascendencia para la vida social.

Concretamente en sentencia de fecha 6 de febrero de 2001 (N° 93/2001, Caso: Corpoturismo), y en atención a lo dispuesto en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional dispuso los límites que regulan esta potestad revisora, al establecer:

*«(...) Esta Sala considera que la potestad de revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás tribunales y juzgados del país se encuentra delimitada de la siguiente manera:*

*Con base en una interpretación uniforme de la Constitución y considerando la garantía de la cosa juzgada establecida en el numeral 7° del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en principio, es inadmisibles la revisión de sentencias definitivamente firmes en juicios ordinarios de cualquier naturaleza por parte de esta Sala. Y en cuanto a las decisiones de las otras Salas de este Tribunal es inadmisibles cualquier demanda, incluyendo la acción de amparo constitucional, contra cualquier tipo de sentencia dictada por ellas, con excepción del proceso de revisión extraordinario establecido en la Constitución, y definido a continuación:*

*Sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida, discrecional, esta Sala posee la potestad de revisar lo siguiente:*

*1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.*

*2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas 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 la 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» (subrayado de este fallo).

Ahora bien, observa esta Sala Constitucional Accidental que el recurso objeto de estudio ha sido incoado contra la sentencia dictada el 15 de mayo de 2001 por la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, que en criterio de los accionantes resulta contraria a los principios y normas contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, en concreto, a la normas que consagran la responsabilidad del Estado venezolano por los daños causados a los particulares (artículo 140), la obligación de indemnizar a las víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 30) el derecho a la defensa, al debido proceso y a ser oído (artículo 49) y la jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (artículos 22 y 23).

Tales denuncias que afectan el ordenamiento constitucional hace insoslayable para esta Sala asumir su competencia para conocerlas y decidir las en ejercicio de la potestad de revisión, por cuanto la sentencia en cuestión dictada en única instancia conforme al procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia debe ajustarse al principio de la doble instancia judicial reconocido en el artículo 8 numerales 1 y 2, literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual es de aplicación “inmediata y directa” conforme al artículo 23 de la Constitución Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

El ejercicio de esta potestad revisora estará supeditada al examen que de las actas procesales se realice para verificar la desaplicación de la normativa contenida en la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; la existencia de un error evidente o craso en la interpretación de la normativa constitucional o de la sustracción absoluta de los criterios interpretativos de normas constitucionales adoptados por esta Sala Constitucional.

V

## MOTIVACIONES PARA DECIDIR

El tema central se contrae a evaluar la decisión de la Sala Político Administrativa de fecha 15/5/01 que declaró sin lugar la demanda por daños y perjuicios materiales y morales contra la República, interpuesta por los causahabientes del ciudadano Ramón Oscar Carmona Vásquez quién en fecha 28/7/78 fuera víctima de homicidio cometido por agentes policiales adscritos al Cuerpo Técnico de Policía Judicial. La Sala Político Administrativa consideró en la sentencia lo siguiente: “Es definitivo que tuvo fuerza demostrativa en el presente juicio una serie de elementos probatorios e indicios que condujeron a poner en evidencia que fue una conducta de terceros (en nuestro caso agentes policiales) quienes no estaban en cumplimiento del servicio público de policía los que ocasionaron los hechos dañosos, por lo que es a ellos personalmente imputables en cuanto a la responsabilidad patrimonial que puedan proyectar y no a la República Bolivariana de Venezuela”.

Como quiera que el criterio para estimar la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso que nos ocupa se extrae de la normativa contenida en dos textos constitucionales, que son: la Constitución de 1961 vigente en el momento en que ocurrió el hecho ilícito que causa los daños y perjuicios materiales y morales

demandados contra la República; y la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, bajo cuya vigencia los causahabientes de la víctima han demandado la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, a este respecto; la Sala estima que se hace conveniente dilucidar previamente el marco normativo conforme al cual deben estar referidos con certeza los criterios de interpretación de la responsabilidad patrimonial del Estado extraídos de la normativa constitucional a los fines de determinar el alcance y grado de continuidad de la responsabilidad patrimonial que corresponde al Estado venezolano en los hechos *sub examine*, y una vez establecido lo cual, determinar el criterio que debe prevalecer en la jurisprudencia.

La Constitución de 1961 reconocía la responsabilidad patrimonial del Estado en el Título III De los Deberes, Derechos y Garantías estableciendo en el artículo 47: “artículo 47. En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública”. Y el artículo 206 del mismo texto constitucional, dispuso en su aparte segundo: “...Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, acorde con el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia proclamado en su artículo 2, y en correlación con el carácter de gobierno responsable que los artículos 6 y 141 *ejusdem* atribuyen al Estado administrador, consagra un sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, y así se recoge en la Exposición de Motivos cuando se señala expresamente que: “...se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones”. Es así, como los artículos 25,29, 30,140, 259, 46 numeral 4, 49 numeral 8, 115,139, 141,199, 216, 222, 232, 244, 255, 281, y 285 de la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela permiten configurar el régimen básico de responsabilidad integral del Estado venezolano, el cual abarca todos los daños ocasionados por cualesquiera sea la actividad derivada del ejercicio del Poder Público.

