



Noviembre  
**2020**

# Boletín de **JURISPRUDENCIA** **Nº13**

Elaborado por



## **ADePRA**

Asociación Civil de Magistrados y Funcionarios del Ministerio  
Público de la Defensa de la República Argentina

# INDICE

## I. REPÚBLICA ARGENTINA

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

#### I.1.1.- “FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS. ARGENTINA”, CORTE IDH, 01/09/2020.

Detenciones y requisa ilegales y arbitrarias. Derecho a la libertad personal. Igualdad ante la ley. Prohibición de discriminación. Protección de la honra y la dignidad de las personas. Protección de la vida privada. Tutela judicial efectiva. Insuficiencia normativa. Control de convencionalidad..... 10

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

#### I.2.2.- “H. C. N. y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: H. C. N. y otros c/ GCBA y otros s/ incidente de apelación, TSJ CABA, 11/2/2020

Derecho a la vivienda. Discapacidad. Derechos del niño. Derecho a la salud. Condiciones dignas de habitabilidad. Protección integral de la familia..... 17

#### I.2.2.- “A., C. S. c/EN – M° Interior y Transporte – CONARE s/ proceso de conocimiento” (Causa No.: 75.482/15), CCAFed Sala II, 11/08/2020.

Carácter humanitario de la condición de refugiado. Nulidad de acto administrativo. .... 19

#### I.2.3.- CAPCF CABA, “G., O. A.”, 22/05/19

Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar, Embargo, violencia de género, cuota alimentaria..... 22

#### I.2.3.- “D. F. s/ abrigo”, Juzgado de Familia N° 2 de Mercedes Provincia de Buenos Aires, 29/10/2019.

Medida de Abrigo, adoptabilidad del niño..... 24

# INDICE

## II. REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

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

Paulo Henrique Sales Silva, Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo (Br) Comarca de Sao Paulo, Foro Regional II – Santo Amaro, 15ª Vara Civil, 20/08/2020.

Derecho al Nombre. Derecho a la Identidad. Derechos a la Dignidad e individualidad Art. 18 CADH. CIDH OC 24/2017. Derechos personalísimos. Constitución de Brasil art. 1, III. ....26

En portugués: “Paulo Henrique Sales Silva”, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA DE SÃO PAULO FORO REGIONAL II - SANTO AMARO 15ª VARA CÍVEL, 20/08/2020.

Classe - Assunto Retificação ou Suprimento ou Restauração de Registro Civil - Retificação de Nome Requerente. ....27

### II.2.- DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE BRASIL

II.2.1.-: Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinario Federal. Extranjero - Expulsión – hijo brasileiro- soberanía nacional versus familia, 25/6/2020.

Hábeas Corpus. Expulsión extranjeros. Recurso Extraordinario Federal. Derechos del niño. Convención sobre los Derechos del Niño. Constitución Federal Brasileira. Declinación de soberanía. Defensa Pública Federal. Amicus curae. ....30

En portugués: **É vedada a** expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório. ....32

II.2.2.- Supremo Tribunal Federal, Comunidad indígena Pataxó

# INDICE

**de Ponta Grande durante el período de Pandemia de Covid 19, 02/09/2020.**

Amparo. Comunidades Indígenas. Derechos originarios. Derecho al medio ambiente. Derechos culturales de los pueblos originarios. Pandemia Covid 19. Derecho a la salud. Derechos fundamentales de grupos vulnerables. Constitución de Brasil. Desalojo. ....33

En portugués: Supremo Tribunal Federal suspende a reintegração de posse em desfavor Comunidade Indígena Pataxó de Ponta Grande durante o período da pandemia de Covid19, 02/09/2020.....34

**II.2.3.- “Decreto Presidencial Nº 9831/2019” “Mecanismo Nacional de Combate y Prevención de la Tortura”, Tribunal Regional Federal de la 2da Región (Rio de Janeiro), 15/08/2019.**

Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Derechos humanos. Cárceles. Legitimación de la Defensa Pública-legitimación-garantía del sistema republicano. Constitución de Brasil .....35

En portugués: Decisão judicial anula efeitos de decreto presidencial Nº 9831/2019 que extinguiu cargos remunerados de perito do Mecanismo Nacional de Combate e Prevenção à Tortura. ....37

## III. REPÚBLICA DE CHILE

### III.1.- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA DE CHILE

**III.1.1.- “CS 2020.06.15 ROL 30709-20”, Corte Suprema de la República de Chile, 15/06/2020.**

Violación de domicilio. Autorización judicial. Exclusión de prueba. Funcionarios públicos. Estupefacientes. Registro domiciliario.....38

## INDICE

### III.1.2.- “ROL N° 33.721-2019”, Corte Suprema de Justicia de la República de Chile -Sala Segunda, 10/03/2020.

Agente Revelador. Autorización Fiscal Previa. Prueba Ilícita. Debido Proceso. Nulidad..... 39

### III.2.- ASOCIACIÓN DE DEFENSORES PÚBLICOS PENALES DE CHILE (ADPP)

#### III.2.1.- “Causa Nro. 20878/19 seguida contra Soto Hernández, J.L”, Corte Suprema de la República de Chile Segunda Sala, 29/07/2019. Finalidad de la imposición de la pena. Interés Superior del Niño.

Artículo 40.1 de la Convención de los Derechos del Niño. Ley Nro. 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente. Inaplicabilidad de la Ley N° 19.970 (Registro Nacional de ADN) respecto de condenados adolescentes..... 40

#### III.2.2.- “CS 2020.01.08 ROL 26.887-2019 E.E.S.E”, Corte Suprema de la República de Chile, 08/01/2020.

Delitos sexuales; Causales de extinción responsabilidad penal; Responsabilidad penal adolescente. .... 41

## IV. REPÚBLICA DEL PARAGUAY

### MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA DE PARAGUAY

#### IV.1.- “DENIS RAMON FERREIRA BENITES s/ROBO AGRAVADO”, Juzgado Penal de Sentencia N° 4, 23/09/2020.

Valoración de la prueba. Testigo de referencias. Contradicciones. In dubio pro reo. Absolución. Perspectiva de género..... 43

#### IV.2.- “Recurso extraordinario de Casación interpuesto por la Abog. Blanca Lila Martínez Flores Defensora Pública en Defensa de los Señores Antolín Ayala, Rofino Giménez y Erich Giménez en los autos: Lucio Wilfrido Fuentes y otros s/ homicidio”, Corte Suprema

## INDICE

de Justicia de la República del Paraguay, 04/06/2019.  
Casación, derecho de defensa, consultor especializado en cuestiones técnicas indígenas, sana crítica, pericia, testimonio de oídas. ....44

IV.3.- “Recurso de Casación interpuesto por el Defensor Público Penal de Asunción Carlos Arce Letelier en representación de Gregorio Daniel Maldonado en ‘Gregorio Maldonado y otro s/ robo agravado’”, Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, 20/02/2019.  
Nulidad de la acusación. Plazo razonable. ....46

## V.- REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

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

“MILKA YANELA GÓMEZ ALMEIDA y JORGE NERINSON SILVA ALMEIDA INCIDENTE DE NULIDAD”, Tribunal de Apelaciones Penal 1º turno de Montevideo, 18/09/2020.  
Tutela judicial efectiva. Derecho de la Víctima y sus familiares. Juicio Abreviado. Garantías Judiciales. Garantías Procesales. Debido proceso. Nulidad. ....47

## VI. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

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

1.- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, “Causa Nro. 0155/19 Acción de amparo constitucional interpuesta en favor de S.Y. Villegas Ramírez”, 18/06/2019.

# INDICE

Recurso de Amparo Constitucional. Constitución Bolivariana de Venezuela: Artículos 26 (tutela judicial efectiva), 49 numeral 8 (debido proceso legal), 115 a contrario sensu (violación al derecho de propiedad), 257 (oralidad del proceso), 334 y 339 numeral 10 (atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia). Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de la Vivienda: Artículos 92 numeral 2 y 98. Código de Procedimiento Civil: Artículo 871. .... 49

## **2.- Sentencia 3029/18 del Juzgado Superior Estadual Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital. Caracas, 17/06/2019.**

Recurso contencioso administrativo, caducidad, requisitos de la notificación del acto administrativo, obligatoriedad de informar sobre los recursos, debido proceso, artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, nulidad del acto administrativo... 50

# PRESENTACIÓN

La Asociación Civil de la Defensa Pública de la República Argentina (ADEPRA), nueva denominación de la Asociación que presido a partir de la reciente reforma de su Estatuto, tiene el honor de presentar la décimo tercera Edición del Boletín de Jurisprudencia de Derechos Humanos del el Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur (BLODEPM) a sus integrantes y a toda la comunidad que desee consultarla.

El Boletín de Jurisprudencia es una tradicional publicación del BLODEPM que aglutina importantes decisiones jurisprudenciales en materia de derechos humanos, más allá de la especialidad de la que se trate. Los fallos, que en esta Edición se presentan, que involucran aspectos y normativas relacionadas con las materias de familia, penal, contencioso administrativo y procesal, tienen en común la defensa de los derechos humanos por quienes la Defensa Pública Oficial instó el accionar de la justicia.

El presente Boletín se conformó con 19 antecedentes jurisprudenciales. De cada uno de ellos se realizó un resumen, todos con el mismo formato, que denominamos “fichas de fallos”. Por esta razón, verán que a continuación se incorporaron todas esas fichas divididas por los miembros de los países remitentes y al final se concentraron todos los fallos juntos divididos también por países, para hacer una lectura más apacible de este Boletín.

El Boletín comienza entonces con el fallo “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, remitido por la Defensoría General de la Nación de la República Argentina, del que se extraen importantes definiciones acerca de las detenciones y requisa ilegales y arbitrarias, el derecho a la libertad personal, la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminación, la protección de la vida, honra y la dignidad de las personas, la tutela judicial efectiva, la insuficiencia normativa y el control de convencionalidad. Sólo por una cuestión de orden, continúo con mi país y presento los fallos elegidos por mi Asociación referidos al derecho a la vivienda (relacionado con los derechos de las personas con discapacidad y los derechos del niño, en los que está involucrado el derecho a la salud y la protección integral de la familia); otro precedente relacionado con el carácter humanitario de la condición de refugiado y la nulidad de acto administrativo de la institución gubernamental que se lo denegó a una asistido; uno relacionado con el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, violencia de género y cuota alimentaria y el último referido a una medida de abrigo y adoptabilidad de un niño.

Por su parte, la Asociación Nacional de Defensoras y Defensores de la República Federativa del Brasil (ANADEP), aportó el fallo referido al derecho la





## PRESENTACIÓN

rectificación del nombre relacionado con el derecho a identidad. La Defensoría Pública de la Unión remitió para este Boletín tres sentencias; una relacionada con un Hábeas Corpus relativo a la expulsión de extranjeros en los que se encontraban niños y niñas; otro relativo a la defensa de las comunidades indígenas y la defensa del medio ambiente y el último contra un decreto presidencial sobre el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cárceles y la legitimación de la “Defensa Pública-legitimación-garantía” del sistema republicano.

Un precedente sobre la violación de domicilio en el marco de una investigación por estupefacientes y exclusión de prueba y otro referido al debido proceso, autorización fiscal previa, prueba ilícita y agente revelador fue aportado por la Defensoría Penal Pública de Chile. En tanto, la Asociación de Defensores Públicos Penales de este país, remitió para esta Edición, dos precedentes relacionados uno con la finalidad de la imposición de la pena y el interés superior del niño respecto de condenados adolescentes y otro sobre causales de extinción responsabilidad penal adolescente en delitos sexuales.

El Ministerio de la Defensa Pública del Paraguay colaboró con esta Edición con tres sentencias. Una de ellas referida con la valoración de la prueba cuando se trata de un testigo de referencias en relación además con la perspectiva de género; otro con el testimonio de oídas y cuestiones técnicas indígenas y sana crítica y el último sobre el plazo razonable para la acusación.

Por su parte, la Asociación de Defensores Públicos del Uruguay remitió para este Boletín un precedente sobre el derecho a las víctimas en el proceso.

Y por último, la Defensoría Pública General de la República Bolivariana de Venezuela aportó dos sentencias relacionadas una con el derecho a la vivienda ante desalojos y el otro contra la decisión de la autoridad administrativa de jubilar compulsivamente a un agente del Instituto de Policía Municipal.

Como Presidente de ADePRA, debo mencionar y agradecer inmensamente la colaboración de los socios Adolfo Sánchez Alegre, Marcela Pesce, Clarisa Barbero, Paz Rodríguez Senese, Laura Alejandra Peryeira, Laura Martín, María Marta Sormani, Claudia Carbajal, Romina Surace, Ana María Blanco quienes, con la coordinación de Esteban Lozada y la supervisión de Gabriela Marquiegui y Gustavo Kollmann, resumieron, para una más fácil lectura, cada uno de los precedentes elegidos por los miembros del BLODEPM para esta Edición.

**María Lorena González Castro Feijóo**

Presidente

Asociación Civil de la Defensa Pública de la República Argentina (ADePRA)





# I.- REPÚBLICA ARGENTINA

## I.1.- Defensoría General de la Nación

**Fallo:** “CASO FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS. ARGENTINA”.

**Tribunal:** CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**SENTENCIA N°:** 612/2020

**Fecha:** 1/09/2020

**Voces:** Registro de automóvil. Revisión de pertenencias. Detención con fines de identificación. Requisa Corporal. Libertad de movimiento. Detención sin orden judicial. Derecho a la libertad personal. Protección Judicial. Protección a la honra y dignidad. Deber de no discriminación. Igualdad ante la ley. Garantías judiciales. Responsabilidad Internacional.

**NORMAS CONVENCIONALES INVOLUCRADAS:** Artículo 1.1.; 2; 7; 8; 11; 24; 25.1; de la Convención Americana de DDHH.

El 1 de septiembre de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte” o “el Tribunal”) dictó sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por las violaciones a diversos derechos en perjuicio de los señores Carlos Alberto Fernández Prieto (en adelante, “señor Fernández Prieto”) y Carlos Alejandro Tumbeiro (en adelante, “señor Tumbeiro”). El caso se relacionó con dos supuestos específicos de restricciones de derechos por acciones de la policía: la interceptación y posterior registro del automóvil donde se transportaba el señor Fernández Prieto por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires en 1992, y la detención con fines de identificación y requisa corporal del señor Tumbeiro por parte de la Policía Federal Argentina en 1998. Estos hechos implicaron tanto una restricción a la libertad de movimiento, como una revisión de las pertenencias que llevaban consigo, ya fuera en virtud del registro del automóvil en el caso del señor Fernández Prieto, o por la requisa corporal del señor Tumbeiro. La Corte analizó cada uno de los casos de manera separada debido a que ocurrieron en fechas distintas, y a que existieron cambios en la legislación aplicable para cada uno de ellos. Sin embargo, ambos casos guardan estrecha relación fáctica y jurídica. En el caso, la Corte encontró que la interceptación y posterior registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto, por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, y la detención con fines de identificación y registro corporal del señor Tumbeiro, por parte de la Policía Federal Argentina, no cumplieron con el estándar de legalidad, fueron arbitrarias, y constituyeron una injerencia en sus vidas privadas. En el mismo sentido, la Corte determinó la



inconveniencia de diversas normas habilitantes para la detención de personas sin orden judicial, así como una práctica inconveniente en Argentina respecto a la aplicación de dichas normas en la época de los hechos. Asimismo, el Tribunal concluyó que la detención del señor Tumbeiro fue, además, discriminatoria y una violación al derecho a la igualdad ante la ley. Adicionalmente, la Corte declaró la violación a los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial ocurridas por la falta de control judicial adecuado en las diversas instancias judiciales durante el proceso penal seguido en contra de las víctimas. En consecuencia, la Corte concluyó que el Estado era responsable por la violación a los artículos 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 11 (protección de la honra y de la dignidad) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar y garantizar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, y por la violación a los artículos 24 (igualdad ante la ley) y 1.1 (deber de no discriminación) de la Convención, en perjuicio del señor Tumbeiro.

**Hechos:** En la Sentencia, la Corte advirtió que las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, en 1992 y 1998, respectivamente, se llevaron a cabo en un contexto general de detenciones y requisas arbitrarias en Argentina. El 26 de mayo de 1992, un inspector y dos sargentos que se encontraban “recorriendo la jurisdicción” avistaron, cerca de las 7:00 pm, en una zona casi despoblada de la ciudad de Mar de Plata, un vehículo verde con “tres sujetos en su interior en actitud sospechosa”, entre los cuales se encontraba el señor Fernández Prieto. Los agentes policiales interceptaron el vehículo, hicieron descender a los pasajeros y, en presencia de dos testigos llamados al efecto, procedieron a realizar una requisa. Según el acta de detención, en el baúl del vehículo se encontraron un ladrillo envuelto en un papel plateado con cinta marrón cuyo aroma y características indicaban que “podría tratarse de [...] marihuana”, y un revólver calibre 32 con diez proyectiles y 30 vainas. En el interior del vehículo, en el asiento que ocupaba el señor Fernández Prieto, se hallaron cinco ladrillos iguales al anterior y una pistola calibre 22 con 8 proyectiles, un cargador y dos pistolas. En virtud de estos hallazgos, los agentes policiales procedieron al secuestro de dichos objetos, detuvieron al señor Fernández Prieto y los demás pasajeros, y los llevaron a la dependencia policial.

El 16 de junio de 1992, el Juez Federal de la Ciudad de Mar de Plata dictó orden de prisión preventiva contra el señor Fernández Prieto.

El 19 de julio de 1996, el Juez Federal condenó al señor Fernández Prieto a cinco años de prisión y multa de tres mil pesos por el delito de transporte de estupefacientes. En su sentencia, el Juez sostuvo que estaba “plena y legalmente comprobado [...] que el día 26 de mayo de 1992, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar señaladas [...] el acusado [...] se encontraba transportando una cantidad cierta de [...] marihuana [...]”.

El 26 de noviembre de 1996, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar de Plata desestimó el recurso de agravio presentado por la defensa, confirmando la sentencia



condenatoria. En dicho recurso se alegó la nulidad de la requisita sin orden judicial y la errónea calificación jurídica.

El 12 de noviembre de 1998, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso de queja y confirmó la sentencia condenatoria. En su sentencia, la Corte Suprema consideró que el examen de la legalidad de la detención debía realizarse a partir de las especiales circunstancias en que se desarrolló, así como considerando que los funcionarios policiales se encontraban recorriendo la jurisdicción en la específica función de la prevención del delito. En virtud de su condena, el señor Fernández Prieto estuvo privado de su libertad por un periodo de dos años, ocho meses y cinco días. Falleció en el año 2020. El 15 de enero de 1998, alrededor del mediodía, el señor Tumbeiro, electricista de 44 años, fue interceptado por agentes de la Policía Federal Argentina “con fines de identificación”, mientras transitaba por una calle de Buenos Aires. Los agentes policiales preguntaron al señor Tumbeiro qué hacía en la zona, a lo que contestó que buscaba equipo electrónico de repuesto y procedió a entregar su documento de identidad. Al notarlo “sumamente nervioso”, “previo palpado de sus prendas” en la vía pública, uno de los agentes “lo invitó a subir” a la patrulla “hasta tanto comprobar su identidad”. Mientras esperaban la comprobación sobre la existencia de antecedentes penales, los agentes se percataron de que el señor Tumbeiro “en medio de un diario [...] portaba consigo una sustancia [...] blanca similar al clorhidrato de cocaína”, a raíz de lo cual requirieron la presencia de testigos y procedieron con la detención. Según la versión policial, la actitud del señor Tumbeiro “resultaba sospechosa” porque “su vestimenta era inusual para la zona y por mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero”.

Por su lado, el señor Tumbeiro declaró que ese día iba vestido con pantalones jean y camisa, que los agentes policiales lo “metieron en el patrullero” y le “encajaron la droga”, y que hasta entonces nunca había tenido un “antecedente”. El señor Tumbeiro también fue obligado a bajarse los pantalones y la ropa interior en el interior de la patrulla.

El 26 de agosto de 1998, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal condenó al señor Tumbeiro a un año y seis meses de prisión “de cumplimiento en suspenso” por el delito de tenencia de estupefacientes, contenido en el artículo 14 de la Ley 23.737. El señor Tumbeiro recurrió en casación la sentencia condenatoria y solicitó la nulidad del acta de secuestro por estimar que no existió “el grado de sospecha suficiente” para proceder a la requisita sin orden judicial.

En virtud de este recurso, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal absolvió al señor Tumbeiro mediante sentencia de 15 de marzo de 1999. El 30 de marzo de 1999, el Fiscal General interpuso un recurso extraordinario de apelación contra la referida decisión.

El 3 de octubre de 2002, la Corte Suprema revocó la decisión de la Cámara de Casación Penal y ordenó que fuera emitido un nuevo pronunciamiento. La Corte Suprema juzgó que en el procedimiento “no se advierte ninguna irregularidad” y que la sentencia recurrida ignoró “la legitimidad de lo actuado en prevención del delito” y omitió valorar el “nerviosismo” del señor Tumbeiro conjuntamente a “las demás circunstancias



por las cuales el personal judicial decidió identificarlo”.

El señor Tumbeiro nunca estuvo privado de su libertad salvo el día de su detención, sino que fue requerido a realizar servicios comunitarios en una fundación.

El 2 de mayo de 2006, el Juez Nacional de Ejecución Penal resolvió dar por cumplida la condena. El señor Tumbeiro falleció el 30 de julio de 2014.

**Reconocimiento de responsabilidad internacional:** El Estado aceptó las conclusiones a las que arribó la Comisión Interamericana en su Informe de Fondo No. 129/17, y solicitó a la Corte que produzca la prueba ofrecida, y se pronuncie tanto sobre las consecuencias jurídicas de los hechos aceptados, como sobre las reparaciones. En virtud de dicho reconocimiento de responsabilidad, la Corte concluyó que había cesado la controversia respecto de lo siguiente: a) los hechos establecidos por la Comisión en su Informe de Fondo; b) la violación a los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, honra y dignidad, protección judicial, e igualdad y no discriminación, reconocidos en los artículos 7, 8, 11, 24 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, y c) la necesidad de otorgar medidas de reparación.

**Fondo: 1) Derecho a la libertad personal.** La Corte recordó que el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado. Por esta razón, la restricción del derecho a la libertad personal únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto formal). Sobre esta base procedió a analizar si las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro habrían cumplido con el requisito de legalidad. En ese sentido, en primer lugar, el Tribunal observó que la Constitución de Argentina establece en su artículo 18 que “[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”. Esta disposición se encontraba vigente en la época de los hechos y era aplicable a las dos víctimas del caso. Sin embargo, la legislación procesal aplicable era distinta en ambos casos, por lo que la Sentencia planteó un análisis separado de cada una de las detenciones.

En relación con el señor Fernández Prieto, la Corte notó que el artículo 4 del Código de Procedimientos en lo Criminal, vigente en la época en que fue detenido, disponía que “[e]l Jefe de la Policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan in fraganti delito y a aquellas contra quienes hayan indicios vehementes o semivehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del juez competente”. Asimismo, constató que el artículo 184.4 de la misma norma establecía que “[...] en los delitos públicos, los funcionarios tendrán las siguientes obligaciones y facultades: Proceder a la detención del presunto culpable en los casos mencionados en el artículo 4”. En razón de ello, al



analizar los hechos relacionados con su detención, y las decisiones judiciales que conocieron sobre la legalidad de la misma, concluyó que la presunta “actitud sospechosa” que motivó la interceptación del vehículo no era un supuesto asimilable a la flagrancia o bien a un posible “indicio vehemente o semiprueba de culpabilidad” y, por lo tanto, no era una causal prevista por el Código de Procedimientos en lo Criminal.

El Tribunal advirtió que las diversas sentencias a nivel interno que se pronunciaron sobre la validez de la interceptación y registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto se basaron en consideraciones relacionadas con la eficacia en la prevención del delito y con argumentos de naturaleza consecuencialista (los cuales validaban la actuación policial en virtud de los resultados obtenidos, es decir de las pruebas recabadas), sin tomar en consideración si la actuación de la policía se encuadraba dentro de los supuestos habilitantes previstos por el Código de Procedimientos para realizar una detención sin orden judicial.

La Corte consideró que, con independencia de la legitimidad de las razones mencionadas por los distintos tribunales que conocieron sobre el caso para justificar el registro y posterior detención como una cuestión de cumplimiento del deber de prevención del delito, o bien porque las pruebas obtenidas en virtud de ella podrían demostrar la culpabilidad del señor Fernández Prieto, de las propias sentencias se confirma que la interceptación y posterior registro y detención no fue realizada en aplicación de la legislación vigente.

En ese sentido, al incumplirse el requisito de legalidad de la detención, la Corte concluyó la violación a los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

En un sentido similar, en relación con la detención del señor Tumbeiro, el Tribunal constató que el Código Procesal Penal de la Nación, vigente a partir de octubre de 1992, y por lo tanto vigente en la época de la detención del señor Tumbeiro en 1998, establecía en su artículo 284 que “los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial”, a: a) quien “intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo”; b) quien se “fugare, estando legalmente detenido”; c) de manera excepcional, contra quien “hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención”, y d) quien “sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad [...]”.

Asimismo, notó que la Ley 23.950, que modificó la Ley Orgánica Para la Policía Federal de 1958, disponía que, fuera de los casos establecidos en la normativa procesal penal, no se podría detener a las personas sin orden de juez competente, salvo si: «[...] existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad [...]”.



En el caso concreto de la detención del señor Tumbeiro, el Tribunal constató que su detención se basó en tres hechos: a) se mostró nervioso ante la presencia de los policías; b) no estaba vestido conforme al modo de vestir propio de la zona por la que transitaba, y c) contestó que se encontraba buscando un material “totalmente extraño a lo que podía obtenerse en los comercios aledaños”.