Es de observar, que el constituyente de 1999 no limitó (como hubiera podido hacerlo tratándose del cambio de régimen constitucional) en su normativa ni en las de las Disposiciones Transitorias la responsabilidad del Estado por hechos acaecidos bajo la vigencia de la Constitución anterior de 1961. En cambio, en la Constitución de 1961, el constituyente con la redacción en sentido negativo del artículo 47, y la calificación de “autoridades legítimas en el ejercicio de sus cargos” para condicionar la responsabilidad del Estado, dio lugar para exonerar de responsabilidad al Estado en el caso de las reclamaciones por los hechos dañosos en los que hubieran incurrido los funcionarios del régimen regido por la Constitución de 1953; y en tal sentido, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia aplicó la normativa contenida en la Constitución de 1953 y no en cambio la del artículo 47 de la Constitución de 1961, para eximir de responsabilidad al Estado frente a los daños causados por las torturas físicas infringidas por agentes de la Seguridad Nacional durante el gobierno de facto que culminó en 1958 (sentencia del 5 de febrero de 1964 caso W. Ribeiro contra la Nación).

Ahora bien, no existiendo ruptura en la continuidad constitucional de la Constitución de 1961 y la sucesiva de 1999; ni existiendo tampoco en la vigente Constitución de 1999 ninguna limitación ni restricción en cuanto al régimen de responsabilidad del Estado, habría de aplicarse *in integrum* al caso que nos ocupa, el régimen de responsabilidad contenido en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, siendo impropio y contrario a lo establecido en el artículo 7 *eiusdem* restringir (hasta hacerlo nugatorio) el alcance de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con la aplicación *ratione temporis* de los presupuestos jurídicos de la Constitución de 1961 como adolece la motivación de la sentencia de fecha 15 de mayo de 2001 objeto de revisión; máxime, cuando se dejó determinado en la sentencia que la acción de reclamación no estaba prescrita para desvirtuar la oposición de la representación de la República. Tampoco resulta procedente el análisis comparativo que hace la Sala Político Administrativa de los preceptos en referencia de las Constituciones de 1961 y de 1999 para asimilar como iguales los dos regímenes de responsabilidad del Estado contenidos en ambas Constituciones. Ambos regímenes de responsabilidad no pueden ser equiparables por cuanto el modelo de Estado que adopta la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela proclamado como Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia no es el mismo modelo que enmarcó la anterior Constitución de 1961. En el marco constitucional de 1961 se regulaban los derechos públicos de los ciudadanos dentro del sistema político; en cambio, en la Constitución de 1999 se contemplan los derechos de los ciudadanos como derechos sociales; es decir, en su modo de estar en la sociedad, y no como modos de estar en el sistema político del Estado (cfr. Alarcón Reyes, Manuel El Marco Económico y Social en el Constitucionalismo Democrático en el Dialogo Social y su Institucionalización en España e Iberoamérica. Madrid. CES.1998). De tal manera que es criterio de la Sala que los supuestos jurídicos del régimen de responsabilidad objetiva excluyen *per se* los supuestos jurídicos del régimen anterior establecido en la Constitución de 1961; y así ha de ser entendido en la jurisprudencia sobrevenida.

Distinto es, que la Sala Político Administrativa hubiese en cambio apreciado según su sabio criterio para estimar los modos de reparación que más idóneos le parezcan para resarcir el daño, o para fijar la cuantía de la reparación solicitada la cual no puede constituir fuente de lucro para los damnificados; y hasta por razones de equidad con el Estado, bien podría el juzgador considerar que el hecho ilícito que causó la reclamación indemnizatoria y la reparación del perjuicio ocurrió bajo la vigencia de la Constitución anterior de 1961, que los agentes policiales cumplieron condena penal, y otros elementos de valoración como sería por ejemplo, auxiliarse de los parámetros con los que la jurisprudencia sancionaba la responsabilidad del Estado en el marco de la Constitución de 1961; pero la desaplicación sin justificación de la nueva normativa constitucional que fundamenta la reclamación indemnizatoria, justamente para negar la responsabilidad objetiva del Estado, afectó indudablemente las garantías constitucionales del debido proceso (artículo 49) y de la tutela efectiva (artículo 26) de los accionantes.

En efecto, esta incertidumbre en el marco de referencia legislativo que es contraria al Estado de Derecho, se evidencia de los párrafos de la motivación de la sentencia que a continuación se extraen:

“...En tal sentido, lo que se impone no es abandonar por completo los criterios de culpabilidad, ni de excluir de límites a los criterios objetivos, sino yuxtaponer éstos con las tendencias modernas, a fin de armonizar el sistema de la responsabilidad de la Administración Pública. Surgen así las siguientes precisiones que realiza la Sala: No obstante las exaltadas tendencias de la doctrina moderna, dirigidas a ampliar (algunas veces en extremo) la responsabilidad de la administración pública, en garantía de los derechos ciudadanos y basadas en el elemento reparabilidad del daño, abandonándose el elemento culpabilidad; subsisten, acertadamente, los criterios que

distinguen la falta personal de la falta de servicio. Ese contexto expresa así, una armónica asociación o yuxtaposición de tales criterios o teorías...Se impone, por lo tanto, para establecer la señalada diferencia, explorar la voluntad, incluso el ánimo (actitud subjetiva) del agente público al momento de ejecutar el hecho (su acción), y si en ésta prevalece la acción dañosa, el propósito delictivo, la falta es personal...” (Folio 46 de la sentencia).

Más adelante se destaca:

“... Por otra parte, cabe destacar que del espíritu del Constituyente se deriva la voluntad de consagrar un *sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado*, que abarca los daños ocasionados por cualquiera actividad derivada del ejercicio de las funciones prestadas por los órganos del Poder Público. Pero, no obstante todo lo anterior, en similar sentido a lo que expresaba la Constitución de 1961, la premisa impretermitible es precisamente, que el daño sea producto o con ocasión de la prestación del servicio, es decir, que se revele incuestionablemente que se está cumpliendo las funciones inherentes al servicio público de que se trate, y que tal ejercicio es el que ha causado el daño...” (Folio 52 de la sentencia)

De convalidarse los criterios expuestos en la motivación de la sentencia se haría nugatorio el nuevo régimen constitucional de responsabilidad patrimonial del Estado venezolano. Si observamos que de la lectura de los artículos 30 y 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se infiere que la Constitución Bolivariana de Venezuela adopta el régimen integral de responsabilidad del Estado, no cabe duda que dicha responsabilidad debe ser apreciada de manera objetiva descartándose la culpa del funcionario como fundamento único del sistema indemnizatorio; y además, al encontrarse tipificado el hecho ilícito que causa la reclamación de indemnización como violación del derecho humano a la vida, el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sanciona expresamente al Estado con la obligación de indemnizar integralmente a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios. No obstante, se observa que la Sala Político Administrativa dejó de aplicar sin justificación el artículo 30 de la Constitución de 1999, cuyo presupuesto jurídico -aún cuando no estuvo expresamente contemplado en la Constitución de 1961-, forma parte de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (18 de julio de 1978) vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito que causa la reclamación ; y cuya normativa resulta implícita en el régimen de responsabilidad patrimonial que el Estado venezolano asume constitucionalmente sin solución de continuidad, y como tal debió ser aplicado por el juzgador.

El carácter determinante de la responsabilidad objetiva del Estado que se deriva de los artículos 30 y 140 de la Constitución vigente de 1999 constituiría una hipótesis nunca verificable si se vincula la culpa personal del funcionario a la culpa en el servicio para exonerar de responsabilidad al Estado; y aún más, con el mismo criterio de responsabilidad subjetiva que utiliza la sentencia objeto de revisión, resultaría también nunca verificable el presupuesto jurídico previsto en el artículo 47 de la Constitución de 1961 porque justamente es la culpa personal del funcionario (agentes de policía) como variable independiente, lo que hace presumir la culpa en el servicio ya que revela un funcionamiento defectuoso del sistema policial puesto en evidencia, por el solo hecho de que la ocasión, los medios y los instrumentos de la actividad culposa o delictiva del funcionario han sido puestos a disposición de los culpables por el servicio público de policía.

La sentencia objeto de revisión dejó asentado que: “...indubitablemente los daños causados son atribuibles, en cuanto a la responsabilidad, personalmente a los funcionarios que cometieron los hechos delictivos. Contundentemente quedó demostrado en el juicio penal, lo cual se ratificó del acervo probatorio del presente juicio, la autoría de los agentes de policía adscritos al denominado Grupo Gato, del

hecho criminal que culminó con la muerte (homicidio) del ciudadano Carmona, sin que se evidencie alguna razón que permita concluir que estuviesen en cumplimiento de una función pública. Por el contrario, lo que quedó acreditado es que no estaban en ejercicio de la misma... (*omissis*).

Es definitivo que tuvo fuerza demostrativa en el presente juicio una serie de elementos probatorios e indicios que condujeron a poner en evidencia que fue una conducta de terceros (en nuestro caso, agentes policiales) quienes no estaban en cumplimiento del servicio público de policía, los que ocasionaron los hechos dañosos, por lo que es a ellos personalmente imputable en cuanto a la responsabilidad patrimonial que puedan proyectar y no a la República Bolivariana de Venezuela” (folios 58, 59 y 60 de la sentencia).