El Tribunal consideró que ninguna de las razones que dio la policía para retener al señor Tumbeiro y solicitarle su identificación constituían en sí mismas, o en conjunto, hechos o informaciones suficientes y concretas que permitieran a un observador razonable inferir objetivamente que probablemente había cometido o estaba por cometer una infracción penal o contravencional. Por el contrario, calificó que las razones que motivaron la detención con fines de identificación respondieron a preconcepciones sobre cómo se debe ver una persona que transita en un determinado lugar, cómo se debe comportar ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar. De igual modo, consideró que la detención obedeció a la aplicación por parte de los agentes policiales de estereotipos sobre la apariencia del señor Tumbeiro, y su presunta falta de correlación con el entorno por el que transitaba.

La Corte manifestó que el uso de estereotipos supone una presunción de culpabilidad contra toda persona que encaje en los mismos, y no la evaluación caso a caso sobre las razones objetivas que indiquen efectivamente que una persona está vinculada a la comisión de un delito. Por ello, recordó que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son 5 manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias.

En el caso, la Corte encontró que el contexto sobre detenciones arbitrarias en Argentina, así como las razones invocadas por la policía para su detención, evidencian que no hubo indicios suficientes y razonables sobre su participación en un hecho delictivo. Por el contrario, la detención del señor Tumbeiro se efectuó *prima facie* debido a la sola circunstancia de no reaccionar del modo en que los agentes intervinientes percibían como correcto, y utilizar un atuendo juzgado por ellos como inadecuado con base en una preconcepción subjetiva sobre la apariencia que debían resguardar los habitantes del área. Estos actos llevaron a que la detención constituyera un trato discriminatorio que además tornó en arbitraria la detención.

La Corte concluyó que la detención del señor Tumbeiro constituyó una violación de los artículos 7.1, 7.2, 7.3 y 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Adicionalmente, el Tribunal consideró que la forma genérica e imprecisa en que la legislación aplicable contemplaba los supuestos habilitantes para la detención de una persona sin orden judicial, permitía que una mera “sospecha” de la autoridad fuera suficiente para requisar o detener a una persona. De esta forma, consideró que los términos empleados en el Código de Procedimientos en lo Criminal, en el Código Procesal de la Nación y la Ley 23.950, junto con las formulaciones que contenían, tienen una abstracción de tal entidad que abrían la puerta a la discrecionalidad. Asimismo, concluyó que la manera amplia en que estaban redactados los supuestos para realizar una in-





terceptación de un automóvil y una detención con fines de identificación, y la práctica por parte de las autoridades del Estado al aplicar dichas normas – tanto por la policía como por los jueces-, representó, entre otros, un problema de diseño normativo, pues no permitía evitar la arbitrariedad de las detenciones y el abuso de autoridad, y por el contrario las podía incentivar. En ese sentido, concluyó que existió una violación al artículo 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.

**2) Derecho a la protección de la honra y de la dignidad.** La Corte recordó que el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas. En esa lógica, consideró que las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, incluso cuando la persona se encuentra dentro de un automóvil, son bienes que, al igual que aquellos que se encuentran dentro de su domicilio, están incluidos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad. Por esta razón, no puede ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o las autoridades. En razón de ello, concluyó que la requisa del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto constituyó una injerencia en la vida privada, en tanto fue practicada sin que esta cumpliera con el requisito de legalidad.

En el mismo sentido, el Tribunal concluyó que la requisa corporal a la que fue sujeto el señor Tumbeiro incumplió el requisito de legalidad, pues las razones arguidas por los policías para realizarla no constituyeron motivos suficientes para considerar que existieran motivos para presumir que ocultaba en su cuerpo cosas relacionadas con un delito, tal como lo requería el artículo 230 del Código Procesal Penal de la Nación.

Adicionalmente, la Corte consideró que la requisa corporal antes mencionada fue arbitraria y desproporcionada, pues el señor Tumbeiro fue obligado a desnudarse en el interior de la patrulla, y que la norma habilitante para realizarla resultaba imprecisa y contraria al principio de tipicidad.

Los anteriores hechos constituyeron una violación al artículo 11 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

**Reparaciones:** La Corte determinó las siguientes medidas de reparación integral. A. Satisfacción: 1) publicar el resumen oficial de la Sentencia una sola vez en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, y 2) publicar la Sentencia en su integridad en el sitio web oficial del Poder Judicial de la Nación. B. Garantías de no repetición: 1) adecuar su ordenamiento interno de acuerdo a lo señalado en la Sentencia, de forma tal que se evite la arbitrariedad en los supuestos de detención, requisa corporal o registro de un vehículo; 2) implementar un plan de capacitación ó de los cuerpos policiales de la Provincia de Buenos Aires y de la Policía Federal Argentina, el Ministerio Público y el Poder Judicial, incluyendo información sobre la prohibición de fundamentar las detenciones sobre fórmulas dogmáticas y estereotipadas; y 3) la producción de estadísticas oficiales respecto a la actuación de las Fuerzas de Seguridad en materia de detenciones, registros y requisas. C. Indemnizaciones Compensatorias: 1) pagar las





sumas monetarias fijadas en la Sentencia por los conceptos relativos al daño material e inmaterial. De igual forma, se ordenó el reintegro de los gastos del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.

**Ver fallo completo en página 53**

Link de descarga:

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_411\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf)

---

## **I.2.- Asociación Civil de la Defensa Pública de la República Argentina (ADePRA)**

**I.2.1.- Fallo:** “H. C. N. y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: H. C. N. y otros c/ GCBA y otros s/ incidente de apelación” Expte. N° 15.856/18.

**Tribunal:** Tribunal Superior de Justicia de C.A.B.A.

**Lugar:** Ciudad Autónoma de Buenos Aires. República Argentina.

**Fecha:** 11 de febrero de 2020.

**Voces:** Derecho a la vivienda. Discapacidad. Derechos del niño. Derecho a la salud. Condiciones dignas de habitabilidad. Protección integral de la familia.

**Hechos:** H. C. N. - quien padece una discapacidad motora - y Q. P. J., ambos por derecho propio y en representación de su hija menor de edad - quien sufre de graves problemas de bronquios -, interpusieron acción de amparo contra el Gobierno de la C.A.B.A., Unidad de Gestión e Intervención Social y el Instituto de la Vivienda de la Ciudad con el objeto de que se ordenara a los demandados refaccionar la vivienda en la que habitaban a fin de garantizarles condiciones habitacionales dignas, seguras y adecuadas. Subsidiariamente, y para el caso de que no fuera posible la reconstrucción del inmueble, solicitaron que se los trasladara a otra vivienda que les garantizase un alojamiento digno y adecuado. La jueza de primera instancia ordenó al Gobierno de C.A.B.A. incluir al grupo familiar actor en alguno de los programas de emergencia habitacional disponibles que resultasen acordes a sus necesidades hasta tanto se dictara sentencia definitiva. Contra ese pronunciamiento, tanto la actora como la demandada interpusieron recursos de apelación, los que fueron rechazados por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, confirmando la decisión de primera instancia. Contra la decisión de la Cámara, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad, cuya denegatoria dio



origen a la queja. El Tribunal Superior de Justicia, por mayoría de votos, resolvió admitir la queja interpuesta; hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia dictada por la Cámara, devolviendo las actuaciones para emitan un nuevo pronunciamiento conforme a los fundamentos esgrimidos.

**Fundamentos jurídicos:** Se debe considerar, por lo menos, el hecho de que los actores habitan una vivienda; que ese bien no satisface la necesidad del modo que la ley exige, que puede, empero, mitigarla de algún modo, pues implica alguna solvencia, aunque no liquidez; que el Estado debe proveer a la necesidad que es impostergable; que la reparación pretendida quizá podría constituir el camino más razonable para atender la necesidad reclamada con el alcance que la ley determina; y que la situación de vulnerabilidad puede afectar de diversas maneras la capacidad de los actores de llevar a cabo la adecuación del bien en función de sus necesidades. El Tribunal entendió que las particularidades de la familia reclamante (con diversas carencias y discapacidad en su núcleo) imponían garantizar un alojamiento en los términos de la jurisprudencia de ese Tribunal, no dar un bien en propiedad; (conf. “KMP” [2014] y otros), a cuyos efectos era una alternativa plausible la reparación de la vivienda (del voto mayoritario).

La decisión de la Cámara provoca a la actora un gravamen irreparable, porque los estaría condenando a vivir en una pequeña habitación de hotel, sin tener en cuenta que eso no es lo petitionado en autos y que tampoco es respetuosa a la situación de salud de la coactora, con certificado de discapacidad, y a la niña menor de edad, con graves problemas respiratorios... Es difícil imaginar una consecuencia más gravosa e irremediable que vivir en las apuntadas condiciones. Se trata de un sufrimiento cuya reparación posterior es francamente imposible (del voto minoritario).

La Constitución Nacional y diversos instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho de acceso a la vivienda adecuada: artículos 14 bis de la CN, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 11 del PIDESC, 5 inciso e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño” (del voto minoritario).

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su Observación General N° 4 sostuvo que el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. El derecho a la vivienda debe ser entendido en el sentido de vivienda adecuada y se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos (del voto minoritario).

**Ver fallo completo en página 101**

Link de descarga:

<http://jurisprudencia.tsjbaires.gob.ar/jurisprudencia/resultadoBusqueda.asp>





### **I.2.2.- Fallo:** “A., C. S. c/EN – M° Interior y Transporte – CONARE s/proceso de conocimiento” (Causa No.: 75.482/15).

**Tribunal:** Cámara Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, Sala II.

**Fecha:** 11 de agosto de 2020.

**Voces:** Carácter humanitario de la condición de refugiado. Nulidad de acto administrativo.

**Hechos:** El Sr. C. S. A., de nacionalidad nigeriana, decidió impugnar judicialmente la Resolución N° 1147 dictada por el Ministerio del Interior y Transporte de la Nación el día 8 de julio de 2015. En dicha Resolución, la Administración rechazó el recurso jerárquico que interpuso contra el Acta Resolutiva N° 246 de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), que le había denegado su solicitud de reconocimiento de su condición de “refugiado”. El organismo expresó que, si bien era posible que el actor hubiera sentido temor en su país, dicho conflicto sólo tenía lugar en una parte de su país por lo cual debía intentar reubicarse internamente en el Estado de Abia (Nigeria).

En primera instancia su planteo fue rechazado. Arribado que fuera su caso al tribunal de apelación éste recibió favorable tratamiento, disponiendo la Sala II la nulidad parcial de la citada Acta y de la resolución ministerial que la avaló y ordenando el reenvío a la sede administrativa para que se emita un nuevo acto, de conformidad con los lineamientos dados en la sentencia.

**Fundamentos jurídicos:** La Sala II entendió que el Acta Resolutiva cuestionada, al momento de analizar la reubicación del demandante en el Estado de Abia, presentaba deficiencias como acto administrativo en sus elementos “procedimiento” (legalidad), “causa” y motivación” (razonabilidad), necesarios para su presunción de legitimidad.

Ello puesto que, al momento de su dictado, debió haber seguido los postulados emanados de las “*Directrices sobre Protección Internacional N° 4: La ‘alternativa de huida interna o reubicación’ en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados,*” que dan cuenta de la importancia y utilidad de contar con información **actualizada** acerca de las condiciones imperantes en la zona respecto de la cual se lleva a cabo el concreto análisis de factibilidad de la reubicación. Más en un país cuya situación política era tan volátil como Nigeria.

*“Facultades discrecionales. Control de razonabilidad. Arbitrariedad. “[L]a circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, no puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la Ley n° 19.549, pues es la legitimidad –constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exi-*



gencias (Fallos 331:735, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la C.S.J.N.). De este modo, cabe señalar que la legalidad de la decisión implica la validez de sus elementos constitutivos [...], previstos en el art. 7° LNPA. Por su parte, el principio de razonabilidad [...] importa la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad, en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos, y obliga a dar a la ley –y a los actos estatales de ella derivados inmediata o mediatamente– un contenido razonable, justo, valioso, de modo que alguien pueda ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de esa ley sea razonable, sea justo, sea válido...”. 2. Actos administrativos. Forma de los actos administrativos. Motivación del acto administrativo. Interpretación de la ley. “Respecto al primer foco de análisis [de legalidad], cabe precisar [...] que el procedimiento, como requisito esencial de todo acto administrativo [...] supone un conjunto de formalidades arbitradas en garantía del particular, cuya finalidad es la de conseguir el acierto en las decisiones administrativas [...]. En efecto, para valorar si ha existido indefensión debe apreciarse el procedimiento en su conjunto y el acto final como resultado de la integración de trámites y actuaciones de distinta clase y procedencia, en los que el particular va teniendo oportunidad de defenderse y de poner de relieve ante la administración sus puntos de vista[...]. Por su parte, la causa [...] de los actos administrativos también constituye uno de sus requisitos esenciales en tanto la LNPA exige que ellos se sustenten en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable [...]; de modo que la misma no puede ser discrecional, en tanto debe hallarse referida a circunstancias perfectamente verificables [...] y, de no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados, o por violación de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado, el art. 14 de la Ley n° 19.549 prevé [...] la nulidad absoluta e insanable del mismo [...]. A su turno, la motivación [...] es la explicitación de la ‘causa’: esto es, la declaración de cuáles son las razones y circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a dictar el acto [...]. Es decir, sus motivos o presupuestos; es la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada...”. 2. Refugiado. Reubicación interna. Carga de la prueba. “[L]a alternativa de reubicación interna ‘...no se menciona explícitamente entre los criterios fijados en el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 (ACNUR, ‘Directrices sobre Protección Internacional N° 4: La ‘alternativa de huida interna o reubicación’ en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados’, integrante del ‘Manual y Directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados’[...]. En tanto, nuestro ordenamiento legal (Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado – N° 26.165) si bien no ha receptado este instituto de manera expresa, sí lo ha hecho de manera indirecta, toda vez que en su art. 35 dispone que ‘[e]n el cumplimiento de las funciones que les son asignadas en la presente ley, la Secretaría Ejecutiva y la Comisión tendrán presente los criterios interpretativos emanados de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y de las recomendaciones del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR’”. “Como fuere, lo que las Directrices en estudio disponen de manera indubitable es que el uso



del concepto de 'reubicación interna' no debería conducir a que se agrave la carga que sufren los solicitantes de asilo y que, por consiguiente, debe seguir vigente la regla habitual según la cual quien invoca un alegato debe probarlo[...]. De este modo, y más allá que (en principio) la carga probatoria es compartida en procedimientos como el que nos ocupa [...], quien tome la decisión asumirá la carga de la prueba de establecer que un análisis sobre reubicación es pertinente al caso en particular [...]. Es que, '[e]l concepto de una alternativa de huida interna o reubicación se refiere (...) a una zona específica del país donde no haya riesgo de temores fundados de persecución y donde, dadas las circunstancias particulares del caso, es razonable esperar que el individuo pueda asentarse y llevar una vida normal. En consecuencia, si la huida interna o reubicación han de considerarse en el contexto de la determinación de la condición de refugiado, debe identificarse una zona en particular, así como dar al solicitante una oportunidad apropiada para pronunciarse al respecto'...". 3. Carga de la prueba. Derecho de defensa "[S]e observa que [...] recaía en la autoridad de aplicación la carga de recabar toda aquella información respecto de la ciudad cuya reubicación se propuso, no únicamente desde el plano objetivo sino también subjetivo e, incluso, tanto respecto de la situación allí imperante como de otros aspectos, tales como la proyección futura del actor en esa localidad.[E]n la especie si bien se ha meritado que durante su estadía en Aba no había padecido problema alguno y que la información recabada no daba cuenta que el desarrollo del conflicto se extendiera hasta allí, lo cierto es que ello dista de comportar el cumplimiento de una carga que era propia del órgano decisor. Por otro lado, si bien al momento de presentar su alegato el actor se ha manifestado respecto a la eventualidad de que la autoridad optare por estar a la alternativa de reubicación externa, lo cierto es que no se observa que se le hubiere dado una oportunidad apropiada para pronunciarse concretamente respecto de la zona propuesta...". 4. Reubicación interna. Refugiado. Apreciación de la prueba. "En este orden, no es posible soslayar [...] que prima facie se podría inferir que la situación imperante en Nigeria (y en particular, en el Estado de Abia) hubiere efectivamente experimentado sustanciales alteraciones; lo cual, unido al extenso lapso insumido durante la tramitación y sustanciación tanto del procedimiento administrativo –que incluye el tratamiento del recurso interpuesto en dicho ámbito–, como por el proceso judicial, constituyen factores determinantes de la necesidad de que la Administración lleve a cabo un nuevo examen de la cuestión, teniendo en cuenta precisamente las circunstancias actuales de la mencionada región, en orden a establecer con fundamento en datos actuales, y desde la perspectiva de los principios humanitarios aplicables, la concreta y real posibilidad de reubicación del actor en dicha zona. Ello adquiere suma relevancia puesto que si bien la Administración mal pudo conocer acontecimientos que, al momento de decidir, aún no habían ocurrido en la mencionada región, de las 'Directrices sobre Protección Internacional N° 4: La 'alternativa de huida interna o reubicación' en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados' se sigue la importancia y utilidad de contar con información actualizada acerca de las condiciones imperantes en la zona respecto de la cual se lleva a cabo el concreto análisis de factibilidad de la reubicación, a los efectos de optar, en su caso, por tal alternativa [...], puesto que tal posibilidad '...puede verse limitada en casos en que la situación del país de



origen es volátil y pueden ocurrir cambios repentinos en zonas hasta entonces consideradas seguras. Tales cambios podrían no haberse registrado en el momento de examinar la solicitud' [...]. [L]a condición de refugiado –aún mediando el dictado de un acto administrativo que así la reconozca–, es susceptible de cesar a causa de la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de la emisión de tal dispositivo (arts. 11 y 12 de la ley 26.165), extremo que en supuestos análogos a los aquí configurados, implica por parte de la autoridad de aplicación, el análisis y determinación de que el beneficiario no pueda ya continuar negándose a recibir la protección de su país de nacionalidad, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales se lo reconoció como refugiado [...]. Y siendo ello así por imperativo legal, con mayor razón aun cuando (como aquí ocurre), no ha mediado el dictado de un acto firme, resulta jurídicamente posible y ajustado a una razonable interpretación y aplicación de los principios vigentes en la materia, que se lleve a cabo un análisis completo y exhaustivo de la situación que impera actualmente en la ciudad y/u/o región en la cual se indique la posibilidad de reubicación, como factor justificante de la denegatoria del amparo solicitado”.

**Ver fallo completo en página 111**

Link de descarga

[ACS \(causa N° 75482\).pdf](#)

---

**I.2.3.- Fallo:** “G., O.A.”, Actuación Nro: 13062277/2019, INC 39620/2018-1, CUIJ: INC J-01-00089780-5/2018-1

**Tribunal:** CÁMARA DE APELACIONES EN LO PCYF - SALA II

**Lugar:** Ciudad Autónoma de Buenos Aires

**Fecha:** 22/05/19

**Voces:** Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar, Embargo, violencia de género, cuota alimentaria.

**Hechos:** La Defensa de un hombre apeló la resolución mediante la cual el *a quo* dispuso trabar embargo sobre un 10% del total bruto de su sueldo y reguló alimentos provisorios a favor de su hija menor de edad, de acuerdo a la Ley de Protección Integral a las Mujeres. La recurrente se agravió en el entendimiento de que afectaba las garantías de juez natural y *ne bis in idem* (por cuanto se encontraba en vigencia el trámite de un expediente civil con el mismo objeto), el principio de legalidad (por considerar el caso como uno de violencia de género), la inembargabilidad del salario, el principio de proporcionalidad (dada la capacidad económica del acusado), el principio de inocencia (por cuanto se adelantaría la pena de multa mediante el embargo) y el principio de última ratio, ya que existían soluciones jurídico-civiles menos gravosas aplicables al caso.







**Fundamentos jurídicos:** La Sala confirmó el embargo pero revocó la regulación de alimentos provisorios. Respecto del primer punto, sostuvo que el art. 176 CPPCABA faculta al tribunal a disponer el embargo de bienes del imputado para garantizar el daño causado por el delito siempre que, como en el caso, se haya demostrado la materialidad infraccionaria. Por otra parte, adujo que se trata de una deuda alimentaria; excepción al principio de inembargabilidad del salario. La Sala expresó que aun cuando fuese cierto que no podría ser incautado el sueldo para garantizar la pena de multa, el *a quo* había tomado expresamente en consideración, para la imposición del embargo, la reparación del daño causado y/o la indemnización civil derivada de la deuda alimentaria. Finalmente, la Sala señaló que no había logrado demostrarse la desproporcionalidad de la medida, en especial cuando fueron respetados los máximos establecidos por la Ley de Contrato de Trabajo.

Con relación a la deuda alimentaria, la Sala sostuvo que el juez de primera instancia basó su postulado en el art. 174 bis CPPCABA, aun cuando este caso no podía ser catalogado como de violencia de género. En efecto, señalaron los magistrados, el elemento definitorio para tal caracterización debía ser una relación desigual de poder, la cual no se encontraba certificada en el expediente pues la denunciante tenía un sueldo mayor al del acusado, quien tampoco contaba con bienes registrables a su nombre y se desempeñaba como empleado en una empresa.

*“Al igual que toda cautelar, se exige la incorporación de suficientes elementos de prueba que permitan afirmar la existencia prima facie de un hecho ilícito y la participación del imputado en él —fumus boni iuris—. Con los elementos de cargo reunidos se ha logrado demostrar la materialidad infraccionaria de los sucesos investigados con el grado de probabilidad requerido en esta etapa del proceso y, en principio, la participación del señor G, en aquellos, en carácter de autor, sin perjuicio del carácter provisional de esta conclusión. Con relación a la finalidad, el artículo citado habilita asegurar el posible daño causado por el delito. En el caso, se trata de una deuda alimentaria. Por ello, no resultan pertinentes los reparos de la defensa en cuanto a que el salario únicamente puede ser embargado por deudas alimentarias. Aun cuando tuviera razón respecto de que no podría ser incautado el sueldo para garantizar la pena de multa, lo cierto es que el *a quo* también tomó expresamente en consideración la “reparación del daño causado por el delito (art. 176, CPP) y/o la indemnización civil derivada de la deuda alimentaria (art. 331, CPP)” —fs. 31vta.—.”*

*“Sin lugar a dudas, en casos de violencia contra la mujer, cuando se trate de una pareja con hijos, el juez podrá fijar “una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia” (art. 26, inc. b.c, Ley 26.485). Así, cabe hacer notar que la propia descripción de los hechos no nos conduce a pensar en la presencia de los componentes necesarios para encuadrarlos en un supuesto de violencia contra la mujer, como tampoco se advierten particularidades en el caso que excedan de las que caracterizan al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Pues la Ley de Protección Integral a las Mujeres define como violencia contra la mujer “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el*



*ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal*". El elemento definitorio del concepto resulta ser que la afectación de los derechos de la mujer esté "basada en una relación desigual de poder", extremo que no ha sido acreditado por las pruebas aportadas por el Ministerio Público Fiscal (acusación), las cuales, por el contrario, dan cuenta de su inexistencia.

Por otro lado, no es menos relevante la circunstancia apuntada por la defensora oficial en el sentido de que existe causa pendiente ante el fuero civil, con idéntico objeto al que el a quo pretende asegurar mediante la fijación de cuota alimentaria. Es decir, que la tutela judicial efectiva (art. 8.1, CADH) de los derechos de la niña afectada se encuentra debidamente resguardada. Dado que en la materia está entendiendo un magistrado con competencia especializada (fuero civil), no puede otro juez asumir idéntica competencia, pues ello importa el riesgo de adoptar sentencias contradictorias. Sobre el punto, la Sala indicó que existía pendiente una causa ante el fuero civil, con idéntico objeto al que se pretendía asegurar mediante la fijación de la cuota alimentaria, por lo que se encontraba ya resguardada la tutela judicial efectiva de los derechos de la menor; y, a su vez, no era plausible que otro magistrado asumiera la misma competencia, pues ello implicaría el riesgo de adoptar sentencias contradictorias.

**Ver fallo completo en página 134**

---

#### **I.2.4.- Fallo: "D. F. S/ ABRIGO» Expte. N° 6734**

**Tribunal:** JUZGADO DE FAMILIA N° 2, DEPTO. JUDICIAL DE MERCEDES.

**Lugar:** Mercedes, Provincia de Buenos Aires, República Argentina

**Fecha:** 29 de octubre de 2019

**Voces:** Medida de Abrigo, adoptabilidad del niño.

**Hechos:** Que el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de Chivilcoy y el Sr. Asesor de Incapaces interviniente, solicitaron la adoptabilidad del niño F., quien se encontraba desde hacía un año y tres meses con una medida de Abrigo, resultando ser un niño institucionalizado y con una progenitora víctima de violencia de género (con un sentimiento de indefensión y baja autoestima) que requería medidas de especiales protección. M. contó desde el embarazo con el acompañamiento de diferentes efectores de múltiples instituciones, agotándose la búsqueda de recursos dentro de la familia de origen, y los recursos institucionales que las leyes específicas prevén para contribuir, en los hechos que involucran a la infancia y a personas víctimas de violencia, razón por la cual existen varios derechos involucrados siendo todos atendibles e importantes, pero en el contexto situacional corresponde privilegiar el superior interés de F. D.