A juicio de esta Sala Accidental Constitucional, de tal razonamiento no puede colegirse que quede desvirtuada la responsabilidad del Estado; todo lo contrario, porque en todo caso si la culpa del funcionario es independiente del servicio público, el servicio no es ajeno al funcionamiento anormal o ilícito. En efecto, los hechos culposos de los funcionarios policiales no pueden considerarse como desprovistos de cualquier vínculo con el servicio especial de policía que usualmente prestaban dichos agentes para eximir de responsabilidad a la República, ya que no se puede descartar que el servicio especial de policía haya creado las condiciones para la realización del hecho ilícito, y la producción de sus consecuencias perjudiciales.

Claro está, que un régimen de responsabilidad objetiva del Estado no puede ser apriorístico y tener los efectos de una presunción *iure et de iure* a favor de los particulares, ya que pudiera ocurrir que la acción ilícita o delictual del funcionario público no gravara la responsabilidad del Estado pero solo y siempre cuando quedare evidenciado que el móvil y circunstancias del delito quedaron limitadas al ámbito íntimo y personalísimo del funcionario; o también, cuando existieren causas de inimputabilidad penal como son el estado de necesidad y la legítima defensa.

De otra parte, es menester señalar que el reconocimiento constitucional de la responsabilidad objetiva del Estado según se deriva de los artículos 30 y 140 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, no sustituye la responsabilidad subjetiva o personal del funcionario culpable, la cual se encuentra prevista en forma independiente y específica en los artículos 25 y 139 *eiusdem*; razón por la cual, podría el juzgador admitir la acumulación de responsabilidades resultante de un cúmulo de culpas; y hasta de una separación y repartición de las cargas reparatorias entre la entidad pública y los funcionarios culpables, con la consecuente subrogación de derechos de repetición a favor del Estado o del funcionario culpable según sea el que haya sido condenado a indemnizar efectivamente a la víctima o sus derechohabientes; y aún, podría el juzgador regular la existencia y la proporción del derecho de repetición. Esta solución ha venido prevaleciendo en la jurisprudencia francesa desde el fallo Laruelle del 28 de julio de 1951. La jurisprudencia francesa sentencia, que el juez contencioso-administrativo es así conducido a hacer apreciaciones precisas y complejas sobre la parte de responsabilidad de cada uno, teniendo en cuenta la naturaleza de sus funciones, su rango en la jerarquía, sus obligaciones de servicio y el papel desempeñado en la operación dañosa.

El perjuicio reparado en su integridad subrogaría al Estado en los derechos de las víctimas contra el autor del acto dañoso, tal como se encuentra previsto en los artículos 25 y 30 (*parte in fine*) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y en el artículo 34 de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Erradicada así la impunidad, mediante el sistema reparatorio solidario, el Estado se legitima frente a los ciudadanos como “un organismo ético-jurídico”, y se mantendría en los servidores públicos el sentimiento de la responsabilidad personal sin privarse a las víctimas de una reparación integral del perjuicio sufrido porque no habría que olvidar en justicia, que es más factible demostrar la culpa del subalterno o del ejecutor del mandato ilícito que la del funcionario situado en la cima de la jerarquía administrativa.

Las anteriores consideraciones no impiden que por una ley regulatoria a la cual remite el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Estado venezolano pueda autolimitar la responsabilidad objetiva a la que sujeta la normativa constitucional el ejercicio de la función pública, ya que esta responsabilidad ni se rige por los principios establecidos en el Código Civil para la regulación de las relaciones horizontales de particular a particular, ni puede ser general o absoluta. Más aún, en aplicación de los principios de transparencia y responsabilidad en el ejercicio de la función pública postulados en el artículo 141 de la Constitución vigente, la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado debe tener sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio, y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados de los ciudadanos.

Una ley regulatoria evitaría asegurar a los funcionarios culpables una impunidad excesiva en detrimento patrimonial del Estado, y evitaría reducir el celo que el funcionario público debe poner en el cumplimiento de su función; pero mientras este marco legal regulador no exista, la construcción jurisprudencial debe corresponder a las medidas de "otra naturaleza" a las cuales se refiere el segundo párrafo del artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y atender a la progresividad de los derechos constitucionales reconocidos al ciudadano, tal como se encuentra prescrito en el artículo 19 *ejusdem*.

La consagración con rango constitucional de un régimen amplio, integral y objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado constituye, en opinión de esta Sala Accidental Constitucional, una manifestación indudable de que dicho régimen se erige como uno de los principios y garantías inherentes a todo Estado de Derecho y de Justicia, en el que la Administración, a pesar de sus prerrogativas, puede ser condenada a resarcir por vía indemnizatoria los daños causados a los administrados por cualquiera de sus actividades.