**Fundamentos jurídicos:** El juzgado interviniente argumentó que la alternativa adoptiva sosteniendo el niño la vinculación con su progenitora, en el marco del llamado «Triángulo Adoptivo-Afectivo» se presenta como la solución que mejor equilibra todos los derechos en pugna. Esta solución adoptiva, NO penaliza ni sanciona a padres vulnerables, sino que es el instrumento adecuado para que el niño desarrolle su personalidad en esa familia.- En éste complejo contexto facti-co-jurídico alcanzar el equilibrio no resulta ser una tarea sencilla, menos aun cuando involucra a progenitores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Por eso resulta fundamental brindar los medios y contribuir con la construcción y desarrollo de los vínculos familiares en el «triángulo adoptivo-afectivo propuesto (cita el caso CIDH «Forneron e Hija c7 Argentin» 27/4/12 párr.156 a 167.Ver Resolución de cumplimiento de la setnencia del 28/11/2018, parrs. 4° a 32). Finalmente, con estos argumentos se declara Judicialmente en Situación de Adoptabilidad, al niño F. D., sosteniendo el niño la vinculación con su progenitora, en el marco referenciado, quedando privados los progenitores de la responsabilidad parental.

Normas en juego: arts. 3, 7, 8, 9, 12, 20, 21 y afines de la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 1, 5, 8, 12, 13, 17, 19 Y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OB 14 del Comité de los Derechos del Niño, OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2 de la Convención de Belem do Pará; art. 75 inc. 2 y 23 CN.

**Ver fallo completo en página 141**



## II.- REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

### II.1.- Asociación Nacional de Defensoras y Defensores Públicos de la República Federativa del Brasil (ANADEP)

**Fallo:** Paulo Henrique Sales Silva.

**Tribunal:** Tribunal de Justicia del Estado de Sao Pablo (Br) Comarca de Sao Paulo, Foro Regional II – Santo Amaro, 15ª Vara Civil

**Fecha:** 20/08/2020

**Voces:** Derecho al Nombre. Derecho a la Identidad. Derechos a la Dignidad e individualidad Art. 18 CADH. CIDH OC 24/2017. Derechos personalísimos. Constitución de Brasil art. 1, III.

**Hechos:** El ciudadano Paulo Henrique Sales Silva inicia una acción civil para que su nombre sea modificado y anotado en el registro pertinente sin el apellido paterno, el que solicita sea cambiado por el apellido de su abuelo materno, ya que durante la infancia sufrió por parte de varios familiares paternos abusos físicos y psicológicos, acompaña abundante documental y el Ministerio Público emite dictamen a favor de la procedencia del petitorio.

**Fundamentos jurídicos:** La Jueza Vanessa Vaitekunas Zapater hace lugar a la acción ordenando la supresión del apellido Silva y dispone que se cambie por el apellido Bessa, por lo cual pasa a llamarse Paulo Henrique Sales Bessa. Para arribar a la decisión, considera en primer término que el nombre es un derecho inherente a la personalidad de la persona, como lo establece el art. 16 del Código Civil y un aspecto del derecho a la individualidad, estrechamente vinculado a la dignidad de la persona humana (Constitución de la República, Artículo 1, III), y que el ejercicio efectivo de los derechos humanos y en particular a la identidad personal y la dignidad de la persona están íntimamente ligadas al uso del nombre, por lo que es imprescindible adaptarlo al objetivo primordial del planteo. En cuanto al uso del nombre, para garantizar los derechos a la identidad y a la dignidad, no basta con que el individuo tenga cualquier nombre que el nombre mostrado por la persona confirme su identidad y su dignidad, sin lo cual el derecho se transmuta en carga. El nombre que resulta contrario a la dignidad de la persona que lo porta termina por atentar contra el derecho que, por definición, debe preservar. El uso de un nombre que confirmar la dignidad y la identidad adquiere así el carácter de derecho humano y debe verse como un derecho fundamental y, por tanto, incompatible con



la objetivación de quienes presume. Su uso e inmutabilidad, para servir a los intereses de otros, no puede ser anular la dignidad del individuo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un dictamen consultivo (CIDH OC 24/2017) sobre identidad de género, igualdad y no discriminación entre parejas del mismo sexo, afirmó que «El nombre como atributo de personalidad, constituye una expresión de individualidad y tiene como objetivo afirmar la identidad de una persona ante la sociedad y acciones contra el Estado. Con él, intentamos que cada persona tenga un signo distintivo y único a los demás, con los que se puede identificar y reconocer. Además, esta Corte indicó que el derecho a un nombre (reconocida en el artículo 18 de la Convención y también en varios instrumentos normas internacionales) es un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin la cual no puede ser reconocido por la sociedad o registrado en el Estado. Sobre el tema el Pacto de San José de Costa Rica establece: “Artículo 18. Derecho al nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre y a los nombres de sus padres o al de uno de estos. La ley debería regular cómo garantizar ese derecho a través de nombres ficticios, si es necesario”. Corresponde al Estado garantizar que las personas puedan vivir con dignidad. También es responsabilidad del Estado garantizar que todas las personas el derecho a un nombre. Luego analiza las posibilidades de modificación del apellido, y concluye que se debe hacer lugar a la petición para garantizar la dignidad del peticionante, puesto que desde cualquier ángulo que analice el tema, la única conclusión compatible con la garantía de los derechos humanos del autor, asegurado en la Constitución de la República, es por la aceptación de la solicitud. Advierte que ni siquiera son necesarias pruebas de las humillaciones o vergüenzas descriptas en la demanda inicial porque no es una solicitud de cambio de nombre, para cuya recepción el artículo 57 de la ley 6.015 / 73 exige demostración de excepcionalidad y motivación específica. El cambio de apellido, en todos los casos descriptos, es independiente de la justificación, por lo que entendió que tampoco requiere motivación específica. Finalmente dejó en claro que la abolición de apellido Silva, y la adición del apellido Bessa, en nada perjudicará la identificación del autor a efectos legales, en la medida en que sea apellido materno, y también porque la identificación civil es compuesto por otros elementos más estables, como el número CPF (documento personal fiscal) y del RG (documento de identidad o cédula de identidad) no cambiarán y que al conservar al menos el apellido materno, sin perjudicar a terceros, concluye que es necesario aceptar la demanda.

#### **En Portugués:**

SENTENÇA Processo Digital nº: 1002951-46.2020.8.26.0002 Classe - Assunto Retificação ou Suprimento ou Restauração de Registro Civil - Retificação de Nome Requerente: Paulo Henrique Sales Silva

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA DE SÃO PAULO FORO REGIONAL II - SANTO AMARO 15ª VARA CÍVEL SÃO PAULO 20/082020



SENTENÇA Processo Digital nº: 1002951-46.2020.8.26.0002 Classe - Assunto Retificação ou Suprimento ou Restauração de Registro Civil - Retificação de Nome Requerente: Paulo Henrique Sales Silva Juiz(a) de Direito: Dr(a). Vanessa Vaitekunas Zapater Vistos. PAULO HENRIQUE SALES SILVA move a presente ação de retificação de registro com a finalidade de SUPRIMIR o patronímico SILVA e incluir patronímico do avô materno BESSA. Explica que sofreu diversos abusos físicos e psicológicos de familiares paternos durante a infância, e por este motivo não deseja mais ostentar o patronímico paterno. A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 10/52, complementados pelos documentos de fls. 74/83. O Ministério Público manifestou-se pela procedência do pedido às fls. 88/89. Relatados, decido. O pedido é procedente. Não há vedação legal para supressão de sobrenome nos moldes buscados pelo autor, tampouco para a inclusão do sobrenome do avô materno. O nome, compreendido neste conceito tanto o prenome quanto o sobrenome, é direito inerente à personalidade da pessoa, tal qual estabelece o artigo 16 do Código Civil. Sua natureza de direito subjetivo é apontada por Caio Mário da Silva Pereira ao mencionar que “o nosso direito, não obstante o silêncio do Código Civil de 1916, sempre pendeu para definir o nome como um direito, designativo do indivíduo, e fator de identificação”<sup>1</sup>. Trata-se de um dos aspectos do direito à individualidade, ligado intimamente à dignidade da pessoa humana (Constituição da República, artigo 1º, III). A esse respeito, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior comentam que “O direito à identidade pessoal, titularizado pelo sujeito, pode ter como objeto dessa proteção (dentro o rol dos objetos do direito de personalidade ou melhor, de humanidade) aspectos de potência intelectual (inteligência, liberdade, dignidade) ou aspectos de potência sensitiva (autoestima, memória) do ser humano. O direito ao nome, bem como à identidade pessoal, é decorrência do princípio da dignidade humana”<sup>2</sup>. Pode-se dizer que o efetivo exercício dos direitos humanos à identidade pessoal e à dignidade pela pessoa está intimamente ligado ao uso 1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil volume I. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Página 208. 2 NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. Código Civil Comentado. 17ª edição. São Paulo: RT, 2017. Página 371. do nome, de modo que é imprescindível a adequação deste a seu objetivo primordial. No que diz respeito ao uso do nome, para realização dos direitos à personalidade e à dignidade não basta que ao indivíduo seja atribuído qualquer nome. É necessário que o nome ostentado pela pessoa confirme sua identidade e sua dignidade, sem o que o direito se transmuta em fardo. O nome que se revela contrário à dignidade de quem o carrega acaba por ofender o direito que, por definição, deve preservar. O uso de nome que confirme a dignidade e a identidade recebe, assim, caráter de direito humano. Cabe lembrar a lição de Oscar Vilhena Vieira, ao ensinar sobre o conceito de dignidade da pessoa humana diz que “o princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios”<sup>3</sup>. O uso do nome, portanto,



deve ser visto como direito fundamental e, deste modo, é incompatível com a objetificação de quem o ostenta. Seu uso e sua imutabilidade, ao servir a interesses alheios, não pode se sobrepor à dignidade do indivíduo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em parecer consultivo sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação entre casais do mesmo sexo, asseverou que “O nome como um atributo da personalidade, constitui uma expressão da individualidade e visa afirmar a identidade de uma pessoa perante a sociedade e as ações contra o Estado. Com ele, procura-se conseguir que cada pessoa tenha um sinal distintivo e 3 VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. Página 67. Singular frente às demais, com o qual pode ser identificado e reconhecido. É um direito fundamental inerente a todas as pessoas pelo simples fato de sua existência. Além disso, este Tribunal indicou que o direito ao nome (reconhecido no art. 18 da Convenção e também em vários instrumentos internacionais) constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa, sem o qual ela não pode ser reconhecida pela sociedade nem registrada perante o Estado. (...)”<sup>4</sup> Sobre o tema, estabelece o Pacto de San Jose da Costa Rica: “Artigo 18. Direito ao nome Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”. Cabe ao Estado assegurar que os indivíduos possam viver com dignidade. Incumbe do mesmo modo ao Estado assegurar a todas as pessoas o direito ao nome. Acerca deste ponto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, ao decidir sobre o direito à modificação dos registros e documentos de identidade de pessoas transgêneras discorreu que “o Estado deve abster-se de interferir em condutas que não prejudicam a terceiros e, ao mesmo tempo, buscar viabilizar as concepções e os planos de vida dos indivíduos, preservando a neutralidade estatal”<sup>5</sup>. 4 [Corte IDH. OC 24/2017, Parecer consultivo sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação entre casais do mesmo sexo, de 24-11-2017, solicitado pela República de Costa Rica. Tradução livre. Resumo oficial. 5 ADI 4.725. Julgado em 01.03.2018. DJe 07.03.2019. Conclui-se, assim, que é dever do Estado garantir que o uso do nome pelo indivíduo represente a ele garantia e confirmação de sua identidade e dignidade, de modo que a modificação de nome almejada com a finalidade de preservar ou restabelecer a dignidade da pessoa humana, salvo se prejudicial a direitos de terceiros (e apenas no que se limitar a isso), não pode ser impedida pelo Estado que, ao contrário, tem o dever de agir para assegurá-la. É sob este prisma que se interpreta a Lei 6.015/73, que de outra forma, caso representasse perigo ao exercício da dignidade da pessoa humana, não poderia ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988. São diversas as hipóteses legais para alteração do sobrenome. Com efeito, o casamento (Código Civil, artigo 1.565, §1º), o divórcio (Código Civil, artigo 1.571, §2º), a adoção (ECA, artigo 47, §5º), o reconhecimento de paternidade socioafetiva (Lei 6.015/73, artigo 57, §8º). O reconhecimento da paternidade após o registro civil, a qualquer tempo, gera também o direito do filho ao acréscimo do sobrenome paterno, ainda que a hipótese não esteja expressamente



prevista na lei. A prática decorre do disposto no artigo 55 da Lei 6.015/73, interpretado, evidentemente, à luz da Constituição de 1988, de acordo com a qual não pode haver preponderância do sobrenome paterno sobre o materno. Da análise das diversas possibilidades de modificação do sobrenome, não há outra conclusão compatível com a necessária garantia ao direito à dignidade do autor senão a de que o requerimento formulado na inicial é possível e deve ser aceito. Ora, se é garantido à pessoa casada o direito de suprimir um dos sobrenomes de família, desde que mantenha algum, o mesmo direito é de ser garantido à pessoa solteira, uma vez que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (Constituição da República, artigo 5º, caput). Por qualquer ângulo que se analise a questão, a única conclusão compatível com a garantia dos direitos humanos do autor, assegurados na Constituição da República, é pelo acolhimento do pedido. Não vislumbro necessidade de prova da humilhação ou do vexame descritos na inicial, porque não se trata de pedido de alteração de prenome, para cujo acolhimento o artigo 57 da lei 6.015/73 exige demonstração de excepcionalidade e motivação específica. A alteração de sobrenome, em todos os casos descritos acima, independe de justificativa, razão pela qual entendo que o pedido formulado no presente caso, da mesma forma, prescinde de motivação específica. Por fim, é importante deixar assente que a supressão do sobrenome Silva, e o acréscimo do sobrenome Bessa, conforme requerido, em nada prejudicará a identificação do autor para fins legais, na medida em que é mantido o sobrenome materno, e também porque a identificação civil é composta por outros elementos mais estáveis, tais como o número do CPF e do RG, que não se alterarão. Por todo o exposto, por ser do Estado o dever de assegurar os direitos de personalidade do autor, inclusive o uso do nome, e por não haver qualquer vedação legal para supressão do patronímico paterno, desde que preservado ao menos um sobrenome familiar, e tendo em vista ainda que não se vislumbra qualquer prejuízo a terceiro, impõe-se o acolhimento do pedido. Posto isto, julgo PROCEDENTE o pedido para determinar a SUPRESSÃO do sobrenome Silva do nome do requerente, e acréscimo do sobrenome Bessa, que passará a se chamar PAULO HENRIQUE SALES BESSA. Extingo o processo com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Ciência ao Ministério Público. Custas na forma da lei. Não há condenação em honorários por se tratar de ação de jurisdição voluntária. Com o trânsito em julgado, expõe-se mandado de averbação. R.P.I. São Paulo, 20 de agosto de 2020.

---

## II.2.- Defensoria Pública da União de Brasil

**II.2.1.- Fallo:** Recurso extraordinario Federal. Extranjero - Expulsión – hijo brasileiro- soberanía nacional versus familia. Párrafo 1 del artículo 75 de la Ley 6.815/1980 y Convención sobre los Derechos del Niño. Orden de expulsión emitida por el Poder Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Justicia no tiene validez porque rigen los principios de protección integral de los niños y



adolescentes según la CN de Brasil y la Convención sobre los Derechos del Niño que ha sido ratificada por el Estado.

**Tribunal:** Supremo Tribunal Federal

**Fecha:** 25/6/2020

**Voces:** Hábeas Corpus. Expulsión extranjeros. Recurso Extraordinario Federal. Derechos del niño. Convención sobre los Derechos del Niño. Constitución Federal Brasileña. Declinación de soberanía. Defensa Pública Federal. Amicus curae.

**Hechos:** Se trata de un Recurso extraordinario ante el Supremo Tribunal Federal en el marco de un Habeas Corpus, que es admitido por tener repercusión general, contra una orden de expulsión a un ciudadano nativo de Tanzania, emitida por el Ministro de Estado de Justicia, por la que ordena la expulsión en el año 2006.

El ciudadano había sido condenado en 2003 por uso de documento falso (arts. 304 y 297 del Código Penal de Brasil), luego de cumplida la pena, en el año 2006 se le ordena la expulsión por parte del Ministerio de Justicia dependiente del Poder Ejecutivo Nacional. En el marco del Hábeas Corpus se sostiene que el ciudadano extranjero ha sido padre de un niño brasileiro con posterioridad al acto que diera origen a la expulsión y que se debe privilegiar el derecho del niño por ante el derecho soberano del Estado de expulsarlo por la comisión de un delito y el cumplimiento de la pena impuesta. La Defensa Pública Federal de la Unión, se presenta como amicus curae y sostuvo que, de expulsarlo, se viola el derecho constitucional en cuanto a la convivencia familiar y comunitaria del niño o el adolescente, sus derechos de ser asistidos y educados por los padres y también va en contra de lo establecido por el Estatuto del Niño y del adolescente (ECA), no debiendo hacerse diferencias entre el hecho si el nacimiento del hijo del expulsado, se produce antes o después del hecho que motivara la expulsión, pues lo que se debe tener en cuenta es la igualdad de trato de los niños o adolescentes en casos similares, que prima por sobre el derecho soberano del Estado de pretender expulsar a un condenado. Llega a conocimiento del Superior Tribunal Federal por vía del recurso Extraordinario.

**Fundamentos jurídicos:** En la sentencia se hace lugar al planteo, prohibiendo la expulsión pues su hijo fue reconocido o adoptado en Brasil después del acto expulsatorio. Se funda principalmente a que no surge de la Constitución Federal de 1988 la obligación de expulsar a un extranjero cuyo hijo brasileño fue reconocido o adoptado con posterioridad al hecho que dio lugar al acto de la expulsión, y toda vez que se determina que el niño está bajo la custodia del Extranjero y depende de él económica y afectivamente. Que debe primar el interés superior del niño, y el Estado debe garantizar su permanencia con su padre, que además es su sostén económico, que así también está previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Brasil y en otras normas internas que protegen los derechos de los niños, adolescentes y jóvenes. Que





si bien la expulsión de extranjeros o su revocación, son expresiones de la soberanía estatal, y medidas político-administrativas de atribución exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional -que además es competente para evaluar discrecionalmente la conveniencia, necesidad y utilidad de la expulsión- no debe perderse de vista que en la ley migratoria vigente restringe aún más la competencia del Poder Ejecutivo para expulsar, pues en el art. 55 II a) establece la prohibición de expulsión para casos en los que el expulsando tenga hijo brasileiro que estuviera bajo su guarda o dependiera de él económica o socioafectivamente. Se destaca en el fallo, que la Constitución Federal de 1988, promulgada el 05/10/1988 y vigente desde entonces, al adoptar expresamente la doctrina de la protección integral, que anticipó la propia Convención sobre Derechos del Niño formalmente incorporado en el ordenamiento positivo brasileño mediante el Decreto nº 99.710 / 1990 y que define niño como “todo ser humano con menos de dieciocho años de edad, salvo que, de conformidad con la ley aplicable al niño, la mayoría de edad se alcanza antes” deben evaluarse en el caso llegado a conocimiento. En Brasil, el Estatuto de la Niñez y la Adolescencia (Ley 8.069 / 90) se estableció conforme el nuevo modelo constitucional basado en la centralidad de los intereses de los niños y adolescentes para que sean respetados en cuanto sus condiciones de persona en desarrollo. Así, es que debe primar la doctrina de la protección integral frente al tratamiento de la expulsión de su padre extranjero debiendo el Estado garantizarles a los niños y adolescentes por sobre cualquier otro derecho soberano, el absoluto goce de los derechos a la vida, la salud, alimentación, educación, ocio, profesionalización, cultura, dignidad, respeto, libertad y la vida familiar y comunitaria, además de situarlos a salvo de cualquier forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad u opresión.

#### En Portugués:

É vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório Síntese fática e jurídica O caso diz respeito a um cidadão da Tanzânia condenado, em 2003, por uso de documento falso (artigo 304, combinado com o 297 do Código Penal). Após o cumprimento da pena, foi instaurado inquérito policial para expulsão que, em 2006, resultou em portaria do Ministério da Justiça determinando sua saída do país.

No Recurso Extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a União questionava decisão anterior do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que havia proibido a expulsão, levando em conta os princípios da proteção do interesse da criança previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Segundo a União, a legislação da época só vedava a expulsão se a prole brasileira fosse anterior ao fato motivador, e impedir sua efetivação contrariaria a soberania nacional, pois se trata de ato discricionário do presidente da República.

No caso a Defensoria Pública da União (DPU), atuou como *amicus curae* e sustentou perante a Egrégia Corte que não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o





reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que a motivar. Na manifestação apresentada ao STF, a DPU sustentou que entendimento em sentido contrário violaria o direito constitucional do convívio afetivo-familiar (§§ 3º a 5º do art. 2261 e o § 6º do art. 227 da Constituição Federal), o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária (art. 227, caput, da Constituição da República) e o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229 da Constituição da República). A mesma argumentação também apresentada a luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Apontou, ainda, a ausência de razoabilidade na distinção que permite a expulsão pela existência de filhos antes do fato motivador, e não após o ato motivador, bem como a violação ao direito à igualdade.

#### **Da decisão**

O julgamento do RE 608898 iniciado em 2018 e concluído no ano de 2020, fixou a seguinte tese “O § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório, uma vez comprovado estar a criança sob guarda do estrangeiro e deste depender economicamente”.

#### **Ver fallo completo en página 145**

##### **Link fallo completo:**

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3838306>

---

**II.2.2.- Fallo:** Medida cautelar impulsada por la Defensa Pública Federal ante el Supremo Tribunal Federal, para suspender desalojo en detrimento de Comunidad indígena Pataxó de Ponta Grande durante el período de Pandemia de Covid 19.

**Tribunal:** Supremo Tribunal Federal.

**Fecha:** 02/09/2020

**Voces:** Amparo. Comunidades Indígenas. Derechos originarios. Derecho al medio ambiente. Derechos culturales de los pueblos originarios. Pandemia Covid 19. Derecho a la salud. Derechos fundamentales de grupos vulnerables. Constitución de Brasil. Desalojo.

**Hechos:** Se encuentra en litigio la posesión de tierras por parte de una comunidad indígena denominada “PATAXÓ DE PATA GRANDE” en el Estado de Bahia (Br), en la que aun quedarían pendientes procedimientos demarcatorios, y cuya titularidad es demandada por particulares mediante acción posesoria. En dicha causa, se dicta una decisión por parte de un Juez Federal de 1ª Instancia haciendo lugar a una cautelar pedida por los actores ordenando la restitución de las tierras a los particulares, en plena



pandemia por Covid.19. La Defensoría Pública de la Unión, tomando vista de la resolución dictada por el Juzgado Federal Civil y Penal de la Subsección Judicial de Eunápolis, en el expediente del Proceso 1001524-13.2020.4.01.3310 por la que se intima a la comunidad a desalojar en el plazo de cinco días., se presenta al Supremo Tribunal Federal y sostiene que además de existir elementos que indican que el procedimiento de demarcación está en curso e incluye el área en disputa, la decisión del Juzgado Federal de Eunápolis / BA es contraria a lo resuelto en el Recurso Extraordinario No. 1017365 / SC, sentencia en la que se ordenó la suspensión nacional de procesos judiciales relacionados con acciones posesorias, anulatorias de procesos de demarcación, y los recursos relacionados con dichas acciones, relacionadas con comunidades aborígenes y que se fundó especialmente en la mayor vulnerabilidad frente a la nueva enfermedad pandémica a la que quedan expuestos los nativos, y que además debido a la pandemia instalada por el virus COVID-19, una medida que ordene el desalojo compulsivo de grupos o personas vulnerables de su lugar de residencia lo más probable es que los desplazados migren a otros espacios colectivos, en los que tal vez hasta no tengan ni siquiera suministro de agua, contrariando todas las recomendaciones por la pandemia. Funda su pedido también en lo dispuesto por la Constitución Nacional de Brasil (artículos 231 y 232) en cuanto reconocen el derecho originario de los indios (declarativo y no constitutivo) sobre las tierras tradicionalmente ocupadas y las que son utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural. Exige que el Tribunal Supremo emita una orden judicial para suspender los efectos de la decisión reclamada y, finalmente, la nulidad del acto reclamado.

**Fundamentos jurídicos:** El Supremo Tribunal Federal hace lugar al pedido de la Defensa Pública de la Unión, suspendiendo la reintegración del inmueble a favor del particular reclamante, fundándose principalmente en la arbitrariedad de la decisión del Juzgado Federal Civil y Penal de la Subsección Judicial de Eunápolis (BA) que contraría lo decidido en el Recurso Extraordinario mencionado por la Defensa mientras exista Pandemia por covid 19.-

#### En Portugués:

**Supremo Tribunal Federal suspende a reintegração de posse em desfavor Comunidade Indígena Pataxó de Ponta Grande durante o período da pandemia de Covid19.**

#### Síntese fática e jurídica

Trata-se de reclamação constitucional ajuizada pela Defensoria Pública da União do Estado da Bahia em face da decisão proferida pelo Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Eunápolis – BA, nos autos da ação possessória nº 1001524-13.2020.4.01.3310, cujo teor violou a autoridade de julgado do Egrégio Supremo Tribunal adotado como solução no Recurso Extraordinário RE 1017365/SC, o qual determinou “a **suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados**





*a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso”.*

Nos autos do processo, o Juízo Federal de 1ª instância, acolhendo os argumentos lançados pelos autores, expediu mandado de reintegração de posse em desfavor da Comunidade Indígena Pataxó de Ponta Grande para desocupação da área em litígio no prazo de 05 dias.

A Defensoria Pública da União, além de apontar que a área vindicada pelos particulares teria indícios estar inclusa em procedimento demarcatório, recorreu ao Supremo Tribunal Federal, alegando a ausência de razoabilidade da retirada compulsória de grupos ou pessoas vulneráveis do seu lugar de moradia durante a grave crise sanitária vivenciada pela pandemia de Covid-19 bem como a maior suscetibilidade – comprovada por especialistas – dos indígenas, inclusive os não aldeados, ao novo Coronavírus. Trouxe a decisão proferida no RE 1017365/SC, a qual determinou a suspensão nacional dos processos judiciais que versam sobre ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas. E, por fim, referiu a previsão dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal, os quais reconhecem o direito originário dos índios (declaratório, e não constitutivo) sobre as terras tradicionalmente ocupadas e as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural.

#### **Da decisão**

O Supremo Tribunal Federal, acolhendo o pedido liminar, determinou a suspensão da reintegração de posse em favor do particular, sob o fundamento de violação da autoridade da decisão proferida que determinou a suspensão de reintegração de posse em favor de comunidades indígenas no período de pandemia (Tema 1301) bem como reconheceu a existência de perigo na demora da apreciação judicial devido à iminência do cumprimento da determinação judicial de desocupação da área pela comunidade indígena.

**Ver fallo completo en página 152**

**Ver Fallo completo:**

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5992903>

---

**II.2.3.- Fallo:** Se anulan los efectos del Decreto Presidencial N° 9831/2019 que eliminó la remuneración en once cargos de peritos del “Mecanismo Nacional de Combate y Prevención de la Tortura”.

**Tribunal:** Tribunal Regional Federal de la 2da Región (Rio de Janeiro).

**Fecha:** 15/08/2019





**Voces:** Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Derechos humanos. Cárceles. Legitimación de la Defensa Pública-legitimación-garantía del sistema republicano. Constitución de Brasil.

**Hechos:** En mayo de 2019 el Presidente de la República Federativa de Brasil eliminó por medio de un decreto, del ámbito del Mecanismo Nacional de Prevención y Combate Tortura (MNPCT), la posibilidad de remuneración a los peritos expertos, afectando a un total de once expertos, convirtiéndolos en cargos honoríficos y voluntarios. En la acción original, la Defensoría Pública postula en urgente protección cautelar, el retorno por parte de los once peritos a la posición que tenían antes del Decreto Presidencial N° 9.831/19. Sostiene la inconstitucionalidad e ilegalidad de los artículos 1, 2 y 3 del Decreto así como la inclusión del § 5 en el art. 10 del Decreto n° 8.154 / 13. En relación con la inconstitucionalidad, afirma que la eliminación de dichos cargos remunerados para los expertos del Mecanismo Nacional de Prevención y Combate de la tortura ofende intereses difusos, viola la Constitución, y viola compromisos relacionados con la lucha contra la tortura y la promoción derechos humanos en Brasil. También agrega que la reubicación de los puestos DAS 102.4 violan el principio de reserva legal correspondiente a organización de cargos y funciones públicas. Plantea también que colocar a un experto en calidad de voluntario significaría un incumplimiento del Tratado de ONU ratificado por Brasil y por lo tanto viola la ley y la Constitución, porque los tratados y convenciones del país, en materia de derechos humanos, ha adquirido la condición de bloque constitucional. En resumen, el Protocolo tiene un estatus legal fundamental. Y surge de los argumentos que también el servicio prestado por los peritos es de mucha utilidad respecto de personas alojadas en cárceles. Por su parte la Unión Federal presentó informes aduciendo entre otros fundamentos que la participación en el Organismo mencionado, es un servicio público relevante, pero que debe ser prestado de manera gratuita, sin remuneración, tal como ocurre con el Comité Nacional de Combate a la tortura, y que en todo caso debería exigirse un concurso público para el ejercicio del cargo como empleo público y plantea cuestiones de litispendencia sobre el mismo objeto procesal y se rechace la legitimidad de la Defensa Pública para actuar en el proceso.

**Fundamentos jurídicos:** La decisión judicial anula los efectos del Decreto Presidencial N° 9831/2019, rechaza las litispendencias planteadas por conexidad, y reconoce a la Defensa Pública de la Unión como legitimada para accionar, pues está reconocida constitucionalmente como institución indispensable para la función jurisdiccional del Estado, entre otros, como expresión e instrumento del régimen democrático, promoción de los derechos humanos. Precisamente en lo que se funda la discusión actual: defender el funcionamiento del Mecanismo Nacional para Prevenir y Combatir la Tortura (MNPCT), establecido por Ley 12.847 / 2013, resultado del compromiso ratificado por el Estado Brasil en el Protocolo Facultativo de la Convención de la ONU contra Tortura, promul-



gada por Decreto No. 6.085 de 19 de abril de 2007, destacando que las funciones que ejercen los miembros del Mecanismo Nacional de Prevención y Combate a la Tortura, están previstos en el artículo 9 de la Ley 12.847/95 y, en su caso, como protección de la dignidad de la persona humana, en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

#### **En Portugués:**

#### **Decisão judicial anula efeitos de decreto presidencial que extinguiu cargos remunerados de perito do Mecanismo Nacional de Combate e Prevenção à Tortura**

##### **Síntese fática e jurídica**

Em março de 2019, a Presidência da República retirou do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate a Tortura a possibilidade de remuneração dos seus peritos, enfraquecendo a sua estrutura e deixando os peritos na condição de membros honoríficos e voluntários.

A Defensoria Pública da União moveu ação civil pública objetivando que os efeitos do Decreto 9831/2019 não minorassem a estrutura do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate a Tortura. A tese defendida foi no sentido de que estatuir a condição de perito do Mecanismo como voluntária importaria em descumprimento de tratado ratificado pelo Brasil e assim violaria a lei e a Constituição, inclusive porque os tratados e convenções no país, quando tratam de direitos humanos, adquirem a condição de estarem dentro do que se chama de bloco constitucional. Em resumo, o Protocolo Aditivo teria status jurídico direito fundamental.

##### **Decisão**

A decisão judicial, mantida em grau de recurso, anulou os efeitos de Decreto Presidencial nº 9831/2019 que retirou do âmbito do Ministério dos Direitos Humanos cargos que previam a remuneração para os peritos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate a Tortura.

#### **Ver Fallo completo:**

<https://www10.trf2.jus.br/portal/wp-content/uploads/sites/28/2019/08/agravo-de-instrumento-50068936020194020000.pdf>



## III.- REPÚBLICA DE CHILE

### III.1.- Defensoría Penal Pública de Chile

**III.1.1.- Fallo:** CS 2020.06.15 ROL 30709-20

**Tribunal:** Corte Suprema de Chile.

**Lugar:** Santiago de Chile. República de Chile.

**Fecha:** 15/06/2020.

**Voces:** Violación de domicilio. Autorización judicial. Exclusión de prueba. Funcionarios públicos. Estupefacientes. Registro domiciliario.

**Hechos:** El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, en fecha 11/03/20 condenó a D.A.S.T como autor del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o sicotrópicas en pequeñas cantidades a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de una multa. La defensa dedujo recurso de nulidad contra la sentencia fundado en que se vulneró el derecho del imputado a la intimidad de inviolabilidad del hogar consagrado en la Carta Fundamental, por cuanto los Funcionarios Policiales ingresaron al domicilio sin una orden judicial ni autorización de la dueña y adentro del mismo encuentran un arma de fuego, cartuchos y cocaína base. La Corte Suprema resolvió acoger el recurso de nulidad deducido por la defensa y en consecuencia, invalidar la sentencia y el juicio oral ordenando se restablezca la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral, excluyéndose la prueba de cargo ofrecida por el Ministerio Público.

**Fundamentos jurídicos:** El cumplimiento de la obligación de registro de la resolución que dispone una diligencia que priva, restringe o perturba derechos que la Constitución asegura a los ciudadanos no admite excepciones como tampoco lo hace la satisfacción de las cargas de similar entidad que afectan a la policía y al Ministerio Público, y ello es así porque tratándose de medidas que afecten garantías fundamentales, su procedencia ha de estar supeditada al examen estricto de los intereses en juego, esto es, un análisis de proporcionalidad entre la afectación a producirse, la entidad de los bienes que aconsejan al persecutor a solicitarla y la de los antecedentes que la sustentan, aspectos todos que son cautelados a través del control judicial de su procedencia, sin que tal labor de tutela se agote en su otorgamiento ya que hade satisfacerse además la obligación de consignar tal mandato, con sus particularidades, así como todo



aquello invocado para justificar su procedencia.

No resulta lícito a la luz del ordenamiento jurídico que la policía en el marco de un procedimiento para ejecutar una orden de arresto cuya existencia se duda o al menos sus facultades, como el que los llevó al lugar de los hechos, de forma autónoma ingrese a un inmueble con autorización de quien prima facie aparece como la dueña o encargada del lugar con el objetivo declarado de revisar si la persona afectada por esa orden se encontraba en el lugar, obteniendo ese consentimiento en base a ello, y, en ese contexto, por sí y ante sí el personal decida revisar las dependencias del inmueble bajo la excusa de buscar a ese individuo encontrando un arma de fuego, cartuchos y cocaína base.

En lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

Pesa sobre el Ministerio Público la obligación de demostrar la satisfacción de todos los requisitos señalados en la Constitución y la Ley respecto de las actuaciones intrusivas dispuestas y practicadas, por lo que la orden que autoriza una diligencia tan lesiva como la dispuesta ha de quedar respaldada de la forma que la ley dispone precisamente porque ha sido el legislador quien ha decidido no entregar su validez a mecanismos probatorios manipulables e inciertos, por muy fiables que sean los testigos con que cuente el acusador. Así, si la defensa impugna la existencia de la orden corresponde que el órgano al que le interesa tal registro proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia e interesado en velar por ella. Exigir lo contrario supone pedir la prueba de un hecho negativo.

En consecuencia, por invocarse autorización de ingreso sin la existencia de indicio alguno de la comisión de un delito, el registro del interior del domicilio o morada resulta a todos luces desproporcionado y excesivo en el contexto en que los hechos se verificaron, por lo que es dable concluir que la policía se extralimitó de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador.

**Ver fallo completo en página 155**

---

**III.1.2.- Fallo:** ROL N° 33.721-2019.

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la República de Chile -Sala Segunda-.

**Lugar:** Santiago de Chile.

**Fecha:** 10 de marzo de 2020.

**Voces:** Agente Revelador - Autorización Fiscal Previa - Prueba Ilícita - Debido Proceso - Nulidad.







**Hechos:** El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso condenó al Sr. J.I.G.G. por el delito tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga. La defensa interpuso recurso de nulidad contra la sentencia por existir violación al derecho fundamental al debido proceso, el cual se encuentra garantizado por la Constitución Política de la República Chilena. En tal sentido, sostuvo la defensa que el funcionario de la policía de investigaciones que actuó bajo la figura del agente revelador, previsto en la ley 20.000, no contó con la previa autorización del Ministerio Público al momento de simular ser un comprador de droga, y pactar tanto el precio, como el lugar y fecha de entrega de la sustancia, tal como lo requiere el artículo 25 de dicha ley. Consecuentemente, resultó ser ilegal toda la prueba que fue producto de ese accionar y que influyó en la convicción de los jueces para arribar a la condena.

**Fundamentos jurídicos:** La Sala Penal -Segunda- de la Corte Suprema de Justicia, anuló tanto la sentencia como el juicio oral que le sirvió de antecedente, ordenando la celebración de un nuevo juicio con exclusión de la prueba ilícitamente obtenida. Sostuvo la Corte que no habiendo quedado registro en la carpeta del Ministerio Público, no pudo demostrarse durante el juicio la existencia de la autorización previa del fiscal de turno para hacer uso de la técnica del agente revelador, lo cual es absolutamente indispensable, no solo por exigirlo el artículo 25 de la ley 20.000, sino porque -en propias palabras de la Corte- se trata de una técnica investigativa tan violenta, que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, por ajustarse a una forma de investigación delictiva. Por ello, tanto el registro del imputado por parte de los funcionarios que concluyó con el hallazgo de las evidencias de cargo y el posterior registro domiciliario resultan ilegales y no debieron ser utilizadas ni valoradas en el juicio en contra del acusado, pues de lo contrario, se violenta su derecho a un proceso y una investigación previos racionales y justos.

**NORMAS CONVENCIONALES INVOLUCRADAS:** Si bien no se mencionan expresamente, al haberse anulado el juicio y por ende la sentencia por violación al debido proceso legal, puede interpretarse que estarían en juego los artículos 8 de la CADH y 14 del PIDCyP.

**Ver fallo completo en página 162**

### **III.2.- Asociación de Defensores Públicos Penales de Chile (ADPP)**

**III.2.1.- Fallo:** Causa Nro. 20878/19 seguida contra Soto Hernández, J.L.

**Lugar:** Segunda Sala de la Corte Suprema de Santiago de Chile

**Fecha:** 29/07/2019







**Voces:** Finalidad de la imposición de la pena. Interés Superior del Niño. Artículo 40.1 de la Convención de los Derechos del Niño. Ley Nro. 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente. Inaplicabilidad de la Ley N° 19.970 (Registro Nacional de ADN) respecto de condenados adolescentes.

**Hechos:** La Segunda Sala de la Corte Suprema de Santiago de Chile decidió, de oficio, dejar sin efecto la pena accesoria de incorporación de huella genética en el Registro Nacional de ADN de condenados impuesta al adolescente J.L. Soto Hernández por el 10° Juzgado de Garantías de Santiago y por la Corte de Apelaciones de San Miguel.

**Fundamentos jurídicos:** No corresponde imponer al adolescente J.L. Soto Ramírez la obligación de someterse a la extracción de muestras biológicas para ser incorporadas al Registro de Huellas Genéticas de imputados y condenados a los efectos de investigaciones futuras por hechos delictivos. Ello toda vez que la Ley sobre Responsabilidad Adolescente (20.084), además de ser posterior a la creación de dicho registro (Ley 19.970), impone la aplicación de un régimen penal especial respecto de los adolescentes infractores en concordancia con lo dispuesto por el Art. 40.1 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que los niños/as y adolescentes infractores deberán ser tratados de acuerdo a su particular dignidad, cuidando fortalecer sus valores y su reinserción a la sociedad de acuerdo al principio convencional rector del interés superior del niño. Ello sumado a que la ley sobre Responsabilidad Adolescente consagra un subsistema penal especial mínimo cuyo norte es la reinserción social del adolescente. En síntesis, la Corte entendió que no corresponde al adolescente J.L. Soto Hernández someterse a la toma de muestras biológicas de referencia toda vez que esta imposición sólo es exigible respecto de los adultos al tiempo que perturba su reinserción futura en la sociedad y amenaza de forma concreta la garantía de su libertad personal.

**Ver fallo completo en página 172**

---

**III.2.2.- Fallo:** CS 2020.01.08 ROL 26.887-2019 E.E.S.E

**Tribunal:** CORTE SUPREMA DE CHILE

**Lugar:** Colina, República de Chile.

**Fecha:** 08/01/2020

**Voces:** Delitos sexuales; Causales de extinción responsabilidad penal; Responsabilidad penal adolescente.

**Hechos:** El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, por sentencia de veintisiete de agosto de dos mil diecinueve, en los antecedentes RIT N° 75-2019, RUC N°





1501210042-3, condenó –por decisión de mayoría- al acusado **E.E.S.E** (*Adolescente a la fecha de ocurrencia de los hechos*) a sufrir una sanción de tres (3) años de libertad asistida especial, con programa de reinserción social, por su participación en calidad de autor del delito de abuso sexual reiterado, cometido en perjuicio de las víctimas menores de edad de iniciales K.G.L.S. y M.B.L.S., previsto y sancionado en el artículo 366 bis, en relación con el artículo 366 ter, ambos del Código Penal, perpetrado desde fines del año 2008 hasta mediados del año 2009, en la comuna de Colina. La referida sentencia desestimó, además, la excepción de prescripción opuesta por la defensa del encartado.

En contra de dicho fallo, la Defensoría Penal Pública dedujo recurso de nulidad, en virtud de que entiende que se ha realizado una errónea aplicación del derecho

**Fundamentos jurídicos:** Corte Suprema decide acoger el recurso de nulidad deducido por la defensa en razón de: (1) En la sentencia recurrida se aplicó erróneamente el derecho; Lo anterior se verifica, ya que: (2) la acción penal, y la pena, se encuentran prescritas, porque, respecto al recurrente, prima el estatuto especial establecido en la Ley de responsabilidad Penal Adolescente; Con lo anterior: (3) señalan que prefiere en su aplicación el artículo 5 de la ley 20.084, en desmedro del 369 quáter. Esto, en la práctica, significa que la prescripción corre desde que se produce el hecho, y no queda suspendida, como establece el 369 quáter, hasta que la víctima cumple la mayoría de edad. En contra, el Ministro Sr. Lagos esta por rechazar el recurso, puesto que: (1) El considera que el artículo 5 de la LRPA se refiere al término que debe transcurrir para que se cumpla la prescripción; (2) En cambio, el artículo del Código Penal se refiere al momento en que la prescripción comienza a correr, esto es, cuando la víctima menor de edad cumple los 18 años. (3) De lo anterior, concluye que ni la pena ni la acción penal se encuentran prescrito.

El voto mayoritario de la Corte Suprema aplicó el artículo 40 N° 1 de la Convención sobre Derechos del Niño

**Ver fallo completo en página 176**

---



## IV.- REPÚBLICA DEL PARAGUAY

### Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

**1.- Fallo:** “DENIS RAMON FERREIRA BENITES s/ROBO AGRAVADO”

**Tribunal:** Juzgado Penal de Sentencia N° 4

**Lugar:** Asunción, República del Paraguay

**Fecha:** 23/09/2020

**Voces:** Valoración de la prueba – Testigo de referencias – Contradicciones – in dubio pro reo – absolució – Perspectiva de género

**Hechos:** El 10 de junio de 2017, la víctima, ex pareja del imputado, se encontraba caminando por la calle dirigiéndose a su domicilio. La intercepta el mismo quien, previo descender de una motocicleta, la toma por detrás del cuello y la golpea en la cervical con una pistola, diciéndole que si gritaba le dispararía. Le sustrae dinero y un cargador portátil de su cartera y la tira al piso, amenazándola. El 20 de junio, aproximadamente al mismo horario, el imputado vuelve a interceptarla en la calle, le pone un cuchillo en la espalda, la amenaza, le pega una bofetada y sale corriendo llevándose su mochila.

Se recibe la declaración de la madre de la joven, como testigo de referencias. La misma ratifica las denuncias. Tanto el Ministerio Público Fiscal como la Defensa solicitaron la absolució atento a las contradicciones en el testimonio de la denunciante y a la falta otra prueba que acreditara los hechos y la intervenció del imputado.

**Síntesis derecho:** El Tribunal de Apelación Segunda Sala anuló la sentencia dictada por el Tribunal de Sentencia colegiado. Este Juzado Penal de Sentencia Nro 4, que conoce el caso en virtud del reenvío, absuelve al imputado por falta de certeza para dictar una sentencia condenatoria.

**Agravios (Normas):** No se cita ninguna norma convencional. Art. 4 y 5 CPP Paraguay y art 17 inc. 1 Constitución Nacional de Paraguay

**Fundamentos Jurídicos:** “no se puede avalar una condena con la declaración en juicio de la víctima más aún cuando han existido inconsistencias en el testimonio”

“en este juicio tenemos dos declaraciones y estas declaraciones tienen detalles que no han sido corroborados y otros hechos agregados en este juicio que generan un estado de duda primero sobre la credibilidad de dichos testimonios por diferir en la acusación y en las declaraciones efectuadas ante ambos Tribunales que genera un estado de DUDA que es insuperable





*¿por qué es insuperable? Porque acusar a una persona de un hecho con la cual se tuvo una relación sentimental que difieren en el tiempo, a parte de que tampoco son corroborados por ningún otro medio de prueba, así como tampoco no tenemos evidencias de ningún arma...”*

*“y finalmente existen dudas de como finalmente ocurrieron los hechos por la variación en las declaraciones con la acusación. Para este Tribunal hay duda de que haya habido esos objetos que se hayan sacado mediante la fuerza, que se haya utilizado un cuchillo o que se haya utilizado un arma, y que haya sido el acusado ... es decir, no podemos superar ese estado de duda **con los simples** relatos que no generan la convicción sobre la veracidad de los mismos, siendo insuperable el estado de dudas por la falta de otras pruebas que acrediten la existencia del hecho y la responsabilidad en los hechos acontecidos...” (sic) (el resaltado corresponde al original)*

*“No es posible dictar sentencia condenatoria por simples suposiciones, indicios sin suficiente fuerza probatoria o de direcciones sin razonamiento jurídico. Probar es demostrar la verdad, la prueba judicial, consiste en la confrontación de las versiones dadas por los testigos con otros medios ofrecidos y producidos”*

*“el caudal probatorio ha sido insuficiente y contradictorio para destruir el estado de inocencia del procesado”*

*“El principio “in dubio pro” reo es un apotegma que se convierte en auxiliar del Juez a la hora de interpretar y valorar la prueba, derivado del principio “favor rei”, aplicable en casos en el que existiendo pruebas de signo inculpatario, éstas dan margen a una duda racional, y si la prueba practicada no es bastante para formar su convicción o apreciación en conciencia en orden a la culpabilidad o inocencia del acusado, las dudas habrán de resolverse siempre a favor del reo”.*

**Ver fallo completo en página 182**

---

**2.- Fallo:** “Recurso extraordinario de Casación interpuesto por la Abog. Blanca Lila Martínez Flores Defensora Pública en Defensa de los Señores Antolín Ayala, Rofino Giménez y Erich Giménez en los autos: Lucio Wilfrido Fuentes y otros s/ homicidio”.

**Tribunal:** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PARAGUAY.

**Lugar:** Asunción, República del Paraguay.

**Fecha:** 04/06/2019

**Voces:** Casación, derecho de defensa, consultor especializado en cuestiones técnicas indígenas, sana crítica, pericia, testimonio de oídas.

**Hechos:** Tres personas pertenecientes a un pueblo indígena fueron condenados por Homicidio, sin que se aplique el derecho consuetudinario, y valorando arbitrariamente la prueba, el Tribunal Multifueros de Pte. Hayes confirmó la Sentencia y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, vía recurso de casación anuló primero el



fallo de confirmatorio y luego el de mérito Absolviéndolos.

**Fundamentos jurídicos:** *“...expone una síntesis breve de manera general de lo que fue el Fallo del Tribunal de sentencia, se pone a relatar el camino que ha seguido el mismo para dictar su sentencia repitiendo los mismos argumentos y utilizando frases de rutina para intentar fundamentar de esa manera su decisión... el deber de control de legalidad de la sentencia, implica un análisis de las reglas de logicidad seguidas por el Tribunal de Mérito, es justamente a esto que debe ceñirse el control, y en base a ese análisis exponer una fundamentación respecto a cada cuestión objeto del recurso ... la descripción de frases que son utilizadas normalmente para referirse a ciertas figuras jurídicas o instituciones procesales, o la crítica genérica a un fallo dictado, no constituyen en ningún caso fundamentación lógica de la sentencia...”*

*“Puesto que para aplicar el derecho consuetudinario que ampara la Constitución Nacional y los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Paraguay, es necesario conocer la forma de vida, costumbres y tradiciones de la comunidad indígena del miembro que está siendo procesado penalmente, para esto, precisamente es necesario la presencia del consultor técnico especializado en cuestiones indígenas, situación que no se ha dado durante el proceso penal...Esta violación a las reglas establecidas en favor del imputado, y que afectan el ejercicio de la defensa en juicio, no pueden ser subsanables de ningún modo, puesto que justamente las formas están taxativamente previstas para precautelar esos derechos fundamentales por su vital importancia, y apartarse de ellas implica la nulidad absoluta de las actuaciones... con esto se limita el ejercicio del derecho a la defensa, ya que los acusados miembros de la comunidad debe ser asesorados de manera precisa y clara respecto de las implicancias que pudiera tener un proceso penal en su contra, y asimismo los demás intervinientes, Ministerio Público y órganos jurisdiccionales deben conocer y entender las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para así posibilitar el amplio ejercicio de la defensa en base a ellas.”*

Con relación a las huellas de manos y pies levantadas en el lugar del hecho, que el propio tribunal concluye en base al informe técnico, haciendo el contraste de la huella con la palma de la mano de Antolín Ayala, en donde se tuvo aproximadamente ocho puntos de coincidencia, y el citado informe técnico dice claramente que recién a partir de doce puntos coincidentes con las huellas tomadas se puede colegir que corresponderían a las huellas dactilares de la misma persona claramente el tribunal de mérito no siguió las reglas del razonamiento lógico al momento de valorar el medio de prueba señalado, ya que de manera contundente se concluyó en el informe técnico que científicamente a partir de doce puntos coincidentes recién se puede colegir que las huellas pertenecen a una misma persona, y el Tribunal de manera inversa estableció que Antolín Ayala fue el autor del hecho siendo que solo se han establecido ocho puntos coincidentes, y de ninguna manera, en este caso, se puede dar por acreditado tal hecho, en tal sentido, el tribunal se apartó del razonamiento lógico al momento de otorgar valor al medio de prueba, porque de ninguna manera podía arribar a tal conclusión, partiendo de la premisa establecida en el informe técnico, el cual fue claro y concluyente.



*“El problema de los testigos de referencia radica en la casi nula eficacia demostrativa respecto de las circunstancias fácticas, ya que en la declaración, el testigo no puede acreditar el contenido de sus dichos, solo se puede acreditar verazmente lo narrado por un tercero, la persona que le contó al testigo respecto de los hechos que este declara. En consecuencia el testimonio de referencia solo puede ser valorado eficazmente cuando existan otros medios de pruebas que puedan acreditar la veracidad de los acontecimientos ocurridos, y que fueron narrados por el testimonio de referencia”.*

**Ver fallo completo en página 197**

---

**3.- Fallo:** “Recurso de Casación interpuesto por el Defensor Público Penal de Asunción Carlos Arce Letelier en representación de Gregorio Daniel Maldonado en ‘Gregorio Maldonado y otro s/ robo agravado’” -.