De allí que difiera esta Sala del criterio expresado por la Sala Político-Administrativa en la sentencia objeto de revisión cuando expresa que la responsabilidad extracontractual de la Administración debe ser interpretada bajo criterios restringidos a objeto de evitar generalizaciones que lleven a la Administración a asumir la responsabilidad de todas las situaciones de daño y afecten el erario público. Antes bien, considera esta Sala Constitucional que tratándose la responsabilidad patrimonial del Estado de una garantía constitucional inherente a todo Estado de Derecho, consagrada a favor del particular afectado por la conducta administrativa dañosa, la misma debe ser interpretada por los jueces en forma progresiva y amplia, a favor del administrado.

Del análisis de la normativa constitucional vigente, infiere esta Sala que la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño.

En cambio, la Sala Político-Administrativa haciendo una interpretación restringida del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y dando mayor relevancia al carácter subjetivo de la conducta de los agentes involucrados y a la integridad del erario público por sobre el carácter objetivo que la Constitución confiere a la responsabilidad del Estado, -criterio respecto del cual esta Sala Accidental Constitucional ya manifestó su desacuerdo-, consideró que los agentes públicos cometieron el hecho dañoso impulsados por razones de odio, venganza y enemistades, actitudes éstas de marcada naturaleza dolosas que no se corresponden con la prestación del servicio de policía y que excluyen, por tanto, la responsabilidad del Estado, por tratarse del hecho de terceros; llegándose a señalar en la sentencia, que las conductas dolosas de los agentes excluyen la responsabilidad de la

Administración incluso cuando éstos hubieren estado en aparente ejercicio de la función pública o actuando con ocasión de la misma ( folio. 87 de la sentencia).

Ahora bien, además de insistir en que la interpretación efectuada por la Sala Político-Administrativa para arribar a la conclusión precedentemente expuesta no resulta cónsona y acorde con la intención del Constituyente al consagrar la responsabilidad del Estado como una garantía a favor del particular; observa esta Sala que la existencia de una falta personal del funcionario no excluye directamente la responsabilidad del Estado, pues cuando esa falta concurra con el servicio o no esté totalmente desligada del mismo compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En ese sentido, trasladando las consideraciones precedentes al caso concreto, esta Sala observa que del análisis del acervo probatorio se desprenden indicios suficientes que la llevan a la convicción de que el hecho dañoso que culminó con el homicidio del ciudadano Ramón Carmona Vásquez fue ejecutado por los agentes involucrados valiéndose y aprovechándose de los medios, instrumentos y poderes que su condición de funcionarios prestadores del servicio de policía les brindaba. Concretamente, los funcionarios se sirvieron del vehículo que era propiedad del Estado, de las armas que como funcionarios policiales tenían asignadas y de su posición dentro del organismo policial con el fin de establecer tácticas dirigidas al desvío de las investigaciones.

Estas circunstancias constituyen, en criterio de esta Sala, razones más que suficientes para afirmar que el hecho dañoso cometido por los agentes públicos involucrados no estuvo desprovisto de todo vínculo con el servicio de policía, a cuya prestación con parámetros medios de calidad estaba obligada la Administración, a tenor de lo establecido en el ordinal 6 del artículo 156 de la Constitución, razón por la cual estima esta Sala que el Estado si resulta responsable por los daños derivados del homicidio del ciudadano Ramón Carmona Vásquez, cometido por agentes de policía.

Así se declara.

La relevancia del derecho fundamental lesionado se haya reconocido en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, que de conformidad con el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tienen jerarquía constitucional. Así, en el artículo 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el cual establece que *«toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente»*. De igual forma el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que *«todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona»*.

Ahora bien, considera esta Sala que el respeto de este derecho humano fundamental exige a todos los órganos del poder público, incluyendo los del poder judicial, orientar su actuación no sólo a garantizar la integridad de la vida de las personas, sino también a asegurar y garantizar que el Estado responda e indemnice los daños que en violación de ese derecho hubiere causado.

La posición asumida por esta Sala se ve ratificada además por la disposición contenida en el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece en forma directa la obligación del Estado venezolano *«de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos que le sean imputables, o a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios»* (resaltado de esta Sala). La consagración constitucional de esta obligación del Estado constituye, según se expresa en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *«una consecuencia del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado reconocido por la Constitución (...)»*.

La previsión de esta obligación del Estado como una consecuencia del principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lleva a esta Sala a ratificar que

los órganos del Poder Público, incluidos los del Poder Judicial, deben dirigir su actuación a garantizar que dicha indemnización se haga efectiva, en caso de ser procedente. Ello se desprende además de la propia norma constitucional que conmina al Estado a adoptar «*las medidas legislativas y de otra naturaleza para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo (...)*». Si bien reconoce esta Sala que dichas medidas legislativas no ha sido dictadas, es lo cierto que el carácter directo y normativo de la Constitución obliga a todos los órganos del Poder Público a que, en ausencia de tales medidas, adopten los mecanismos necesarios -dentro de los límites de su competencia- para garantizar que las víctimas de violaciones de derechos humanos imputables al Estado sean efectivamente resarcidas por los daños causados.