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay

**Lugar:** Ciudad de Asunción, República del Paraguay

**Fecha:** 20/02/2019

**Voces:** Nulidad de la acusación. Plazo razonable.

**Hechos:** El Defensor Público Penal de la Ciudad de Asunción interpuso un recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Paraguay contra el fallo dictado por la Segunda Sala del Tribunal de Apelaciones de aquella Ciudad, que había dispuesto confirmar la sentencia condenatoria dictada contra su defendido, en base a dos argumentos centrales: 1) la presentación fuera de plazo de la acusación y 2) la falta de fundamentación del fallo del tribunal de apelaciones que confirmó la sentencia de primera instancia.

La Corte, por mayoría, dispuso hacer lugar al recurso planteado, anuló los fallos dictados en primera y segunda instancia y sobreseyó al señor Gregorio Maldonado.

**Fundamentos jurídicos:** La Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay entendió que, al haber sido la acusación fiscal presentada de manera extemporánea -es decir, por fuera de los plazos previstos por la norma procesal- se afectó la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocida en el artículo 8.1.e de la CADH.

En este orden, la Corte consideró que dicha garantía es una “manifestación implícita” del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, con base en el principio de dignidad humana. Ello, por cuanto tiene como finalidad impedir que todo/a imputado/a permanezca largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta sea resuelta de la manera más rápida posible, siendo obligación del Juez de Garantías velar por su efectivo resguardo.

Así, aseveró que la afectación a esta garantía implica una nulidad de tipo absoluta, imposible de ser subsanada *a posteriori*.

**Ver fallo completo en página 210**



## V.- REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

### Asociación de Defensores Públicos del Uruguay (ADEPU)

**Fallo:** “MILKA YANELA GÓMEZ ALMEIDA y JORGE NERINSON SILVA ALMEIDA”, Expte. IUE 395-60/2019 INCIDENTE DE NULIDAD”

**Tribunal:** Tribunal de Apelaciones Penal 1º turno. Sentencia N°: 612/2020.

**Lugar:** Montevideo.

**Fecha:** 18/09/2020

**Voces:** Tutela judicial efectiva. Derecho de la Víctima y sus familiares. Juicio Abreviado. Garantías Judiciales. Garantías Procesales. Debido proceso. Nulidad.

**Normas involucradas:** art. 8 Convención Americana de DDHH; art. 25 Convención Americana de DDHH.

**Hechos:** En un proceso penal, al que se le imprimió el trámite de juicio abreviado, se omitió notificar a la víctima de las audiencias que se llevarían a cabo, pese a que habían comparecido en el proceso y constituido domicilio electrónico a esos fines. El juicio penal se llevó adelante sin su participación, convocándose a dos audiencias, sin notificar a la parte mencionada. Incluso, se dictó sentencia condenatoria. El letrado patrocinante de la víctima, toma conocimiento del estado de la causa de manera casual, al comparecer ante el tribunal actuante y consultar las actuaciones. Así las cosas, interpone recurso de apelación invocando la nulidad absoluta de lo actuado, en virtud de que la omisión de la notificación, que les habría permitido participar de las audiencias, impidió el ejercicio del derecho a comparecer y ser escuchados antes de que se dicte sentencia; lo que implicó la vulneración de los derechos de las víctimas, del debido proceso y la irregularidad del procedimiento. Tanto la defensa pública del encausado, como el representante del Ministerio Público, reconocieron la falta de notificación a la parte agraviada, pero invocaron que como la participación de la víctima en el proceso abreviado no es preceptiva, a la vez que tampoco posee legitimación para oponerse al acuerdo del proceso o interponer recurso en contra de la Sentencia que del mismo resulte, sus derechos no debían considerarse directamente afectados, y, por lo tanto, no debía proceder el pedido de nulidad instado.

**Fundamento jurídico:** El Tribunal de Apelaciones, resolvió hacer lugar al pedido de nulidad planteado, del acto viciado y sus consecutivos, y devolver las actuaciones al a





quo, al haberse vulnerado un derecho fundamental e inalienable, consagrado por principios y normas de orden público. Entre los principales argumentos, señaló la obligación por parte de los Estados de proveer a los sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial; el derecho que les asiste de reclamar que se agoten los medios para esclarecer los hechos con apariencia delictiva, y la consecuente responsabilidad internacional del Estado cuando los órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan, si corresponde, a los autores. El derecho que asiste a toda persona, imputados, víctimas y sus familiares (víctimas indirectas), de acceder a un proceso sencillo y rápido, y a la tutela judicial efectiva en el proceso. El derecho a la garantía de defensa, independientemente de la limitada participación que les puede corresponder en el proceso del juicio abreviado.

**Ver fallo completo en página 220**

---



## VI.- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

### Defensoría Pública General de la República Bolivariana de Venezuela

**1.- Fallo:** Causa Nro. 0155/19 Acción de amparo constitucional interpuesta en favor de S.Y. Villegas Ramírez

**Lugar:** Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

**Fecha:** 18/06/2019

**Voces:** Recurso de Amparo Constitucional. Constitución Bolivariana de Venezuela: Artículos 26 (tutela judicial efectiva), 49 numeral 8 (debido proceso legal), 115 a contrario sensu (violación al derecho de propiedad), 257 (oralidad del proceso), 334 y 339 numeral 10 (atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia). Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de la Vivienda: Artículos 92 numeral 2 y 98. Código de Procedimiento Civil: Artículo 871.

**Hechos:** El día 4 de julio de 2017 el Tribunal 4to. del Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Maquina de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida hizo lugar al desalojo solicitado por S.Y. Villegas Ramírez (en su carácter de legítima propietaria del departamento 11-63 piso 6to.) respecto del arrendatario J.A. Peroza Plana; ello con fundamento en el Artículo 91, numeral 2 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda.

Con fecha 4 de agosto de 2017 el Juzgado Superior 1º en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida declaró inadmisibile la pretensión de desalojo revocando la sentencia supra referenciada; en función de haber declarado desierto el recurso interpuesto por Peroza Plana fundado en la inasistencia de las partes a la audiencia de apelación.

La Sra. Villegas Martínez interpuso acción constitucional de amparo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela contra la sentencia firme dictada por el Juzgado Superior supra referenciado.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo admitió la acción de amparo interpuesta, declarándola procedente *in limine litis*, anulando la resolución adoptada por el Juzgado Superior 1º en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, tuvo por desistido el recurso de apelación intentado por J.A. Peroza Plana y en consecuencia firme la sentencia dictada por el Tribunal Cuarto



de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de Municipios Libertador y Santos Marquina del 4 de julio de 2017.

**Fundamentos jurídicos:** La Sala Constitucional del Tribunal Supremo señaló que el Juzgado Superior 1° en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, erró en su sentencia al emitir un pronunciamiento de fondo de la causa habiéndose verificado por la Secretaría del Tribunal que ninguna de las partes acudió a la celebración de la audiencia de apelación, lo cual traía como consecuencia la extinción del proceso por aplicación de las previsiones del Artículo 871 del Código de Procedimiento Civil en función del Artículo 98 de la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda en cuanto dispone que las demandas por desalojo (...) y cualquier otra acción derivada de una relación arrendaticia sobre inmuebles destinados a vivienda (...), se sustanciarán y sentenciarán conforme a las disposiciones establecidas en el procedimiento oral contenido en la presente ley, independientemente de su cuantía, y supletoriamente se aplicarán las disposiciones relativas al juicio oral establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

La Sala Constitucional entendió que el a quo actuó fuera de competencia e infringió el debido proceso, por cuanto no consideró aplicar la consecuencia jurídica prevista por la ley ante la incomparecencia de las partes a la audiencia de apelación, esto es, la extinción del proceso. Al decidir como lo hizo vulneró el criterio establecido por el *ad quem* respecto de la aplicación del Artículo 123 de la Ley supra referenciada en el fallo N° 339/2019.

En virtud de lo expuesto, y, a los fines de restablecer la situación jurídica infringida, la Sala anuló el fallo objeto de análisis, declaró desistido el recurso de apelación intentado por J. A. Peroza Plana, y, en consecuencia, firme la sentencia dictada por el Tribunal 4to. del Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial de Mérida en cuanto hizo lugar al desalojo solicitado por la amparista; ello por aplicación de los Artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

#### **Ver fallo completo en página 226**

---

**VI.2.- Fallo:** Sentencia 3029/18 del Juzgado Superior Estatal Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital. Caracas.

**Tribunal:** Juzgado Superior Estatal Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital

**Lugar:** Caracas, República Bolivariana de Venezuela

**Fecha:** 17/06/2019

**Voces:** recurso contencioso administrativo, caducidad, requisitos de la notificación





del acto administrativo, obligatoriedad de informar sobre los recursos, debido proceso, artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, nulidad del acto administrativo.

**Hechos:** El día 11 de julio de 2017, Jaime Enrique Ovalles fue notificado de la Resolución Nro 015/17 de la Alcaldía del Municipio de Vargas, por lo que a partir de esa fecha se le otorgaba el beneficio de la jubilación dentro del proceso de Reestructuración del Instituto de Policía Municipal del Municipio de Vargas establecido en Decreto 06/2017.

Contra ello, el 6/02/2018 Jaime Enrique Ovalles presentó recurso contencioso administrativo con el que se pretendía la declaración de nulidad del acto administrativo por I) tratarse de una notificación defectuosa, II) violación del debido proceso, III) abuso de poder y IV) vías de hecho

La querellada planteó como defensa previa la caducidad de la acción

**Fundamentos jurídicos:** Se declaró la nulidad del acto administrativo cuestionado y ordenar la reincorporación del ciudadano Jaime Enrique Ovalles al cargo que ejercía antes de dicho acto.

El Juzgado declaró improcedente el alegato de la querellada en relación a la caducidad de la acción, señalando que si bien el lapso aplicable es el de 3 meses -art. 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública-, al momento de ser notificado del acto administrativo, no se le informó al destinatario sobre los recursos que procedían, tal como lo establece el art. 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y con ello le imposibilitó el ejercicio de los recursos y del inicio del cómputo del mencionado plazo. Al respecto, cita la sentencia 524 del 08/05/2013 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ratificando el criterio sobre la notificación defectuosa y su vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia, así como el principio *pro actione*, señalando que los requisitos procesales deben ser interpretados en el sentido más favorable a la admisión de los recursos procesales.

En relación a planteo de fondo de la querellante, entendió que efectivamente se había violado el debido proceso al que se refiere el art. 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señalando que el mismo constituye la garantía constitucional otorgada a los ciudadanos ante la existencia de un procedimiento de carácter administrativo o judicial y que existe violación al debido proceso cuando los interesados no conocen el procedimiento que la Administración ha iniciado en su contra, cuando se les impide participar o ejercer sus derechos en dicho procedimiento, cuando se les reduce su garantía a reproducir mecanismos probatorios y cuando se omite notificarles de los actos que los afectan.

**Ver fallo completo en página 248**





# FALLOS COMPLETOS



**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**  
**CASO FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS. ARGENTINA**  
**SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2020**  
**(Fondo y Reparaciones)**

En el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "este Tribunal"), integrada por los siguientes jueces\*:

Elizabeth Odio Benito, Presidenta;  
L. Patricio Pazmiño Freire, Vicepresidente;  
Eduardo Vio Grossi, Juez  
Humberto Antonio Sierra Porto, Juez;  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez, y  
Ricardo Pérez Manrique, Juez,

presente además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario\*\*,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención") y con los artículos 31, 32, 42, 65 y 67 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento" o "Reglamento de la Corte"), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

---

\* El Juez Eugenio Raúl Zaffaroni, de nacionalidad argentina, no participó en la deliberación y firma de la presente Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.1 y 19.2 del Reglamento de la Corte.

\*\* La Secretaria Adjunta, Romina I. Sijniensky, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia.



## TABLA DE CONTENIDO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>I INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA</b>   | <b>3</b>  |
| <b>II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE</b>   | <b>4</b>  |
| <b>III COMPETENCIA</b>  | <b>6</b>  |
| <b>IV RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD</b>   | <b>6</b>  |
| A. Observaciones de las partes y de la Comisión   | 6         |
| B. Consideraciones de la Corte  | 8         |
| <b>V PRUEBA</b>   | <b>9</b>  |
| A. Admisibilidad de la prueba documental  | 9         |
| B. Admisibilidad de la prueba testimonial y pericial  | 9         |
| <b>VI HECHOS</b>  | <b>10</b> |
| A. Contexto sobre las detenciones sin orden judicial ni situación de flagrancia en Argentina  | 10        |
| B. Detención y proceso penal contra el señor Carlos Alberto Fernández Prieto  | 12        |
| B.1. Interceptación e inspección en 1992  | 12        |
| B.2. Proceso Penal  | 13        |
| C. Detención y proceso penal contra el señor Carlos Alejandro Tumbeiro  | 16        |
| C.1. Detención con fines de identificación y requisita corporal en 1998   | 16        |
| C.2. Proceso Penal  | 17        |
| D. Normativa aplicable  | 18        |
| <b>VII FONDO</b>  | <b>20</b> |
| <b>VII-1 DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL, IGUALDAD ANTE LA LEY Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, Y PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO</b> | <b>20</b> |
| A. Alegatos de la Comisión y de las partes  | 20        |
| A.1. Respeto de la libertad personal  | 20        |
| A.2. Respeto de la protección de la honra y de la dignidad  | 21        |
| B. Consideraciones de la Corte  | 22        |
| B.1. Derecho a la libertad personal   | 23        |
| B.2. Protección de la honra y de la dignidad  | 35        |
| <b>VIII REPARACIONES</b>  | <b>38</b> |
| A. Parte Lesionada  | 38        |
| B. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición   | 39        |
| B.1. Medida de satisfacción   | 39        |
| B.2. Garantías de no repetición   | 39        |
| B.3. Otras medidas solicitadas  | 42        |
| C. Indemnizaciones compensatorias   | 42        |
| C.1. Daño material  | 42        |
| C.2. Daño inmaterial  | 43        |
| D. Gastos y costas  | 44        |
| E. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana  | 45        |
| F. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados   | 45        |
| <b>IX. PUNTOS RESOLUTIVOS</b>   | <b>46</b> |





## I

### INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* - El 14 de noviembre de 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana" o "la Comisión") sometió a la jurisdicción de la Corte el caso *Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro respecto a la República Argentina* (en adelante "el Estado", "el Estado de Argentina", "el Estado argentino" o "Argentina"). La Comisión señaló que el caso se relaciona con las detenciones ilegales y arbitrarias en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto (en adelante también "señor Fernández Prieto") en mayo de 1992 por parte de agentes de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y de Carlos Alejandro Tumbeiro (en adelante también "señor Tumbeiro") en enero de 1998 por agentes de la Policía Federal Argentina, respectivamente. La Comisión consideró que ambas detenciones se realizaron sin una orden judicial y sin estado de flagrancia e indicó que en ninguno de los casos se estableció de manera detallada, en la documentación oficial respectiva, cuáles fueron los elementos objetivos que dieron lugar a un grado de sospecha razonable en la comisión de un delito. Asimismo, en el caso del señor Tumbeiro, indicó que la explicación relacionada con el "estado de nerviosismo" e "inconsistencia" entre su vestimenta y la zona en la cual se encontraba, puede revelar cierto contenido discriminatorio con base en la apariencia y los prejuicios sobre dicha apariencia en relación con la zona respectiva. En ese sentido, señaló que las detenciones y requisas realizadas en el presente caso incumplieron con el estándar de legalidad y no arbitrariedad. Además, la Comisión destacó que las autoridades judiciales no ofrecieron recursos efectivos frente a esta situación, pues no sólo continuaron con la omisión estatal de exigir razones objetivas para el ejercicio de la facultad legal de detener a personas con base en sospecha, sino que validaron como legítimas las razones dadas por los agentes de la policía.

2. *Trámite ante la Comisión.* - El trámite ante la Comisión fue el siguiente:

- a) *Petición.* - El 30 de julio de 1999 y el 31 de marzo de 2003, la Defensoría General de la Nación presentó las respectivas peticiones iniciales, las cuales se acumularon por versar sobre hechos similares.
- b) *Informe de Admisibilidad.* - El 19 de marzo de 2012, la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad, en el que concluyó que las peticiones eran admisibles<sup>1</sup>.
- c) *Informe de Fondo.* - El 25 de octubre de 2017, la Comisión aprobó el Informe de Fondo No. 129/17, en el cual llegó a una serie de conclusiones<sup>2</sup> y formuló varias recomendaciones al Estado.

3. *Notificación al Estado.* - El Informe de Fondo fue notificado al Estado el 13 de diciembre de 2017, con un plazo de dos meses para que informara sobre el cumplimiento de las recomendaciones. La Comisión otorgó tres prórrogas al Estado a fin de que informara al respecto. Argentina informó que tuvo una reunión con la parte peticionaria en abril de 2018 a efectos de acordar la forma de implementar las recomendaciones. Sin embargo, la parte peticionaria informó que, en junio de 2018, presentó una propuesta de cumplimiento de

<sup>1</sup> La Comisión declaró admisible el caso respecto a los derechos establecidos en los artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, y lo declaró inadmisibile respecto al derecho contemplado en el artículo 11, en relación con el artículo 1.1 del referido instrumento.

<sup>2</sup> La Comisión concluyó que el Estado es responsable por: la violación de los derechos establecidos en los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 8.1, 11.2 y 25.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro.



recomendaciones, pero no recibió ninguna comunicación por parte del Estado y no se había adoptado ninguna medida para cumplirlas.

4. *Sometimiento a la Corte.* – El 14 de noviembre de 2018, la Comisión sometió el presente caso a la Corte debido a “la necesidad de obtención de justicia para las víctimas en el caso particular, ante el incumplimiento de las recomendaciones”<sup>3</sup>.

5. *Solicitudes de la Comisión.* – Con base en lo anterior, la Comisión Interamericana solicitó a este Tribunal que concluyera y declarara la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones contenidas en su Informe de Fondo y se ordenara al Estado, como medidas de reparación, aquellas incluidas en dicho informe. Este Tribunal nota con preocupación que, entre la presentación de la petición inicial ante la Comisión y el sometimiento del caso ante la Corte, han transcurrido dieciocho años en el caso del señor Fernández Prieto y catorce años en el caso del señor Tumbeiro.

## II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

6. *Notificación al Estado y a los representantes.* – El sometimiento del caso fue notificado al Estado y a los representantes de las presuntas víctimas el 4 de febrero de 2019.

7. *Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.* – El 1 de abril de 2019, la Defensoría General de la Nación (en adelante “los representantes”) presentó su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”), conforme a los artículos 25 y 40 del Reglamento de la Corte. Los representantes alegaron que el Estado es responsable por “la violación de los derechos a la libertad personal, a la protección de la vida privada, la honra y la dignidad, y al control judicial, revisión integral y tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 8.1, 8.2.h, 11.1, 11.3 y 25 de la Convención, junto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Carlos Alberto Fernández Prieto y del señor Carlos Alejandro Tumbeiro”, así como por la violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención en perjuicio del señor Carlos Alejandro Tumbeiro. Asimismo, solicitaron que se ordenara al Estado adoptar diversas medidas de reparación.

8. *Escrito de contestación.* – El 3 de julio de 2019, el Estado presentó ante la Corte su escrito de contestación al sometimiento del caso por parte de la Comisión, así como sus observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “escrito de contestación”). En dicho escrito, el Estado se opuso a las violaciones alegadas y a las solicitudes de medidas de reparación de la Comisión y los representantes.

9. *Audiencia Pública.* – El 12 de febrero de 2020, la Presidenta emitió una Resolución mediante la cual convocó a las partes y a la Comisión a la celebración de una audiencia pública sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas<sup>4</sup>. Asimismo, mediante dicha Resolución, se convocó a declarar en la audiencia pública a una perita y un perito propuestos por los representantes y se ordenó recibir las declaraciones rendidas ante fedatario público (afidávit) de dos testigos propuestos por los representantes y un perito propuesto por la Comisión, las

<sup>3</sup> La Comisión designó como sus delegados al Comisionado Luis Ernesto Vargas Silva y al Secretario Ejecutivo Paulo Abrão. Asimismo, Silvia Serrano Guzmán y Erick Acuña Pereda, entonces abogada y abogado de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión, actuaron como asesora y asesor legal.

<sup>4</sup> Cfr. *Caso Fernández Prieto y otro Vs. Argentina. Convocatoria a audiencia*. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de febrero de 2020. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/fernandez\\_prieto\\_12\\_02\\_2020.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/fernandez_prieto_12_02_2020.pdf)



cuales fueron presentadas el 5 marzo de 2020. La audiencia pública se celebró el 11 de marzo de 2020, durante el 134 Período Ordinario de Sesiones que la Corte llevó a cabo en su sede en San José<sup>5</sup>.

10. *Reconocimiento de responsabilidad.* – El 4 de marzo de 2020, el Estado remitió un escrito reconociendo su responsabilidad internacional respecto de la violación a los artículos 7, 8, 11 y 25 de la Convención en perjuicio de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro. Asimismo, aceptó su responsabilidad internacional respecto del señor Tumbeiro por la violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención.

11. *Amici Curiae.* – El Tribunal recibió cuatro escritos de *amicus curiae* presentados por: a) el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)<sup>6</sup>; b) ELEMENTA DDHH, Consultoría en Derechos Humanos<sup>7</sup>; c) Instituto de Defensa del Derecho de Defensa – Márcio Thomaz Bastos<sup>8</sup>, y d) la Asociación Pensamiento Penal<sup>9</sup>.

12. *Alegatos y observaciones finales escritas.* – El 23 de abril de 2020, el 21 de mayo de 2020, y el 18 de junio de 2020, la Comisión, los representantes y el Estado remitieron, respectivamente, sus alegatos finales y observaciones finales escritas, junto con sus anexos<sup>10</sup>.

13. *Erogaciones en aplicación del Fondo de Asistencia.* – El 5 de febrero de 2020, se declaró procedente la solicitud de los representantes para acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 16 de junio de 2020 se transmitió al Estado el Informe sobre las erogaciones realizadas con cargo al Fondo de Asistencia Legal en el presente caso y sus anexos. El 24 de junio de 2020 el Estado informó que no tenía observaciones sobre el respectivo informe.

14. *Deliberación del presente caso.* – La Corte deliberó la presente Sentencia, a través de una sesión virtual, los días 31 de agosto y 1 de septiembre de 2020<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Paulo Abrão, Secretario Ejecutivo y Jorge H. Meza Flores, Asesor; b) por los representantes de las presuntas víctimas: Silvia Edith Martínez, Defensora Pública de la Defensoría General de la Nación, y c) por el Estado de Argentina: Alberto Javier Salgado, Director de Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación; Andrea Viviana Pochak, Subsecretaria de Protección y Enlace Internacional en Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, y Gonzalo Bueno, Asesor Legal de la Dirección de Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

<sup>6</sup> El escrito fue firmado por Agustina Lloret y Paula Litvachky. El escrito se refiere a la problemática de detenciones y requisas sin orden judicial y arbitrarias.

<sup>7</sup> El escrito fue firmado por Adriana Muro Polo, Paula Aguirre Ospina y Renata Demichelis Ávila. El escrito se refiere a la práctica de detenciones arbitrarias por delitos relacionados con drogas en Argentina.

<sup>8</sup> El escrito fue firmado por Flávia Rahal, Hugo Leonardo, Guilherme Ziliani Cernelos, Marina Dias Werneck DeSouza, Domitila Köhler, Gustavo de Castro Turbiani, Johaína Matida, Clarissa Tatiana de Assunção Borges y Thiago De Souza Amparo. El escrito se refiere a un análisis de similitudes entre Brasil y Argentina en relación con los excesos policiales, así como la interceptación y registro policial en la sociedad y en el Poder Judicial brasileño.

<sup>9</sup> El escrito fue firmado por Indiana Guereño y Mario Alberto Juliano. El escrito se refiere al contexto en el que ocurrieron los hechos del caso, el contenido del derecho a la libertad personal y la exclusión de la prueba obtenida en un procedimiento de detención ilegal.

<sup>10</sup> El Tribunal recuerda que de conformidad con los acuerdos de Corte 1/20 y 2/20 se suspendió el cómputo de los plazos en razón de la emergencia de salud causada por el COVID-19 desde el 17 de marzo de 2020, y hasta el 20 de mayo de 2020.

<sup>11</sup> Debido a las circunstancias excepcionales ocasionadas por la pandemia COVID-19, esta Sentencia fue deliberada y aprobada durante el 136 Período Ordinario de Sesiones, el cual se llevó a cabo de forma no presencial utilizando medios tecnológicos de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Corte.



### III COMPETENCIA

15. La Corte es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, en razón de que Argentina es Estado Parte de dicho instrumento desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha.

### IV RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

#### ***A. Observaciones de las partes y de la Comisión***

16. El **Estado** manifestó, mediante el escrito de 4 de marzo de 2020 (*supra* párr. 10), que corresponde aceptar las conclusiones a las que arribó la Comisión Interamericana en su Informe de Fondo No. 129/17 y solicitó a la Corte que produzca la prueba ofrecida, y se pronuncie tanto sobre las consecuencias jurídicas de los hechos aceptados, como sobre las reparaciones. Durante la audiencia pública, el Estado manifestó que “las partes en este caso han suscrito un documento de entendimiento construido sobre la base de la asunción por parte del Estado argentino de su responsabilidad internacional por los hechos denunciados, que incluye peticiones concretas [...] tendientes no solo a reparar a la víctima del caso en especie, sino también a que a partir de la sentencia que dicte este Tribunal, se construyan las condiciones necesarias para que hechos como los ventilados en este caso no vuelvan a suceder”<sup>12</sup>. En sus alegatos finales escritos, el Estado reiteró dichas solicitudes. En particular, en su escrito de 4 de marzo de 2020, el Estado manifestó lo siguiente:

Habiendo examinado el Informe N° 129/17 de la CIDH que fuera sometido a la jurisdicción contenciosa de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas presentado por los representantes de las víctimas, a la luz de las restantes constancias del caso en trámite, y tomando en cuenta su tradicional política de cooperación con los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el Estado argentino entiende que corresponde aceptar las conclusiones a las que arribó la Ilustre Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que constató la violación de los artículos 7, 8, 11 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro. Asimismo, con relación al señor Carlos Alejandro Tumbeiro, y de conformidad con lo resuelto por la Ilustre Comisión en el informe antes citado, el Estado argentino también acepta su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana.

A los efectos de especificar los alcances de la asunción de responsabilidad internacional, el Estado argentino comparte con la Comisión y con los representantes que, conforme surge del Informe No. 129/17 de la CIDH y del Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas, las detenciones policiales y requisas de los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, en el marco de sus respectivos casos, no respetaron los estándares interamericanos exigibles, afectando de tal modo los artículos 7 y 11 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. A los mismos fines, el Estado argentino acepta los señalamientos de la Comisión y de los representantes en términos de que esas detenciones policiales y requisas, con posterioridad, no fueron objeto de un control de convencionalidad adecuado, afectando de tal modo los artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo

<sup>12</sup> Declaración de la representación del Estado durante la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.



1.1 y 2 del mismo instrumento, incluyendo en el caso particular del señor Carlos Alejandro Tumbeiro la transgresión de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, en tanto la Comisión constató que las razones alegadas para su requisa y detención fueron discriminatorias”.

[...]

Sin perjuicio de lo expuesto, las partes solicitan a la Honorable Corte Interamericana que produzca la prueba ofrecida, reciba los alegatos de las partes y dicte una sentencia en la que se pronuncie sobre las consecuencias jurídicas de los hechos aceptados, afianzando los estándares internacionales vinculados con la materia que es objeto del presente proceso y permitiendo la adecuada supervisión de lo resuelto.

Asimismo, en los términos del artículo 63 de la Convención Americana, las partes solicitan a la Honorable Corte que se pronuncie sobre el alcance de las reparaciones incluidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe de Fondo N°. 129/17, y sobre las alegaciones que a ese respecto han realizado los representantes de las víctimas en el punto VIII de su Escrito sobre Solicitudes, Argumentos y Pruebas, que incluyen la indemnización en equidad por daños materiales e inmateriales de las víctimas, medidas de satisfacción, y garantías de no repetición con vocación transformadora. Lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones que pudieren realizar oportunamente las partes sobre este punto<sup>13</sup>.

17. Los **representantes** expresaron, durante la audiencia pública, que “celebra[ban] muy positivamente esta actitud que ha tomado el Estado y entend[ían] que es una contribución muy importante al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiraron la Convención Americana”. Sin perjuicio de ello, los representantes solicitaron a la Corte “el dictado de una sentencia que fije estándares muy claros y muy precisos en materia de detenciones y requisas sin orden judicial, y esto más allá de la responsabilidad reconocida por el Estado argentino”<sup>14</sup>. Esta solicitud fue reiterada en sus alegatos finales escritos<sup>15</sup>.

18. La **Comisión** señaló, durante la audiencia pública, respecto del reconocimiento efectuado por el Estado, que “desea saludar y reconocer positivamente la voluntad del Estado argentino para reconocer tales violaciones y para reparar a las víctimas del presente caso”<sup>16</sup>. Asimismo, en su escrito de observaciones de 23 de marzo de 2020, la Comisión consideró que “el reconocimiento formulado por el Estado abarca los elementos de hecho, derecho y medidas de reparación establecidas en el Informe No. 129/17. Ello sin perjuicio de que el Estado también haya decidido reconocer su responsabilidad internacional por la violación del principio de igualdad, alegado por los representantes”. De esta forma, la Comisión consideró que el reconocimiento de responsabilidad “constituye una contribución positiva al proceso, así como la vigencia de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana”. Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que “i) acepte el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado y establezca que el mismo incorpora la totalidad de los hechos y violaciones

<sup>13</sup> Escrito de 4 de marzo de 2020 (expediente de fondo, folios 400 a 402).

<sup>14</sup> Declaración de una representante de las presuntas víctimas durante la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.

<sup>15</sup> Cfr. Escrito de alegatos finales escritos de los representantes de 21 de mayo de 2020 (expediente de fondo, folios 758 a 761).

<sup>16</sup> Declaración de la representación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.



cometidas en el presente caso; y ii) efectúe una determinación pormenorizada de los hechos, el derecho aplicable y de las reparaciones correspondientes”<sup>17</sup>.

### **B. Consideraciones de la Corte**

19. La Corte recuerda que, de conformidad con los artículos 62 y 64 del Reglamento, y en ejercicio de sus poderes de tutela judicial de derechos humanos, cuestión de orden público internacional, incumbe a este Tribunal velar por que los actos de reconocimiento de responsabilidad resulten aceptables para los fines que busca cumplir el sistema interamericano<sup>18</sup>. En el presente caso, la Corte considera que, de las afirmaciones del Estado y los representantes en el acuerdo de 4 de marzo de 2020, durante la audiencia pública de 11 de marzo de 2020, y en sus alegatos finales escritos, así como de las observaciones de la Comisión de 23 de marzo de 2020, se desprende con claridad que el Estado ha realizado un reconocimiento total de responsabilidad respecto de los hechos y las alegadas violaciones a los derechos humanos en los términos planteados por la Comisión en su Informe de Fondo, y ha reconocido la necesidad de adoptar medidas de reparación. En consecuencia, la Corte considera que ha cesado la controversia respecto de lo siguiente:

- a) Los hechos relacionados con: i) la normativa relevante; ii) el contexto sobre detenciones sin orden judicial o en situación de flagrancia en Argentina en la época de los hechos, y iii) las detenciones y procesos penales seguidos contra los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro.
- b) La violación a los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, honra y dignidad, y protección judicial, reconocidos en los artículos 7, 8, 11, y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro. Estas violaciones se habrían producido como consecuencia de las detenciones ilegales y arbitrarias de las que fueron víctima, así como por las violaciones al debido proceso y la falta de un recurso judicial efectivo en los procesos seguidos en su contra.
- c) La violación al derecho a la igualdad y no discriminación, reconocidos en los artículos 1.1 y 24 de la Convención, en perjuicio del señor Carlos Alejandro Tumbeiro.
- d) La necesidad de otorgar medidas de reparación conforme a las solicitudes presentadas por la Comisión y los representantes por: i) daños materiales e inmateriales de las víctimas, ii) medidas de satisfacción, y iii) garantías de no repetición con vocación transformadora.

20. La Corte estima que el reconocimiento total de responsabilidad internacional constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención, así como a las necesidades de reparación de las víctimas<sup>19</sup>. El reconocimiento efectuado por el Estado produce plenos efectos jurídicos de acuerdo a los artículos 62 y 64 del Reglamento de la Corte ya mencionados, y tiene un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares. En virtud del amplio reconocimiento realizado

<sup>17</sup> Escrito de observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del escrito del Estado argentino de 4 de marzo de 2020 (expediente de fondo, folio 543).

<sup>18</sup> Cfr. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 17, y *Caso Noguera y otra Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de marzo de 2020. Serie C No. 401, párr. 21.

<sup>19</sup> Cfr. *Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38, párr. 57; y *Caso Noguera y otra Vs. Paraguay, supra*, párr. 27.





por el Estado, el Tribunal considera que ha cesado la controversia jurídica del caso respecto a los hechos, el derecho y la necesidad de adoptar medidas de reparación.

21. En el presente caso, en consideración de las violaciones reconocidas por el Estado, y de la solicitud de las partes y la Comisión, la Corte estima necesario dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos ocurridos de acuerdo a la prueba recabada en el proceso ante este Tribunal. Ello contribuye a la reparación de las víctimas, a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos<sup>20</sup>. En particular, la Corte estima necesario entrar a analizar los alcances de la responsabilidad internacional del Estado por la actuación de la policía en el marco de las detenciones ilegales y arbitrarias de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, así como la responsabilidad respecto de los derechos a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación del señor Tumbeiro. Asimismo, el Tribunal se pronunciará sobre las reparaciones correspondientes.

22. Por otro lado, el Tribunal no considera necesario, en esta oportunidad, abrir la discusión sobre todos los puntos que fueron objeto de litigio, toda vez que algunas pretensiones de derecho alegadas en este caso, tales como las violaciones a las garantías judiciales y la protección judicial de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, fueron expresamente aceptadas por el Estado en su reconocimiento de responsabilidad internacional, y ya han sido ampliamente desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

## **V PRUEBA**

### **A. Admisibilidad de la prueba documental**

23. El Tribunal recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión, los representantes y el Estado, así como también aquellos solicitados por la Corte o su Presidencia como prueba para mejor resolver, los cuales, como en otros casos, admite en el entendido que fueron presentados en la debida oportunidad procesal (artículo 57 del Reglamento)<sup>21</sup> y su admisibilidad no fue controvertida ni objetada.

### **B. Admisibilidad de la prueba testimonial y pericial**

24. Este Tribunal estima pertinente admitir las declaraciones rendidas ante fedatario público<sup>22</sup> y en audiencia pública<sup>23</sup> en la medida en que se ajusten al objeto que fue definido por la Presidencia en la Resolución mediante la cual se ordenó recibirlos y al objeto del presente caso.

<sup>20</sup> Cfr. *Caso Tu Tojin Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 26 y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 41.

<sup>21</sup> La prueba documental puede ser presentada, en general y de conformidad con el artículo 57.2 del Reglamento, junto con los escritos de sometimiento del caso, de solicitudes y argumentos o de contestación, según corresponda, y no es admisible la prueba remitida fuera de esas oportunidades procesales, salvo en las excepciones establecidas en el referido artículo 57.2 del Reglamento (a saber, fuerza mayor, impedimento grave) o salvo si se tratara de un hecho superviniente, es decir, ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales.

<sup>22</sup> Cfr. Dictamen pericial de Juan Pablo Gomara y declaraciones de Fátima Adriana Castro y Carlos Alejandro Tumbeiro.

<sup>23</sup> Cfr. Declaraciones de la perita Sofía Tiscornia y del perito Hernán Víctor Gullco, respectivamente rendidas en la audiencia pública celebrada en el presente caso.





## VI HECHOS

25. El presente caso versa sobre la detención ilegal y arbitraria de los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, en 1992 y 1998, respectivamente. La Corte expondrá los hechos reconocidos por el Estado en el orden siguiente: a) contexto sobre las detenciones sin orden judicial ni situación de flagrancia en Argentina; b) detención y proceso penal contra el señor Carlos Alberto Fernández Prieto; c) detención y proceso penal contra el señor Carlos Alejandro Tumbeiro, y d) normativa aplicable.

### **A. Contexto sobre las detenciones sin orden judicial ni situación de flagrancia en Argentina**

26. En su reconocimiento de responsabilidad internacional, suscrito el 4 de marzo de 2020, el Estado aceptó la totalidad de las conclusiones establecidas por la Comisión en su Informe de Fondo, lo cual incluye las concernientes a que las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro se enmarcaron en un contexto general de detenciones practicadas sin orden judicial ni supuestos de flagrancia en Argentina. En el mismo orden, en su escrito de alegatos finales de 18 de junio de 2020, el Estado reconoció que este “caso constituye un emblema de lo que se conoció en nuestro país, durante la década del 90, como el ‘olfato policial’, que implicaba actuaciones policiales descontroladas, incentivadas por políticas de seguridad pública basadas en operativos de prevención discrecionales, sin investigación ni inteligencia previa, y por ello, profundamente ineficientes”. Asimismo, el Estado puntualizó que “este tipo de prácticas policiales fueron promovidas por políticas de seguridad que se definían bajo el paradigma de la llamada ‘guerra contra las drogas’ y que, además, resultaban amparadas por un inadecuado o inexistente control judicial”<sup>24</sup>.

27. En tal sentido, en el *Caso Bulacio Vs. Argentina*, la Corte advirtió que para 1991, en Argentina “se llevaban a cabo prácticas policiales de detención indiscriminada”<sup>25</sup>. Con ocasión de dicho caso, la Corte observó que, durante el período de 1991 a 2003, la política de control del delito en la ciudad de Buenos Aires “desarrolló técnicas de intervención” con la finalidad de prevenir el delito que “comprenden la presencia y vigilancia policial en el espacio público y la detención policial de personas sin orden judicial”<sup>26</sup>. En el mismo caso, la Corte advirtió lo siguiente:

En el caso de las detenciones por averiguación de identidad, la policía generalmente eleva al juez, tardíamente, un listado de las personas detenidas, en el cual figuran como causas de la detención: “merodear”, “deambular”, “mirar las vidrieras” [...]. Los jueces efectúan un control “casi administrativo” de las detenciones policiales, [...] por lo que es materialmente imposible realizar un control efectivo de aproximadamente 100.000 a 150.000 detenciones mensuales que se producen en la ciudad de Buenos Aires. [...] La policía detiene a una gran cantidad de personas en conjunto o individualmente, y no es sino hasta que las lleva a la comisaría cuando se les “clasifica” como adultos, jóvenes, mujeres, varones. Dichas detenciones masivas se llevan a cabo bajo la definición a priori de que hay determinadas personas que, según el programa de la defensa social, *per se* pueden cometer delitos<sup>27</sup>.

28. Concatenado a lo anterior, desde el año 1995, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante también, “Comité de la ONU”) instó a Argentina a tomar todas

<sup>24</sup> Alegatos Finales Escritos de Argentina de 18 de junio de 2020 (expediente de fondo, folio 832).

<sup>25</sup> *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 69.

<sup>26</sup> Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina, supra*, párr. 53.

<sup>27</sup> Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina, supra*, párr. 56.



las medidas necesarias para impedir casos de detenciones arbitrarias<sup>28</sup>. Asimismo, en un informe sobre una visita a Argentina en el 2003, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas (en adelante también, "Grupo de Trabajo") se refirió a la situación general del Estado de derecho en dicho país desde el retorno a la democracia en 1983<sup>29</sup> e indicó que en varias provincias, incluyendo la de Buenos Aires, "los funcionarios y auxiliares de la policía tienen la facultad de arrestar o aprehender personas que consideran intentan cometer un delito", pudiendo proceder a arrestos por "razones de orden o de seguridad públicas, y para controles de identidad y averiguación de antecedentes". El Grupo de Trabajo indicó haber sido advertido por organizaciones no gubernamentales sobre el abuso del poder de detención por parte de los funcionarios policiales y señaló que en "la práctica muchas personas son arrestadas simplemente porque merodeaban por el lugar, porque no justificaban su permanencia en un lugar determinado o porque carecían de dinero para comprar". Con base en lo expresado por los representantes de diferentes grupos sociales, el Grupo de Trabajo advirtió que "estas acciones policiales tienen un efecto intimidatorio sobre el ciudadano común y corriente"<sup>30</sup>.

29. Asimismo, el Grupo de Trabajo se refirió a los procedimientos policiales fraguados y al respecto indicó que el Ministerio Público "se ha encontrado con numerosos casos en los que, incentivados los agentes policiales por la necesidad de mostrar efectividad ante la ola de delincuencia, han inventado y fabricado casos a través de la detención de personas inocentes, tras haber informado de resultados exitosos en la persecución de un delito". El Grupo de Trabajo señaló que el "patrón de los casos es trasladar a estas personas a un determinado lugar, "plantar" evidencias, atribuir sustracciones, etc. [...]" y que, ante esta situación, la "capacidad de respuesta de las personas que son víctimas de estas situaciones es casi nula por tratarse en la gran mayoría de los casos de la franja más vulnerable de la población: desocupados, mendigos, inmigrantes ilegales, personas con antecedentes"<sup>31</sup>. En tal sentido, recomendó a Argentina "[...] supervisar estrictamente la actuación de los oficiales y agentes de policía, particularmente en lo relativo a sus facultades de ordenar arrestos y detenciones", y sancionar "cualquier desviación hacia comportamientos racistas, xenófobos, homofóbicos u otros incompatibles con la plena vigencia de los derechos humanos que la policía está llamada a asegurar"<sup>32</sup>.

30. En el mismo orden, en el año 2010, el Comité de la ONU expresó su inquietud "por la subsistencia de normas que otorgan facultades a la policía para detener personas [...] sin orden judicial anterior ni control judicial posterior y fuera de los supuestos de flagrancia, por el único motivo formal de averiguar su identidad, en contravención, entre otros, del principio de presunción de inocencia [...]"<sup>33</sup>. En 2016, el Comité reiteró "su preocupación por la normativa y prácticas de la policía para detener a personas con el objeto de averiguar su identidad sin orden judicial anterior y por un largo periodo de tiempo [...]", y recomendó al

<sup>28</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Argentina, 5 de abril de 1995, párr. 161.

<sup>29</sup> ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 23 de diciembre de 2003, párr. 11.

<sup>30</sup> ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 23 de diciembre de 2003, párrs. 42 y 43.

<sup>31</sup> ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 23 de diciembre de 2003, párrs. 47 y 48.

<sup>32</sup> ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 23 de diciembre de 2003, párr. 71.

<sup>33</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Argentina, 31 de marzo de 2010, párr. 15.



Estado "tomar todas las medidas necesarias, incluyendo medidas legislativas, con el fin de combatir eficazmente las detenciones no vinculadas a la comisión de un delito"<sup>34</sup>.

31. De igual modo, en un informe sobre una visita a Argentina en el año 2017, el Grupo de Trabajo se refirió a las "amplias facultades de la policía para privar a las personas de libertad sobre la base de la sospecha de la comisión de un delito o para verificar la identidad" y observó "lo mismo en relación con las facultades inherentes de la policía para 'retener' a personas a fin realizar controles de identidad". El Grupo de Trabajo puntualizó lo siguiente:

La posibilidad de detener a una persona sobre la base de la sospecha de la comisión de un delito se utiliza ampliamente de manera discriminatoria y subjetiva, es decir, orientándose a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, como los niños de la calle, los miembros y los dirigentes de comunidades indígenas, los migrantes, las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales y otras personas<sup>35</sup>.

32. La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires señaló en 2012 que el uso de la figura de la "detención por averiguación de identidad" es, en la mayoría de los casos, automática, y que las "personas identificadas no se encontraban cometiendo, ni se entiende que pudieran cometer, un acto delictivo o contravencional por lo que no habría razón por la que se requiera su identificación, solo eran pobres en situación de calle y parecería ser esa la condición que en los hechos habilitaba a los efectivos policiales a actuar"<sup>36</sup>.

33. La Corte advierte que, tal como lo reconoció el Estado, las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, en 1992 y 1998, respectivamente, se circunscribieron en un contexto general de detenciones y requisas arbitrarias en Argentina. En relación con lo anterior, en sus alegatos finales, el Estado expresó que "las facultades policiales de detención de personas y de requisas sin orden judicial, y sin mediar supuestos evidentes de flagrancia, merecen en nuestro país una revisión profunda"<sup>37</sup>, lo que, sumado a los informes antes citados, permite a la Corte concluir que dicho contexto se mantiene incluso en la actualidad.

## ***B. Detención y proceso penal contra el señor Carlos Alberto Fernández Prieto***

### **B.1. Interceptación e inspección en 1992**

34. En el acta de detención correspondiente se hace constar que, el 26 de mayo de 1992, un inspector y dos sargentos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires estaban "recorriendo la jurisdicción" cuando avistaron, cerca de las 7:00 pm, en una zona casi despoblada de la ciudad de Mar de Plata, un vehículo verde con "tres sujetos en su interior en actitud sospechosa", entre los cuales se encontraba el señor Fernández Prieto, comerciante de 45 años. Los agentes policiales interceptaron el vehículo, hicieron descender a los pasajeros y, en presencia de dos testigos llamados al efecto, procedieron a realizar una requisa. En el baúl del vehículo, se encontraron un ladrillo envuelto en un papel plateado con cinta marrón cuyo aroma y características indicaban que "podría tratarse de [...] marihuana", y un revólver calibre 32 con diez proyectiles y 30 vainas. En el interior del vehículo, en el asiento que

<sup>34</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Argentina, 10 de agosto de 2016, párrs. 17-18.

<sup>35</sup> ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 19 de julio de 2018, párrs. 26 y 27.

<sup>36</sup> Resolución de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires de 27 de abril de 2012 (expediente de prueba, folios del 68 al 128).

<sup>37</sup> Alegatos Finales Escritos de Argentina de 18 de junio de 2020 (expediente de fondo, folio 833).



ocupaba el señor Fernández Prieto, se hallaron cinco ladrillos iguales al anterior y una pistola calibre 22 con 8 proyectiles, un cargador y dos pistolas<sup>38</sup>.

35. De acuerdo a lo consignado en el acta de detención, los agentes policiales procedieron al secuestro de dichos objetos, detuvieron al señor Fernández Prieto y los demás pasajeros, y los llevaron a la dependencia policial<sup>39</sup>. El mismo día, uno de los agentes suscribió una declaración en la que afirmó que, al momento de realizar la requisa del vehículo, el señor Fernández Prieto reconoció que "se dirigían a entregar la droga" a "un tal Guillermo o Toti", quien les pagaría al momento de la entrega<sup>40</sup>. El 16 de junio de 1992, otro de los agentes declaró que el señor Fernández Prieto expresó a sus acompañantes, "quienes se mostraron bastante enojados", que él asumiría la responsabilidad de todo<sup>41</sup>.

36. Al día siguiente de la detención, uno de los acompañantes del señor Fernández Prieto declaró que las armas incautadas eran de su propiedad y que tenía el correspondiente permiso para portarlas. Asimismo, manifestó que "en ningún momento supo lo que Fernández Prieto estaba transportando en su equipaje"<sup>42</sup>. El mismo día, el señor Fernández Prieto declaró que, aproximadamente un mes antes, una persona llamada Julio le había contactado porque alguien de alias Pantera le había dado su teléfono y le ofreció la posibilidad de ganar USD\$500 (quinientos dólares estadounidenses) por llevar una "mercadería" a Mar de Plata. Sostuvo que se había reunido con Julio en una esquina de Buenos Aires, quien le adelantó USD\$200 (doscientos dólares estadounidenses), y que respecto a este último solo sabía la dirección que le había provisto para la entrega de los paquetes al tal Guillermo. Aclaró que sus dos acompañantes, quienes lo habían invitado a viajar con ellos, desconocían la situación. De igual modo, al mostrarle el acta de detención, manifestó que la había firmado de buena fe porque "no se veía nada esa noche" y que su relación fáctica no era correcta pues los paquetes incautados no estaban en el baúl, sino debajo del asiento del conductor, del lado trasero<sup>43</sup>.

## B.2. Proceso Penal

37. El 16 de junio de 1992, el Juez Federal de la Ciudad de Mar de Plata (en adelante "el Juez Federal") dictó orden de prisión preventiva contra el señor Fernández Prieto pues, en atención a la naturaleza del ilícito imputado, es decir el transporte de estupefacientes, la competencia para conocer del mismo recaía en la justicia federal. El Juez argumentó que, tomando en consideración el lugar y modo en que fueron incautados los paquetes, existían elementos para calificar el hecho como delito de transporte de estupefacientes, contemplado en el artículo 5, inciso c, de la Ley 23.737<sup>44</sup>. El 8 de noviembre de 1995, el Procurador Fiscal Federal Subrogante (en adelante "el Procurador Fiscal") presentó acusación contra el señor

<sup>38</sup> Cfr. Acta de detención de Carlos Alberto Fernández Prieto de 26 de mayo de 1992 (expediente de prueba, folios del 129 al 131).

<sup>39</sup> Cfr. Acta de detención de Carlos Alberto Fernández Prieto de 26 de mayo de 1992 (expediente de prueba, folios del 129 al 131).

<sup>40</sup> Declaración de sustracción de automotores suscrita el 26 de mayo de 1992 por Fabián Raúl Casanova (expediente de prueba, folios 132-133).

<sup>41</sup> Cfr. Declaración suscrita el 16 de mayo de 1992 por Juan Carlos Norberto (expediente de prueba, folios 134-135).

<sup>42</sup> Declaración indagatoria suscrita el 27 de mayo de 1992 por Alberto José Julián Argente (expediente de prueba, folios del 136 al 140).

<sup>43</sup> Cfr. Declaración indagatoria suscrita el 27 de mayo de 1992 por Carlos Alberto Fernández Prieto (expediente de prueba, folios del 141 al 145).

<sup>44</sup> Cfr. Resolución No. 93/95 de 16 de junio de 1992, contentiva de orden de prisión preventiva contra Carlos Alberto Fernández Prieto.



Fernández Prieto por el delito de transporte de 2.370 gramos de picadura de marihuana distribuidos en seis ladrillos, solicitando que fuera condenado a cinco años de prisión. En cuanto a la incongruencia sobre el lugar donde se habían encontrado los paquetes, el Procurador Fiscal señaló que era “irrelevante” pues el señor Fernández Prieto “había asumido la plena responsabilidad por la custodia de los elementos secuestrados”<sup>45</sup>.

38. El 23 de febrero de 1996, el Juez Federal rechazó una excepción de cosa juzgada interpuesta por la defensa del señor Fernández Prieto, decisión que fue confirmada por la Cámara Federal de Mar de Plata el 29 de abril de 1996<sup>46</sup>. El 26 de mayo de 1996, la defensa del señor Fernández Prieto solicitó su absolución y que fuera declarada la nulidad del proceso. En su escrito, la defensa sostuvo que no hubo “indicios vehemente[s] [...] que autorizaran al personal policial a [realizar] la intercepción, aprehensión y requisa [...]”, por lo que constituyeron “una medida arbitraria”. Asimismo, la defensa alegó que “no puede coartarse la libertad” del señor Fernández Prieto ni proceder a “la requisa de sus pertenencias por la sola circunstancia de que resulta sospechosa su actitud”, señalando que “la mera sospecha [...] de ningún modo autorizaba tal diligencia”<sup>47</sup>.