Todas estas consideraciones llevan a esta Sala a concluir, analizado como ha sido el fallo recurrido, que el razonamiento que informa la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa el 15 de mayo de 2001, no resulta compatible con los principios consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que prevén el establecimiento de un régimen amplio, integral y objetivo de la responsabilidad del Estado que se erige en garantía de los particulares frente a las actuaciones dañosas de la Administración.

No puede considerarse, en criterio de esta Sala, que la intención del Constituyente haya sido la de erigir la responsabilidad del Estado como una garantía prevista a favor de la Administración, y en protección del erario público. Por el contrario, su consagración constitucional en términos expresos, directos y objetivos exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido progresista a favor del administrado, como corresponde a toda garantía constitucional en un modelo de Estado de Derecho y de Justicia como el proclamado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

En ejercicio de esa interpretación progresiva, encuentra esta Sala que en el caso concreto de autos, existe responsabilidad del Estado venezolano por los daños derivados del homicidio del ciudadano Ramón Carmona Vásquez, a manos de agentes públicos de policía, lo cual deriva del hecho cierto e incontrovertible de la muerte causada al referido ciudadano; y la circunstancia de que, tal como se desprende del acervo probatorio cursante en autos, el hecho dañoso fue cometido por agentes de policía al servicio del Estado, valiéndose de los medios e instrumentos y poderes (i.e. vehículos, armas, uso de tácticas dirigidas al desvío de las investigaciones, etc.) que su condición de funcionarios prestadores del servicio de policía les brindaba. Así se decide.

En consecuencia, corresponde a la Sala Político Administrativa en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 259 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, y según su apreciación soberana derivada del examen de la naturaleza del perjuicio ocasionado, y valorando según los diversos aspectos en los que aparece demostrada, la valoración de los daños patrimoniales reclamados, y estimar los modos de reparación que más idóneos le parezcan para resarcir los daños reclamados por los causahabientes del ciudadano Ramón Oscar Carmona Vásquez, una vez que se ha dejado aquí establecida la responsabilidad del Estado venezolano en el homicidio del ciudadano Ramón Oscar Carmona Vásquez cometido por funcionarios públicos adscritos al entonces Cuerpo Técnico de Policía Judicial el día 28 de julio de 1978.

Esta Sala Accidental Constitucional considera irrelevante entrar a conocer de los vicios de forma de la sentencia que denuncian los accionantes por cuanto la violación a las garantías constitucionales que de ellas pudiera derivarse han sido efectivamente restituidas con el conocimiento del fondo del asunto, todo en consonancia con el fin prescrito en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

VI

DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Constitucional Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO: PROCEDENTE el recurso de revisión interpuesto por los ciudadanos GLADYS JOSEFINA JORGE SAAD (Vda.) DE CARMONA y RAMON OSCAR CARMONA JORGE asistidos por los Abogados LUISA AMELIA CARRIZALES, EFREN LOPEZ DEL CORRAL, CARLOS KARIM MASRIE y JORGE BAHACHILLE MERDENI, antes identificados.

SEGUNDO: ANULA la sentencia dictada el 15 de mayo de 2001 por la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, por ser contraria a los principios constitucionales consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que prevén el establecimiento de un régimen integral y objetivo de la responsabilidad del Estado que se erige en garantía de los particulares frente a las actuaciones dañosas de la Administración. En consecuencia, se ORDENA remitir el presente expediente a la Sala Político-Administrativa a fin de que, declarada como ha sido por esta Sala Constitucional la responsabilidad del Estado Venezolano por el homicidio del ciudadano Ramón Carmona Vásquez, en manos de agentes policiales a su cargo, determine según su apreciación soberana y su prudente arbitrio, el resarcimiento de los daños materiales y morales susceptibles de estimación materialmente valuable causados a los ciudadanos GLADYS JOSEFINA JORGE SAAD (VDA) DE CARMONA, RAMÓN OSCAR CARMONA JORGE, CARLOS EDUARDO CARMONA JORGE Y OSWALDO JOSÉ CARMONA JORGE, en su condición de derechohabientes de la víctima ciudadano RAMÓN OSCAR CARMONA VASQUEZ. Así también, se ORDENA notificar a la Procuraduría General de la República en su condición de representante de los intereses patrimoniales de la República.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Remítase el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional (Accidental) del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 19 días del mes de noviembre de dos mil dos (2002). Años 191º de la Independencia y 142º de la Federación.

El Presidente,

**ANTONIO J. GARCÍA GARCÍA**

El Vicepresidente,

**PEDRO BRACHO GRAND**

Los Magistrados,

**CARMEN ZULETA DE MERCHAN**

**LEONCIO LANDAEZ OTAZO**

Ponente

**RAFAEL BADELL MADRID**

Conjuez

El Secretario,

**TITO DE LA HOZ GARCÍA**

Exp. N° 01-1532 CZdM/

**Debido proceso y defensa, libertad personal y presunción de inocencia, situación de indefensión.**

**Síntesis Jurídica:** En fecha 06/12/2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró CON LUGAR el Amparo Constitucional ejercido por Ramón Carmona García, Juan Paredes y Carín González contra las sentencias dictadas por la Corte Marcial en fechas 04/05/ y 05/06/2001, las cuales confirmaron una sentencia condenatoria dictada en primera instancia y negaron la solicitud de medida cautelar de libertad de los imputados realizada por el Fiscal Superior de la jurisdicción del Consejo de Guerra Permanente de Caracas. En este caso, la Sala consideró que los referidos fallos contravinieron el deber de imparcialidad del Juez Natural, previsto en el Artículo 26 de la Constitución, en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, violentándose así, los derechos al Debido Proceso y a la Defensa, así como, a la libertad personal y presunción de inocencia, lo que condujo a una situación de indefensión de los quejosos. Por tales razones, la Sala ordenó la reposición de la causa al estado de que sea dictada nueva decisión de alzada y, que una vez constituido el Tribunal natural, éste se pronuncie sobre la solicitud de la medida cautelar antes mencionada.

**Síntesis de los hechos:** La Corte Marcial, mediante sentencia de fecha 28/07/1.999, condenó a los ciudadanos Ramón Carmona García, Juan Paredes y Carín González por el delito sustracción de efectos pertenecientes a las Fuerzas Armadas Nacionales en grado de continuidad. Dicho fallo fue anulado por la Sala de Casación Penal en sentencia del 16/02/2001 y ordenó a la Corte Marcial dictar un nuevo fallo, el cual fue emitido el 05/06/2001. Anteriormente, el 04/05/2001, la Corte Marcial negó la solicitud de sustitución de la medida cautelar de privación de libertad requerida por los imputados, ante lo cual, los mencionados ciudadanos interpusieron acción de amparo que fue declarada Con Lugar por la Sala Constitucional debido a que la se violentaron derechos humanos y constitucionales.

## **SALA CONSTITUCIONAL**

Magistrado Ponente: PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

El presente proceso tiene, como objeto jurídico, el amparo constitucional, demandado por los ciudadanos **RAMÓN ROSARIO CARMONA GARCÍA, JUAN CARLOS PAREDES RODRÍGUEZ y CARÍN JOSÉ GONZÁLEZ SALAZAR**, mediante su apoderado judicial, el abogado Hadiee Ronald Valero Camargo, de sus derechos constitucionales, previstos en los artículos 44 y 49, cardinales 2 y 3, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como de las garantías legales establecidas en los artículos 8, 9, 252, 253 y 256 del Código Orgánico Procesal Penal; 7, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 24 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, presuntamente violados por los fallos: 1º) de 05 de junio de 2001, dictado por la Corte Marcial, por el cual confirmó, en reenvío, la sentencia condenatoria pronunciada, en primera instancia, el 14 de diciembre de 1997, contra los quejosos de autos, por la comisión del delito de sustracción de efectos pertenecientes a las Fuerzas Armadas, descrito en el artículo 570, cardinal 1, del Código Orgánico de Justicia Militar, 2º) de 4 de mayo de 2001, dictado por la Corte Marcial, por la cual declaró sin lugar las solicitudes de libertad de los demandantes, presentadas por el Fiscal Superior de la jurisdicción del Consejo de Guerra Permanente de Caracas y la Defensora Pública del procesado Carín José González Salazar. Fundaron los demandantes su acción de amparo constitucional:

1º) Respecto de la sentencia de 05 de junio de 2001, en la circunstancia de que dicha decisión, dictada para sustituir la que resultó casada, y esta última, fueron pronunciadas por una Corte Marcial constituida, para ambos casos, por los mismos jueces, lo cual, sumado al tiempo que ha durado su proceso penal, habría violado el derecho fundamental de los demandantes a ser juzgados en un tiempo razonable y por jueces imparciales, manifestación concreta del derecho al debido proceso contenido en el artículo 49.3 de la Constitución;

2º) En lo que concierne a la decisión de 04 de mayo de 2001, por cuanto la decisión de mantenerlos bajo medida cautelar privativa de libertad infringió lo dispuesto en el artículo 253 del Código Orgánico Procesal y violó sus derechos fundamentales a la libertad personal, reconocido en el artículo 44 de la Constitución, a la presunción de inocencia, contenido en el artículo 49.2, *eiusdem*, por cuanto la prolongación de dicha medida, por un tiempo mayor que el permitido por la ley, convierte a la misma en un cumplimiento anticipado de pena y, por consecuencia, los referidos accionantes están siendo tratados como culpables.