39. El 19 de julio de 1996, el Juez Federal condenó al señor Fernández Prieto a cinco años de prisión y multa de tres mil pesos por el delito de transporte de estupefacientes. En su sentencia, el Juez sostuvo que estaba “plena y legalmente comprobado [...] que el día 26 de mayo de 1992, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar señaladas [...] el acusado [...] se encontraba transportando una cantidad cierta de [...] marihuana [...]”. Con respecto al alegato de la defensa sobre la falta de motivos suficientes para proceder a la detención, el Juez indicó que los agentes policiales “actuaron dentro de las atribuciones que les otorga la ley”, pues el vehículo en el que viajaba el señor Fernández Prieto “se conducía en actitud sospechosa”. En cuanto a la calificación legal, el Juez indicó que se configuraba el dolo porque, por la cantidad incautada, era claro que “Fernández Prieto llevaba la droga con un fin que excedía la mera tenencia”. Sobre la divergencia respecto al lugar donde había sido encontrada la sustancia incautada, el Juez indicó que no alteraba “la confesión” rendida por el señor Fernández Prieto. Para fallar como lo hizo, el Juez señaló haber tomado en cuenta las declaraciones de los agentes policiales y el peritaje sobre la naturaleza de la sustancia incautada, “asignando especial importancia al expreso reconocimiento que el [señor Fernández Prieto] brinda en su declaración indagatoria”<sup>48</sup>.

40. El 16 de septiembre de 1996, el señor Fernández Prieto presentó un recurso de apelación contra la referida sentencia. En el recurso, se alegó que el Juez Federal realizó una “inadecuada calificación jurídica de la conducta” al haber considerado que no era “nula la requisa sin orden judicial efectuada sobre el vehículo en que se trasladaba [el señor Fernández Prieto]”. Los agravios alegados se concentraron en dos argumentos: a) la arbitrariedad de la requisa sin orden judicial y b) la errónea calificación jurídica<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Escrito de acusación contra Carlos Alberto Fernández Prieto de 14 de diciembre de 1995 (expediente de prueba, folios del 146 al 150).

<sup>46</sup> Cfr. Sentencia de la Cámara Federal de Mar de Plata de 29 de abril de 1996 (expediente de prueba, folios del 1478 al 1471).

<sup>47</sup> Escrito de defensa de Carlos Alberto Fernández Prieto de 26 de mayo de 1996 (expediente de prueba, folios del 151 al 168).

<sup>48</sup> Sentencia condenatoria del Juzgado Federal de Mar de Plata de 19 de julio de 1996 (expediente de prueba, folios del 169 al 196).

<sup>49</sup> Recurso de agravio presentado por Carlos Alberto Fernández Prieto contra la sentencia condenatoria (expediente de prueba, folios del 198 al 204).



41. El 26 de noviembre de 1996, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar de Plata (en lo adelante también, “la Cámara Federal”) desestimó el recurso de agravio, confirmando la sentencia condenatoria. La Cámara consideró que “la lectura de las actuaciones conduce a concluir, necesariamente, que la requisita efectuada [...] tuvo su origen en un estado de sospecha previo que animaba a los funcionarios policiales, en circunstancias en que resultaba imposible requerir una orden judicial previa”, lo cual “se llevó a cabo sin conculcar garantía o derecho individual alguno”. De igual modo, la Cámara Federal indicó que, de acogerse el razonamiento de la defensa, se impediría “la labor de prevención” por parte de la “autoridad policial” al coartarse la posibilidad de “revisar un automotor en circunstancias en que este resulta ser sospechoso”, y agregó que el caso concreto se circunscribe a una “actuación prudente de la policía en ejercicio de sus funciones específicas y sin violación alguna de normas constitucionales o procesales”<sup>50</sup>.

42. El 12 de diciembre de 1996, el señor Fernández Prieto interpuso un recurso extraordinario federal contra dicha sentencia<sup>51</sup>. El 14 de febrero de 1997, la Cámara Federal rechazó el recurso por considerarlo improcedente. En sus motivaciones, la Cámara Federal explicó que en este caso “no advierte la existencia de una cuestión de gravedad institucional que [...] permita dar cabida al recurso” ni que la sentencia impugnada no haya resultado de una “derivación razonada del derecho vigente”<sup>52</sup> o haya implicado una violación de las garantías constitucionales.

43. El 28 de febrero de 1997, el señor Fernández Prieto presentó un recurso de queja contra la referida resolución. En el recurso, se argumentó la afectación al debido proceso como consecuencia de la “pérdida de imparcialidad observable en el caso” y se sostuvo su procedencia por estimar que la materia debatida sí “reúne los requisitos de gravedad institucional” porque afecta “principios fundamentales de orden social”, máxime si se toma en consideración “la cantidad de casos similares” al del señor Fernández Prieto. La defensa concluyó que “[l]a omisión de marcar límites claros al accionar de las fuerzas policiales y se seguridad no sólo afecta a la libertad y seguridad de los habitantes”<sup>53</sup>, sino que también amenazaba las instituciones involucradas que requieren el establecimiento de “un marco de actuación”. De manera paralela, la defensa presentó un incidente de excarcelación, el cual fue acogido por el Juez Federal mediante resolución de 17 de octubre de 1997 en virtud de que el señor Fernández Prieto había cumplido en detención, sin sentencia en firme, dos tercios de la pena<sup>54</sup>.

44. El 12 de noviembre de 1998, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en lo adelante también, “Corte Suprema” o la “CSJN”) rechazó el recurso de queja y confirmó la sentencia condenatoria. Para fundamentar su decisión, la Corte Suprema se refirió a la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos e indicó que “como regla general en lo referente a las excepciones que legitiman detenciones y requisas sin orden judicial”, dicha corte “ha dado especial relevancia al momento y lugar en que [se efectuó] el procedimiento y a la existencia de razones urgentes para corroborarlo, habiendo convalidado arrestos sin

<sup>50</sup> Cfr. Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar de Plata de 26 de noviembre de 1996 (expediente de prueba, folios del 206 al 214).

<sup>51</sup> Recurso extraordinario federal presentado por Carlos Alberto Fernández Prieto el 12 de diciembre de 1996 (expediente de prueba, folios del 215 al 229).

<sup>52</sup> Resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar de Plata de 14 de febrero de 1997 (expediente de prueba, folios del 230 al 232).

<sup>53</sup> Recurso extraordinario de queja de 28 de febrero de 1997 (expediente de prueba, folios del 233 al 248).

<sup>54</sup> Cfr. Resolución del Juzgado Federal de Mar de Plata de 17 de octubre de 1997 (expediente de prueba, folios del 1347 1349).





mandamiento judicial practicados a la luz del día y en lugares públicos”. Del mismo modo, la sentencia sostuvo que la referida corte también ha validado la requisa de vehículos y las subsecuentes pruebas obtenidas “con fundamento en que los oficiales de policía tenían causa probable para sospechar que había contrabando o evidencia de una actividad ilícita”<sup>55</sup>. Al considerar que dichos criterios jurisprudenciales se aplicaban al caso del señor Fernández Prieto, la Corte Suprema estimó improcedentes los argumentos de la defensa, concluyendo lo siguiente:

[...] [E]l examen de las especiales circunstancias en que se desarrolló el acto impugnado resulta decisivo para considerar legítima la requisa del automóvil y detención de los ocupantes practicada por los funcionarios policiales. Ello debido a que éstos habían sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevención del delito y en ese contexto interceptaron un automóvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en ‘actitud sospechosa’ de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes y habiendo así procedido, comunicaron de inmediato la detención al juez<sup>56</sup>.

45. En virtud del fallo condenatorio, el señor Fernández Prieto estuvo privado de libertad por un periodo de dos años, ocho meses y cinco días<sup>57</sup>. El señor Fernández Prieto falleció en el año 2020.

### ***C. Detención y proceso penal contra el señor Carlos Alejandro Tumbeiro***

#### **C.1. Detención con fines de identificación y requisa corporal en 1998**

46. De conformidad con lo que se hace constar en el acta de detención correspondiente, el 15 de enero de 1998, alrededor del mediodía, el señor Tumbeiro, electricista de 44 años<sup>58</sup>, fue interceptado por agentes de la Policía Federal Argentina “con fines de identificación”<sup>59</sup>, mientras transitaba por una calle de la Ciudad de Buenos Aires. Los agentes policiales preguntaron al señor Tumbeiro qué hacía en la zona, quien contestó que buscaba equipo electrónico de repuesto y “procedió a entregar su documento de identidad”<sup>60</sup>. Al notarlo “sumamente nervioso”<sup>61</sup>, “previo palpado de sus prendas” en la vía pública<sup>62</sup>, uno de los agentes “lo invitó a subir” a la patrulla “hasta tanto comprobar su identidad”<sup>63</sup>. Mientras esperaban la comprobación sobre la existencia o no de antecedentes penales, los agentes se percataron de que el señor Tumbeiro “en medio de un diario [...] portaba consigo una sustancia

<sup>55</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 12 de noviembre de 1998 (expediente de prueba, folios del 249 al 262).

<sup>56</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 12 de noviembre de 1998 (expediente de prueba, folios del 249 al 262).

<sup>57</sup> Cfr. Resolución del Juzgado Federal de Mar de Plata de 17 de octubre de 1997 (expediente de prueba, folios del 1347 al 1349).

<sup>58</sup> Cfr. Acta de detención de Carlos Alejandro Tumbeiro de 15 de enero de 1998 (expediente de prueba, folio 1485).

<sup>59</sup> Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

<sup>60</sup> Petición No. 1181-03 de Carlos Alejandro Tumbeiro, presentada el 31 de marzo de 2003 ante la Comisión Interamericana (expediente de prueba, folios del 285 al 303).

<sup>61</sup> Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

<sup>62</sup> Cfr. Petición No. 1181-03 de Carlos Alejandro Tumbeiro, presentada el 31 de marzo de 2003 ante la Comisión Interamericana (expediente de prueba, folios del 285 al 303).

<sup>63</sup> Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).





[...] blanca similar al clorhidrato de cocaína”, a raíz de lo cual requirieron la presencia de testigos y procedieron con la detención<sup>64</sup>.

47. Según la versión policial, la actitud del señor Tumbeiro “resultaba sospechosa” porque “su vestimenta era inusual para la zona y por mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero”<sup>65</sup>. Por su lado, el señor Tumbeiro declaró que ese día iba vestido con pantalones jean y camisa, que los agentes policiales lo “metieron en el patrullero” y le “encajaron la droga”, y que hasta entonces nunca había tenido un “antecedente”. El señor Tumbeiro también fue obligado a bajarse los pantalones y la ropa interior en el interior de la patrulla<sup>66</sup>.

## C.2. Proceso Penal

48. El 26 de agosto de 1998, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal condenó al señor Tumbeiro a un año y seis meses de prisión “de cumplimiento en suspenso”<sup>67</sup> y multa de ciento cincuenta pesos por el delito de tenencia de estupefacientes, contenido en el artículo 14 de la Ley 23.737. El señor Tumbeiro recurrió en casación la sentencia condenatoria y solicitó la nulidad del acta de secuestro por estimar que no existió “el grado de sospecha suficiente” para proceder a la requisa sin orden judicial<sup>68</sup>.

49. Con motivo de este recurso, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal (en adelante la “Cámara de Casación Penal”) absolvió al señor Tumbeiro, mediante sentencia de 15 de marzo de 1999<sup>69</sup>. En su sentencia, la Cámara de Casación Penal sostuvo que “la interceptación en la vía pública de una persona con fines [de identificación] y su ulterior alojamiento en un vehículo policial a la espera de la recepción de los antecedentes [...], constituye una verdadera detención que solo con [...] eufemismos habría de considerarse bajo el título de mera demora”. Asimismo, la Cámara de Casación Penal indicó que “el estado de nerviosismo” es una “circunstancia equívoca y, como tal, insusceptible por sí para habilitar la aludida interceptación”, y agregó que en el caso concreto no se justificaba la detención por averiguación de antecedentes pues “no mediaron circunstancias debidamente fundadas que hicieren presumir que alguien hubiere cometido algún hecho delictivo [...] y no acreditase su identidad”<sup>70</sup>.

50. El 30 de marzo de 1999, el Fiscal General interpuso un recurso extraordinario de apelación contra la referida decisión. El Fiscal General alegó que, la interpretación del tribunal de alzada sobre las causales para la procedencia de la detención sin contar con una orden judicial, conllevó un “rigorismo formal innecesario que menoscabó el derecho [...] al debido proceso adjetivo” al haber recurrido a “fundamentos solo aparentes para descartar prueba válidamente ingresada al proceso”. En tal sentido, argumentó que la razón que justificó la detención del señor Tumbeiro “no era solo el estado de nerviosismo, sino que también existía

<sup>64</sup> Cfr. Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

<sup>65</sup> Petición No. 1181-03 de Carlos Alejandro Tumbeiro, presentada el 31 de marzo de 2003 ante la Comisión Interamericana (expediente de prueba, folios del 285 al 303).

<sup>66</sup> Petición No. 1181-03 de Carlos Alejandro Tumbeiro, presentada el 31 de marzo de 2003 ante la Comisión Interamericana (expediente de prueba, folios del 285 al 303).

<sup>67</sup> Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

<sup>68</sup> Cfr. Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

<sup>69</sup> Cfr. Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

<sup>70</sup> Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).



un comportamiento extraño de su parte y su vestimenta era extraña a la luz de la zona en la cual se encontraba”<sup>71</sup>.

51. El 3 de octubre de 2002, la Corte Suprema revocó la decisión de la Cámara de Casación Penal y ordenó que fuera emitido un nuevo pronunciamiento. Refiriéndose a la jurisprudencia estadounidense sobre “causa probable”, “sospecha razonable” y “situaciones de urgencia”, la Corte Suprema señaló que en el caso concreto estos resultaban aplicables puesto que la “actitud sospechosa” atribuida al señor Tumbeiro fue “ulteriormente corroborada con el hallazgo de estupefacientes”. La Corte Suprema juzgó que en el procedimiento “no se advierte ninguna irregularidad” y que la sentencia recurrida ignoró “la legitimidad de lo actuado en prevención del delito” y omitió valorar el “nerviosismo” del señor Tumbeiro conjuntamente a “las demás circunstancias por las cuales el personal judicial decidió identificarlo”<sup>72</sup>.

52. El señor Tumbeiro interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia, el cual fue rechazado el 24 de octubre de 2002 por la Cámara Nacional de Casación Penal, con lo cual la condena quedó en firme<sup>73</sup>. Al haberse declarado firme la sentencia antes mencionada, se le solicitó al señor Tumbeiro que presentara un plan de trabajo comunitario para dar cumplimiento a la sentencia condenatoria<sup>74</sup>. El señor Tumbeiro presentó dicho plan, el cual realizaría en una fundación<sup>75</sup>. Sin embargo, debido a problemas sobre la designación del centro receptor de los servicios, atribuibles a las autoridades de supervisión de ejecución de la pena, el señor Tumbeiro nunca realizó los indicados servicios. El 2 de mayo de 2006, el Juez Nacional de Ejecución Penal resolvió dar por cumplida la condena<sup>76</sup>. El señor Tumbeiro falleció el 30 de julio de 2014<sup>77</sup>.

#### ***D. Normativa aplicable***

53. El artículo 18 de la Constitución de Argentina establece las garantías del debido proceso y la libertad personal en los términos siguientes:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice<sup>78</sup>.

<sup>71</sup> Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

<sup>72</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 3 de octubre de 2002 (expediente de prueba, folios del 304 al 311).

<sup>73</sup> Cfr. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal de 24 de octubre de 2002 (expediente de prueba, folios del 1709 al 1711).

<sup>74</sup> Cfr. Declaración de firmeza de 6 de noviembre de 2002 (expediente de prueba, folio 1733).

<sup>75</sup> Cfr. Propuesta de trabajo comunitario de 17 de diciembre de 2002 (expediente de prueba, folio 1715).

<sup>76</sup> Cfr. Resolución del Juez Nacional de Ejecución Penal de 2 de mayo de 2006 (expediente de prueba, folios del 1820 al 1822).

<sup>77</sup> Acta de defunción de Carlos Alejandro Tumbeiro de 1 de agosto de 2014 (expediente de prueba, folio 357).

<sup>78</sup> Constitución de la Nación Argentina de 1853, con las reformas ordenadas en 1860, 1866, 1898, 1957 y 22 de agosto de 1994.



54. Para la época de la detención del señor Fernández Prieto en 1992, el Código de Procedimientos en lo Criminal (en adelante también “Código de Procedimientos”) disponía lo siguiente:

Artículo 2. Nadie puede ser constituido en prisión preventiva sin orden escrita de Juez competente, expedida contra persona determinada, y a mérito de existir contra ella semiplena prueba de delito o indicios vehementes de culpabilidad.

Artículo 3. En caso de infraganti delito cualquier individuo del pueblo puede detener al delincuente, al solo objeto de presentarlo inmediatamente al Juez competente o al agente de la autoridad pública más inmediato, jurando que lo ha visto perpetrar el delito.

Artículo 4. El Jefe de Policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan en infraganti delito, y aquellas contra quienes hayan indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del Juez competente.

[...]

Artículo 6. Detenido el presunto culpable y entregado al Juez competente, éste procederá en las primeras horas hábiles de su despacho a interrogarlo y a practicar las diligencias necesarias para decretar su prisión preventiva o su libertad.

[...]

Artículo 184. En los delitos públicos los funcionarios de Policía tendrán las siguientes obligaciones y facultades: 1. Averiguar los delitos que se cometan en el distrito de su jurisdicción. [...] Proceder a la detención del presunto culpable en los casos mencionados en el artículo 4 [...]<sup>79</sup>.

55. En 1991, se aprobó la Ley 23.950, que modificó la Ley Orgánica Para la Policía Federal de 1958 en lo concerniente a los casos en los que procede la detención sin orden judicial, disponiendo lo siguiente:

Inciso 1º. Fuera de los casos establecidos en el Código de Procedimientos en Materia Penal, no podrá detener a las personas sin orden de juez competente. Sin embargo, si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese, con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas. Se le permitirá comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación. Las personas demoradas para su identificación no podrán ser alojadas junto ni en los lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones<sup>80</sup>.

56. A partir de septiembre de 1992, y por lo tanto aplicable en la época de la detención del señor Tumbeiro, entró en vigencia la Ley 23.984 que sancionó el Código Procesal Penal, cuyos artículos 284, 230 y 184, inciso 5, señalan lo siguiente:

Artículo 284. Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial: 1) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo. 2) Al que fugare, estando legalmente detenido. 3) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y 4) A

<sup>79</sup> Ley 2372 de 4 de octubre de 1888, por la cual se expide el “Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal y Tribunales Ordinarios de la Capital y de los Territorios Nacionales”.

<sup>80</sup> Ley 23.950 de 4 de septiembre de 1991, por la cual se sustituye “el inciso 1º del artículo 5º del Decreto ley 333/58, ratificado por Ley No. 14.467”. Boletín Oficial de 11 de septiembre de 1991.



quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad [...].

Artículo 230. El juez ordenará la requisa de una persona, mediante decreto fundado, siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate. Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer serán efectuadas por otra.

La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiere, se indicará la causa. La negativa de la persona que haya de ser objeto de la requisa no obstará a ésta, salvo que mediaren causas justificadas”.

Artículo 184. Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones: [...] 5º) Disponer los allanamientos del artículo 227 y las requisas urgentes con arreglo al artículo 230, dando inmediato aviso al órgano judicial competente<sup>81</sup>.

## VII FONDO

57. El Tribunal recuerda que el Estado realizó un reconocimiento total de responsabilidad internacional, y que esta Corte ha decidido dictar una sentencia sobre el fondo en el presente asunto (*supra* párrs. 16 a 22). En razón de ello, la Corte se pronunciará sobre los alegatos de la Comisión y los representantes en relación con la interceptación y el registro del automóvil en que se transportaba el señor Fernández Prieto, así como la detención con fines de identificación y posterior requisa corporal del señor Tumbeiro. En particular, el Tribunal analizará los hechos del presente caso en relación con los derechos a la libertad personal, igualdad ante la ley y prohibición de discriminación, así como en relación con el derecho a la protección de la honra y de la dignidad.

### VII-1 DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL<sup>82</sup>, IGUALDAD ANTE LA LEY Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN<sup>83</sup>, Y PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD<sup>84</sup> EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS<sup>85</sup> Y EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO<sup>86</sup>

#### A. Alegatos de la Comisión y de las partes

##### A.1. Respeto de la libertad personal

58. La **Comisión** alegó que la reserva de ley que se requiere para afectar el derecho a la libertad personal, de conformidad con el artículo 7.2 de la Convención, debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano” las “causas” y “condiciones” de la privación a la libertad física, por lo que cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido para privar a una persona de la libertad, generará que tal privación de la libertad

<sup>81</sup> Ley 23.984 de 4 de septiembre de 1991, por la cual se expide “el Código Procesal Penal”. Boletín Oficial de 29 de septiembre de 1991.

<sup>82</sup> Artículos 7 de la Convención Americana.

<sup>83</sup> Artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana.

<sup>84</sup> Artículo 11 de la Convención Americana.

<sup>85</sup> Artículo 1.1 de la Convención Americana.

<sup>86</sup> Artículo 2 de la Convención Americana.



sea ilegal. En relación con el artículo 7.3, señaló que cualquier detención no solo debe llevarse a cabo de acuerdo a las disposiciones del derecho interno, sino que es necesario que esta sea proporcional. En el caso concreto, consideró que la regulación que otorga la facultad aplicada en las detenciones por parte de la policía no incluye referencias específicas o razones o parámetros objetivos que potencialmente pudieran justificar la sospecha que derivó en la detención de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, ni se exigió que las autoridades policiales rindieran cuentas por escrito a sus superiores sobre la razón de la detención. Esto derivó en que el señor Fernández Prieto fuera detenido únicamente porque se encontraba en “actitud sospechosa” y el señor Tumbeiro por su “estado de nerviosismo”, su vestimenta, y el hecho de haber indicado que se encontraba en la zona para comprar artefactos electrónicos cuando en dicho lugar no se vendían dichos productos. La falta de elementos objetivos para llevar a cabo la detención -los cuales no fueron mencionados en el acta de detención-interrogatorio y requisa, y el hecho de que la legislación no ofrezca salvaguardas frente a este tipo de actos, no cumplieron con el estándar de legalidad y no arbitrariedad.

59. Los **representantes** alegaron que, de conformidad con la normativa de la época, la policía carecía de facultades para detener al señor Fernández Prieto. Expresaron que, en caso de que se acepte que dichas facultades existían, la normativa era entonces contraria a la Convención Americana dado que tenía un carácter “sumamente indeterminado e imprevisible, y dejaba un amplio margen de discrecionalidad a sus operadores, que se agravaba en contextos de arbitrariedad policial y uso desproporcionado de la fuerza”. Argumentaron que la “actitud sospechosa” invocada por la policía no se ciñe a ninguna de las causales de detención regulada normativamente, ni a las causales de excepción que permiten realizar una detención sin orden judicial (no se encuadra en la noción de delito flagrante, indicios vehementes ni semiplena prueba de culpabilidad). Agregaron que no existe en ese sentido elemento alguno que permita evaluar la existencia y razonabilidad de una “actitud sospechosa”. En relación con la detención del señor Tumbeiro, señalaron que las razones por las que fue detenido no se encontraban contenidas en la normativa vigente. Sin perjuicio de ello, sostuvieron que ninguna de las circunstancias por la cuales fue detenido (el hecho de que la presunta víctima estuviera nerviosa al momento de ser interrogado, la forma en que estaba vestido, o que se encontrara en un barrio de emergencia) es asimilable a los “indicios vehementes de culpabilidad” que señala el Código Procesal Penal.

## **A.2. Respetto de la protección de la honra y de la dignidad**

60. La **Comisión** alegó que el derecho a la vida privada es uno de los derechos que se encuentra en juego tratándose de requisas. La Comisión se refirió al estándar desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que una intervención a este derecho debe cumplir un *test* de proporcionalidad. En el caso, la Comisión consideró que hubo una injerencia desproporcionada por parte de los agentes policiales en contra de la vida privada de las presuntas víctimas. En primer lugar, en el caso del señor Fernández Prieto, no existía una norma que habilitara la requisa de automóviles o personas en situaciones como las de la presunta víctima, pues el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales permitía la detención por razones que ofrecían gran discrecionalidad en su interpretación. En el caso del señor Tumbeiro, la norma que autorizaba la requisa, es decir el artículo 230 del Código Procesal Penal de la Nación, ofrecía amplia discrecionalidad a la policía y no establecía límites claros en cuanto a su aplicación. Asimismo, la Comisión alegó que el Estado no acreditó que la medida fuera idónea, necesaria y proporcional. Lo anterior, considerando que no hubo indicación de un hecho criminal en ninguno de los casos, por lo que no es posible afirmar que la policía actuó por razones objetivas que implicaran un hecho criminal en ambos casos, y tampoco hay una relación o conexidad entre la requisa y el fin perseguido de buscar la prevención del delito. Tampoco fue una requisa que fuera necesaria y proporcional, teniendo en cuenta la severidad que implicó que, en el caso de una de las víctimas, el señor Tumbeiro,



procedieran a desnudarle bajándole los pantalones y la ropa interior. En suma, la Comisión consideró que la actuación de la policía constituyó una injerencia arbitraria a su vida privada en violación al artículo 11 de la Convención.