El 15 de noviembre del presente año tuvo lugar la audiencia oral y pública ordenada en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a efectos de lo cual se constituyó la Sala Constitucional y comparecieron los accionantes y su apoderado judicial, el Dr. Hadiee Ronald Valero; asimismo, la Dra. Luisa Virginia González, en representación del Ministerio Público, y quedó registrada la no comparecencia del Presidente de la Corte Marcial. Oída como fue la exposición del apoderado judicial de los demandantes, así como la de la representación fiscal, la Sala, para decidir, observa:

**1. Consta en autos que, en su decisión de 16 de febrero de 2001, la Sala de Casación Penal de este Máximo Tribunal anuló la sentencia dictada, el 28 de julio de 1999, por la Corte Marcial, actuando como órgano de alzada, dentro del proceso seguido, entre otros, a los accionantes de autos, quienes resultaron condenados por la comisión del delito de sustracción de efectos pertenecientes a las Fuerzas Armadas Nacionales, en grado de continuidad. En dicho fallo, la Sala de Casación Penal ordenó, a la Corte Marcial, dictar nueva sentencia “*con prescindencia de los vicios que dieron lugar a la presente nulidad*”. En ejecución del fallo de Casación, la Corte Marcial dictó sentencia nuevamente el 05 de junio de 2001, oportunidad procesal en la cual quedó confirmado el fallo condenatorio que, el 14 de diciembre de 1999, pronunciara el Consejo de Guerra Permanente de Caracas.**

Ahora bien, observa esta Sala que, tanto la decisión que resultó casada como la que, por consecuencia de dicha nulidad, hubo de ser dictada por la Corte Marcial, aparecen suscritas por los mismos jueces e, incluso, por la misma Secretaria. Tal actuación de los integrantes del referido órgano jurisdiccional infringió el deber de imparcialidad, que es característica del juez natural, como lo ha dejado establecido previamente este Máximo Tribunal, e impuesto, entre otros, por los artículos 26 de la Constitución, XXVI de la vigente Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, y 8.1 de la igualmente vigente Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Por consiguiente, configuró una evidente violación del derecho constitucional al debido proceso, en los términos del artículo 49 de la Constitución, en concordancia con el artículo 26 *eiusdem*; infracción que condujo, necesariamente, a una situación de indefensión de los quejosos de autos, cuyas posibilidades de defensa procesal resultaron seriamente menoscabadas frente a quienes los habían pronunciado, previamente, culpables. Por tal razón, la Sala estima que resultó igualmente violado el derecho constitucional al debido proceso, en su particular

manifestación del derecho a la defensa, reconocido en el artículo 49.1 de la Constitución.

**2. Consta, igualmente, en las presentes actuaciones, que la presente demanda de amparo constitucional fue presentada contra la precitada sentencia de la Corte Marcial, pronunciada el 04 de mayo de 2001, denunciada, por la parte actora como violatoria, en su perjuicio, del derecho fundamental a la libertad personal, previsto en el artículo 44 de la Constitución. Ello, por cuanto la Corte Marcial, con base en una alegada presunción de improcedencia derivada de la falta de pronunciamiento, al respecto, por parte de la Sala de Casación Penal, negó la sustitución de la medida cautelar privativa de libertad por una menos gravosa, solicitada, en favor de los legitimados activos, por el defensor de uno de ellos y por el Fiscal Superior actuante en el Consejo de Guerra Permanente de Caracas.**

Al efecto, la Sala observa que la referida sentencia del 04 de mayo de 2001, dictada por la Corte Marcial de la República, adolece de los mismos vicios que dieron lugar a que previamente se declarara con lugar la demanda de amparo que se intentó contra la sentencia del 05 de junio del presente año, por lo cual queda anulada igualmente la señalada decisión y se ordena que, una vez constituido el Tribunal natural que conocerá del presente caso, se pronuncie sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Por los razonamientos que han quedado expuestos, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **CON LUGAR** la demanda de amparo constitucional ejercida por los ciudadanos **RAMÓN ROSARIO CARMONA GARCÍA, JUAN CARLOS PAREDES RODRÍGUEZ** y **CARÍN JOSÉ GONZÁLEZ SALAZAR**, contra las sentencias dictadas por la Corte Marcial, antes señaladas; en consecuencia, declara la nulidad de los referidos fallos y **ORDENA**: 1º) La reposición de la precitada causa penal al estado de que sea dictada nueva decisión de alzada, con estricta observancia del contenido del presente fallo; 2º) Que una vez constituido el Tribunal natural, éste se pronuncie sobre la procedencia o improcedencia, conforme a la ley, de la medida cautelar solicitada.

Publíquese, regístrese y devuélvase el expediente.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 06 días del mes de DICIEMBRE de dos mil uno. Años 191º de la Independencia y 142 de la Federación.

El Presidente,  
IVÁN RINCÓN URDANETA  
El Vicepresidente,  
JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO  
JOSE MANUEL DELGADO OCANDO  
Magistrado  
ANTONIO JOSÉ GARCÍA GARCÍA  
Magistrado  
PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ  
Magistrado-Ponente  
El Secretario,  
JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO  
PRRH.sn.ar.  
EXP. 01-1710