61. Los **representantes** alegaron que el hecho de que la detención y requisa del señor Fernández Prieto fuera efectuada al amparo de “la dudosa aplicación analógica de una norma” con problemas de “ambigüedad e imprecisión” constituye una violación a sus derechos a la honra y dignidad, así como una “injerencia arbitraria y abusiva a su vida privada”. En cuanto al señor Tumbeiro, los representantes señalaron que fue sometido a dos requisas personales, en la última de las cuales fue obligado a desnudarse en el interior de una patrulla, por lo que fue “especialmente vejatoria de la honra y dignidad del detenido”. Adicionalmente, manifestaron que la invalidez de las requisas exigía que las evidencias halladas fueran “consideradas ilegales”, pero en cambio fueron “valoradas como prueba conducente e imprescindible para condenarlo”. Durante la audiencia pública, los representantes alegaron que las violaciones se produjeron pues las requisas practicadas no tenían en el caso del señor Fernández Prieto base legal, y en el caso del señor Tumbeiro las razones alegadas no se adecuaban a las razones legales que habilitaban la intervención policial, y más allá de eso, en ambos casos las formulaciones legales eran imprecisas, generales, amplias, y de ese modo habilitaban una intervención arbitraria en la vida privada de las personas. En consecuencia, los representantes sostuvieron que el Estado es responsable por la violación de los artículos 11.1, 11.2 y 11.3 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro.

## **B. Consideraciones de la Corte**

62. La Corte advierte que el presente caso se relaciona con dos supuestos específicos de restricciones a los derechos por acciones de la policía: la interceptación y posterior registro del automóvil donde se transportaba el señor Fernández Prieto por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, y la detención con fines de identificación y requisa corporal del señor Tumbeiro por parte de la Policía Federal Argentina. Estos actos implicaron tanto una restricción a la libertad de movimiento, como una revisión de las pertenencias que llevaban consigo, ya fuera en virtud del registro del automóvil en el caso del señor Fernández Prieto, o por la requisa corporal del señor Tumbeiro. Asimismo, el Tribunal recuerda que ambas retenciones llevadas a cabo por la policía –en su labor de prevención del delito y no como parte de una investigación penal– se transformaron en detenciones en virtud de las pruebas obtenidas durante el registro y la requisa, respectivamente. Por esta razón, ambos supuestos pueden ser analizados a partir de los derechos a la libertad personal y a la protección a la honra y la dignidad, reconocidos en los artículos 7 y 11 de la Convención.

63. En relación con lo anterior, el Tribunal recuerda que el Estado reconoció su responsabilidad internacional porque en ambos supuestos las actuaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y la Policía Federal Argentina no cumplieron con el estándar de legalidad, fueron arbitrarias y, además, constituyeron una injerencia en la vida privada de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, por lo que resultan violatorias de los artículos 7.1, 7.2, 7.3 y 11 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Tomando en consideración lo antes referido, y en aras de analizar el alcance de la responsabilidad internacional del Estado, la Corte realizará un análisis jurídico de estas violaciones en el orden siguiente: a) el derecho a la libertad personal en relación con la interceptación del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto y la detención con fines de identificación del señor Tumbeiro, y b) la protección a la honra y dignidad en relación con el registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto y la requisa corporal del señor Tumbeiro.





## B.1. Derecho a la libertad personal

64. La Corte ha sostenido que la libertad y la seguridad personal constituyen garantías para la detención o encarcelamiento ilegal o arbitrario. De esta forma, si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber de aplicar en todo momento procedimientos conformes al Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción<sup>87</sup>. La finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos requiere que el Estado legisle y adopte diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales, en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida<sup>88</sup>.

65. En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado<sup>89</sup>. Este artículo tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas: entre sí, una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5) a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7). Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarrearán necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma<sup>90</sup>.

66. La Corte ha expresado que la restricción del derecho a la libertad personal únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto formal)<sup>91</sup>. Esto así, en mérito de que es la propia Convención la que remite al derecho interno del Estado en cuestión, motivo por el que tal remisión no supone que la Corte deje de fallar de acuerdo a la Convención<sup>92</sup>, sino precisamente que debe hacerlo conforme a ella y no según el referido derecho interno. La Corte no realiza, en tal eventualidad, un control de constitucionalidad ni tampoco de legalidad, sino únicamente de convencionalidad<sup>93</sup>.

<sup>87</sup> Cfr. *Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 86.

<sup>88</sup> Cfr. *Servellón García y otros Vs. Honduras*, *supra*, párr. 87.

<sup>89</sup> Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 84, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 100.

<sup>90</sup> Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 54, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, *supra*, párr. 100.

<sup>91</sup> Cfr. *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, *supra*, párr. 110.

<sup>92</sup> Artículo 62.3 de la Convención.

<sup>93</sup> Cfr. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, *supra*, párr. 110.





67. Así, en cuanto al requisito de legalidad de la detención, el Tribunal ha señalado que, al remitir a la Constitución y leyes establecidas “conforme a ellas”, el estudio de la observancia del artículo 7.2 de la Convención implica el examen del cumplimiento de los requisitos establecidos tan concretamente como sea posible y “de antemano” en dicho ordenamiento en cuanto a las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. Si la normativa interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2<sup>94</sup>.

### **B.1.1 Análisis de la legalidad de la detención del señor Fernández Prieto**

68. La Constitución de Argentina establece en su artículo 18 que “[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”<sup>95</sup>. Por su parte, el artículo 4 del Código de Procedimientos, vigente en la época en que el señor Fernández Prieto fue detenido, disponía que “[e]l Jefe de la Policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan *in fraganti* delito y a aquellas contra quienes hayan indicios vehementes o semivehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del juez competente”. El artículo 184.4 de la misma norma establecía que “[...] en los delitos públicos, los funcionarios tendrán las siguientes obligaciones y facultades: Proceder a la detención del presunto culpable en los casos mencionados en el artículo 4”<sup>96</sup>.

69. La Corte recuerda que el automóvil en que el señor Fernández Prieto viajaba fue interceptado y, posteriormente, sujeto a registro en la ciudad de Mar de Plata el 26 de mayo de 1992, debido a que un inspector y dos sargentos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires manifestaron ver el vehículo en que viajaba con “tres sujetos en actitud sospechosa”. Posteriormente, los agentes hicieron descender del vehículo a los pasajeros y realizaron un registro del mismo. En el vehículo los policías encontraron unos paquetes de lo que parecía ser marihuana y un revólver. Posteriormente, el 19 de julio de 1996 el Juez Federal condenó al señor Fernández Prieto a cinco años de prisión por el delito de transporte de estupefacientes.

70. El Tribunal nota que el Código de Procedimientos preveía tres hipótesis para la detención de una persona sin orden judicial, a saber: a) que sea sorprendida *in fraganti* delito, b) que existan indicios vehementes o semivehementes de culpabilidad, o c) que existiera algún tipo de prueba o semiplena de culpabilidad. Sin embargo, el Tribunal advierte que, en momento alguno durante el procedimiento seguido en contra del señor Fernández Prieto, los agentes policiales manifestaron –ni justificaron– que la interceptación del automóvil tenía como base alguna de las tres hipótesis previstas por el artículo 4 de dicho código, o en cualquier otra norma, para realizar una detención sin orden judicial. Los agentes de la policía se limitaron a señalar que los sujetos que estaban en el vehículo tenían una “actitud sospechosa”. Resulta claro que la presunta “actitud sospechosa” no era un supuesto asimilable a la flagrancia o bien a un posible “indicio vehemente o semiprueba de culpabilidad”, como exigía la citada norma.

71. El Tribunal considera que esta omisión de justificar la detención del señor Fernández Prieto en alguna de causales legales es claramente un incumplimiento del requisito de

<sup>94</sup> Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, *supra*, párr. 57, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, *supra*, párr. 111.

<sup>95</sup> Constitución de la Nación Argentina, *supra*, artículo 18.

<sup>96</sup> Ley 2372 de 4 de octubre de 1888, por la cual se expide el “Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal y Tribunales Ordinarios de la Capital y de los Territorios Nacionales”. Artículos 4 y 184.4.



legalidad, pues los policías realizaron un acto que constituyó una restricción a la libertad personal del señor Fernández Prieto –en tanto obligaron a detener el vehículo en el que viajaba, posteriormente lo obligaron a descender de él, procedieron a realizar un registro y, finalmente, lo privaron de su libertad- actuando más allá de las facultades habilitantes que establecía el Código de Procedimientos para realizar dichos actos sin orden judicial. Asimismo, la Corte advierte que los tribunales internos que resolvieron sobre la legalidad de la interceptación del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto, el registro del mismo y su posterior detención tampoco se pronunciaron sobre cómo esta se encuadraba en alguna las hipótesis previstas por el Código de Procedimientos en Materia Penal, sino que la validaron considerando que los policías actuaron en cumplimiento de su tarea de prevención del delito y por las pruebas obtenidas en virtud de dicha actuación.

72. Al respecto, la Corte recuerda que el 19 de julio de 1996 el Juez Federal dictó una sentencia condenatoria contra el señor Fernández Prieto por el delito de transporte de estupefacientes, contemplado en el artículo 5, inciso c, de la Ley 23.737. El Juez Federal encontró debidamente probado que en las circunstancias de modo, tiempo y lugar el acusado estaba transportando una cantidad cierta de marihuana. En lo que respecta a los argumentos que la defensa planteó sobre la ilegalidad de la detención y la invalidez de las pruebas obtenidas, el Juez Federal expresó que “los funcionarios judiciales actuaron dentro de las atribuciones que les otorga la ley de forma, pues como bien anotan en el acta atacada, el vehículo en el que viajaban Fernández Prieto entre otros se conducía en actitud sospechosa y ello fue lo que los motivó a interceptarlos; cumpliendo luego con el rito correspondiente y obteniendo el resultado conocido. No se está desde luego justificando el antes con el producido de la inspección, sino que a modo de relato se apunta la consecuencia”. Asimismo, sostuvo que “[s]e me deberá decir si ante una situación como la planteada los custodios del orden no estaban en la real facultad de proceder como lo hicieron so riesgo no solo de cumplir con una tarea primaria que les es asignada, sino de evitar males de los cuales la sociedad y el derecho tienen derecho a cobijarse [...]”<sup>97</sup>.

73. La Corte Suprema, como órgano de cierre del debate judicial, también se pronunció sobre la validez de la interceptación del auto en que viajaba el señor Fernández Prieto al considerar “que tuvo por sustento la existencia de un estado de sospecha de la presunta comisión de un delito”, manifestando que “a los efectos de determinar si resulta legítima la medida cautelar que tuvo por sustento la existencia de un estado de sospecha de la presunta comisión de un delito, ha de examinarse aquel concepto a la luz de las circunstancias en que tuvo lugar la detención”<sup>98</sup>. En particular, respecto de la validez de la legitimidad de la interceptación y registro, manifestó lo siguiente:

15) Que las pautas señaladas en los considerandos anteriores resultan aplicables al caso, porque el examen de las especiales circunstancias en que se desarrolló el acto resulta decisivo para considerar legítima la requisa del automóvil y detención de los ocupantes practicada por los funcionarios policiales. Ello debido a que éstos habían sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevención del delito y en ese contexto interceptaron un automóvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en “actitud sospechosa” de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo de

<sup>97</sup> Sentencia condenatoria del Juzgado Federal de Mar de Plata de 19 de julio de 1996 (expediente de prueba, folios del 169 al 196).

<sup>98</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 12 de noviembre de 1998 (expediente de prueba, folios del 249 al 262).



efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes y habiendo así procedido, comunicaron de inmediato la detención al juez.<sup>99</sup>

74. El Tribunal advierte que las diversas sentencias a nivel interno que se pronunciaron sobre la validez de la interceptación y registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto se basaron en consideraciones relacionadas con la eficacia en la prevención del delito y con argumentos de naturaleza consecuencialista (los cuales validaban la actuación policial en virtud de los resultados obtenidos, es decir de las pruebas recabadas), sin tomar en consideración si la actuación de la policía se encuadraba dentro de los supuestos habilitantes previstos por el Código de Procedimientos para realizar una detención sin orden judicial. La Corte considera que, con independencia de la legitimidad de las razones mencionadas por los distintos tribunales que conocieron sobre el caso para justificar el registro y posterior detención como una cuestión de cumplimiento del deber de prevención del delito, o bien porque las pruebas obtenidas en virtud de ella podrían demostrar la culpabilidad del señor Fernández Prieto, de las propias sentencias se confirma que la interceptación y posterior registro y detención no fue realizada en aplicación de la legislación vigente.

75. En ese sentido, la interceptación del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto, la cual derivó en su posterior registro y su detención y procesamiento penal, constituyó una violación a los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. En virtud de lo anterior, la Corte no considera necesario analizar si los actos del Estado constituyeron violaciones a los artículos 7.3 y 7.5 de la Convención. Ello, sin perjuicio de que el Estado admitió su responsabilidad por la violación de dichos preceptos convencionales.

### ***B.1.2. Análisis de la ilegalidad y arbitrariedad de la detención del señor Tumbeiro***

76. La Corte recuerda que la Constitución argentina dispone que nadie puede ser “arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”<sup>100</sup>. Por su lado, el Código Procesal Penal de la Nación, vigente a partir de octubre de 1992, y por lo tanto vigente en la época de la detención del señor Tumbeiro en 1998, establece en su artículo 284 que “los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial”, a: a) quien “intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo”; b) quien se “fugare, estando legalmente detenido”; c) de manera excepcional, contra quien “hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención”, y d) quien “sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad [...]”<sup>101</sup>.

77. Asimismo, la Ley 23.950, que modificó la Ley Orgánica Para la Policía Federal de 1958, dispone que, fuera de los casos establecidos en la normativa procesal penal, no se podrá detener a las personas sin orden de juez competente, salvo si:

“[...] existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional

<sup>99</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 12 de noviembre de 1998 (expediente de prueba, folios del 249 al 262).

<sup>100</sup> Constitución de la Nación Argentina, *supra*, artículo 18.

<sup>101</sup> Ley 23.984 de 4 de septiembre de 1991, por la cual se expide “el Código Procesal Penal”. Boletín Oficial de 29 de septiembre de 1991. Artículo 284.



y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese, con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas. Se le permitirá comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación. Las personas demoradas para su identificación no podrán ser alojadas junto ni en los lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones"<sup>102</sup>.

78. La Corte recuerda que, en su declaración de 15 de enero de 1998, uno de los agentes intervinientes en la detención del señor Tumbeiro narró las circunstancias que llevaron a la misma expresando que ese día, cuando se encontraba recorriendo el "radio jurisdiccional", pudo "observar a una persona del sexo masculino el cual se hallaba vestido con zapatos negros, pantalón jean azul y camisa a cuadros, el que al observar la presencia policial se mostró sumamente nervioso y dubitativo a la vez que intentaba eludir el paso del móvil policial. Atento a ello, se procedió a detener su marcha y con el objeto de verificar si registraba algún impedimento legal, se invitó al mismo a ascender al móvil hasta tanto se determine mediante sistema dígito radial su identidad". El agente expresó que, "debido a que continuaba sumamente nervioso, se solicitó la cooperación de los testigos [...] junto a los cuales se procedió a examinar los efectos personales de dicha persona"<sup>103</sup>. Esta declaración, concatenada a la relación fáctica que figura en las sentencias del proceso penal<sup>104</sup>, permite a la Corte advertir que el señor Tumbeiro fue detenido para que se identificara en virtud de tres hechos: a) se mostró nervioso ante la presencia de los policías; b) no estaba vestido conforme al modo de vestir percibido por los agentes como propio de la zona por la que transitaba, y c) contestó que se encontraba buscando un material "totalmente extraño a lo que podía obtenerse en los comercios aledaños"<sup>105</sup>.

79. La Corte nota que, de conformidad con la Ley 23.950, la retención temporal con fines de identificación debe estar debidamente fundada en circunstancias que "hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional". En ese sentido, en el caso concreto, el Tribunal considera que ninguna de las razones que dio la policía para retener al señor Tumbeiro y solicitarle su identificación constituían en sí mismas, o en conjunto, hechos o informaciones suficientes y concretas que permitan a un observador razonable inferir objetivamente que probablemente había cometido o estaba por cometer un hecho delictivo o contravencional. Por el contrario, las razones que motivaron la detención con fines de identificación del señor Tumbeiro parecieron responder a preconcepciones sobre cómo debe verse una persona que transita en un determinado lugar, cómo debe comportarse ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar.

80. Este escenario concuerda con lo señalado por la perita Sofia Tiscornia sobre la calificación no objetiva de la actitud o apariencia de una persona como sospechosa con

<sup>102</sup> Ley 23.950 de 4 de septiembre de 1991, por la cual se sustituye "el inciso 1º del artículo 5º del Decreto ley 333/58, ratificado por Ley No. 14.467". Boletín Oficial de 11 de septiembre de 1991.

<sup>103</sup> Declaración suscrita el 15 de enero de 1998 por el Subinspector GIG I (expediente de prueba, folios 1486 y 1487).

<sup>104</sup> El Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal sostuvo lo siguiente: "[...] [E]l día 15 de enero de 1998 [...], el suboficial [...] interceptó con fines de identificación a quien luego resultó ser [el señor Tumbeiro], en las inmediaciones de la calle Corea [...]. Es así que se lo invitó a subir al móvil hasta tanto comprobar su identidad, notando que el nombrado se encontraba sumamente nervioso. Que mientras esperaban la respuesta, observaron que en medio de un diario Clarín que el encausado portaba consigo había una bolsa de nylon transparente, conteniendo una sustancia [...] blanca similar al clorhidrato de cocaína. Ante ello, se solicitó la presencia de testigos en presencia de los cuales, se procedió a la lectura de sus derechos en voz alta [...]". Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal de 26 de agosto de 1998 (expediente de prueba, folios del 1537 al 1576).

<sup>105</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 3 de octubre de 2002 (expediente de prueba, folios del 304 al 311).



fundamento en ideas preconcebidas por los agentes policiales sobre la presunta peligrosidad de ciertos grupos sociales y los elementos que determinan la pertenencia a estos<sup>106</sup>. La Corte recuerda que los estereotipos consisten en preconcepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado<sup>107</sup>. El empleo de razonamientos estereotipados por parte de las fuerzas de seguridad puede dar lugar a actuaciones discriminatorias y, por consiguiente, arbitrarias.

81. Ante la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre prejuicios respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención. En concordancia con lo anterior, el perito Juan Pablo Gomara enfatizó lo siguiente:

Atribuir a una persona la sospecha de un comportamiento ilegal por la sola circunstancia de ser joven y usar determinada ropa, ser pobre, estar en situación de calle, ser mujer trans, etc. importa claramente un trato discriminatorio, prohibido por el derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, los cuerpos de seguridad ejercen en gran medida la facultad de identificación y registro a través del uso de *perfiles discriminatorios*<sup>108</sup>.

82. El uso de estos perfiles supone una presunción de culpabilidad contra toda persona que encaje en los mismos, y no la evaluación caso a caso sobre las razones objetivas que indiquen efectivamente que una persona está vinculada a la comisión de un delito. Por ello, la Corte ha señalado que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias<sup>109</sup>. En este caso, el contexto sobre detenciones arbitrarias en Argentina, el reconocimiento expreso de responsabilidad internacional por parte del Estado, y la falta de explicaciones sobre el carácter sospechoso atribuido al señor Tumbeiro más allá de su nerviosismo, su manera de vestir<sup>110</sup> y el señalamiento explícito de que esta no era propia de la zona “de gente humilde”<sup>111</sup> por la que caminaba, evidencian que no hubo indicios

<sup>106</sup> La perita señaló lo siguiente: “Esto que la policía llama el olfato policial [...] pero sin duda que la policía detiene fundamentalmente por formas de vestir, por actitudes corporales, todos sabemos que los distintos grupos sociales manifestamos actitudes corporales diferentes, entonces un joven de un barrio popular que está caminando por una zona residencial, seguramente, tiene un cien por ciento de posibilidades de ser detenido, y lo es exclusivamente por estereotipo, es más, en nuestros estudios ha aparecido veces de que chicos de clase media usan vestimenta de gente pobre y son detenidos, cuando descubren su identidad son dejados en libertad. O sea, hay una muy fuerte carga de detención por clase social, y por estereotipos. La policía responde sin duda a ésta forma de funcionamiento”. Declaración rendida por Sofía Tiscornia ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.

<sup>107</sup> Cfr. *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 223.

<sup>108</sup> Declaración pericial rendida el 4 de marzo de 2020 por Juan Pablo Gomara ante fedatario público (expediente de fondo, folios del 413 al 482).

<sup>109</sup> Cfr. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 368, y *Caso Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú, supra*, párr. 129.

<sup>110</sup> Cfr. Declaración suscrita el 15 de enero de 1998 por el Subinspector G I (expediente de prueba, folios 1486 y 1487).

<sup>111</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 3 de octubre de 2002 (expediente de prueba, folios del 304 al 311).



suficientes y razonables sobre su participación en un hecho delictivo, sino que la detención se efectuó *prima facie* debido a la sola circunstancia de no reaccionar del modo en que los agentes intervinientes percibían como correcto y utilizar un atuendo juzgado por ellos como inadecuado con base en una preconcepción subjetiva sobre la apariencia que debían resguardar los habitantes del área, lo que comporta un trato discriminatorio que torna en arbitraria la detención.

83. Asimismo, la Corte advierte que los tribunales internos que resolvieron sobre la legalidad de la detención del señor Tumbeiro la validaron considerando que los policías actuaron de manera prudente y razonable y en cumplimiento de su deber de prevención del delito. Al respecto, la Corte estima que una actuación originariamente inconvencional no puede derivar, en función de los resultados obtenidos, en la formulación válida de imputaciones penales. En ese sentido, la Corte recuerda que ante la solicitud de nulidad planteada por la defensa con base en la ilegalidad de la detención y requisa personal del señor Tumbeiro, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 señaló que “la detallada y convergente versión de los hechos que dan preventores y testigos no puede dejar de ser tenida en cuenta para fundar la intervención policial que dio lugar al descubrimiento de un caso de flagrancia delictiva consistente en la tenencia de cocaína por parte de Tumbeiro”<sup>112</sup>.

84. El Tribunal Oral concluyó que “la intervención policial fue motivada y encuentra sustento en la secuencia fáctica que determinó la misma”, y que “el acto de inspección [...] se ha efectuado dentro del marco de una actuación prudente de la policía en el ejercicio de sus funciones específicas, mediando las circunstancias objetivas [...] que justifican el procedimiento”<sup>113</sup>. La Corte constata que el Tribunal Criminal no se refirió a cuáles fueron las circunstancias objetivas que justificaron la detención con fines de identificación, ni abordó por qué las mismas se circunscribían a un cuadro de flagrancia, o cómo el presunto estado de nerviosismo del señor Tumbeiro apuntaba objetivamente a que se encontraba cometiendo un delito.

85. La Corte recuerda que el señor Tumbeiro interpuso un recurso de casación contra la sentencia de 26 de agosto de 1998, en el marco del cual solicitó la nulidad del procedimiento policial por entender que no existió “el grado de sospecha suficiente” para proceder a la detención y requisa sin orden judicial<sup>114</sup>. El Tribunal observa que, si bien la Cámara de Casación Penal realizó un adecuado control de convencionalidad, absolviendo al señor Tumbeiro porque “no mediaron circunstancias debidamente fundadas que hicieren presumir que alguien hubiere cometido algún hecho delictivo”<sup>115</sup>, con motivo de un recurso extraordinario incoado por el Fiscal General, la Corte Suprema de Justicia revocó en última instancia el fallo absolutorio y confirmó la condena de primer grado, mediante sentencia de 3 de octubre de 2002. En su sentencia, la Corte Suprema ponderó lo siguiente:

[...] Que en estas condiciones resultan inadmisibles las conclusiones a que arriba el *a quo*, puesto, que no se advierte ninguna irregularidad en el procedimiento del que pueda inferirse violación alguna al debido proceso legal. Es más, el pronunciamiento impugnado no sólo ignora la legitimidad de lo actuado en prevención del delito y dentro del marco de una actuación prudente y razonable del personal policial en el ejercicio de sus funciones específicas, sino que, además, omite valorar juntamente con el

<sup>112</sup> Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal de 26 de agosto de 1998 (expediente de prueba, folios del 1537 al 1576).

<sup>113</sup> Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal de 26 de agosto de 1998 (expediente de prueba, folios del 1537 al 1576).

<sup>114</sup> Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

<sup>115</sup> Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).





nerviosismo que mostraba el imputado, las demás circunstancias por las cuales el personal policial decidió identificarlo [...] <sup>116</sup>.

86. La Corte considera que ninguna de las circunstancias indicadas por los agentes de la Policía Federal Argentina que motivaron la detención con fines de identificación, y posteriormente analizadas por los tribunales en las diversas etapas del proceso, se podían asimilar con la flagrancia o los “indicios vehementes o semivehementes de culpabilidad” que se señalan en el Código Procesal Penal, ni a las “circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad” a las que se refiere la Ley 23.950 para detener a una persona con fines de identificación. Por el contrario, el Tribunal considera que se trató de una detención basada en prejuicios por parte de la policía y, posteriormente, convalidada por los tribunales internos en virtud de los fines que perseguía y las pruebas obtenidas. En este punto, el Tribunal advierte lo mencionado por la perita Sofía Tiscornia en el sentido de que:

[L]os motivos de detención que las fuerzas de seguridad esgrimen hacen referencia a una serie limitada de fórmulas burocráticas que lejos están de identificar la diversidad y particularidad de las circunstancias de las detenciones” y que “el uso de clichés tales como ‘gestos nerviosos’, ‘acelerar el paso’, ‘esquivar la mirada policial’, ‘merodear por las inmediaciones’, ‘alejarse del sitio en forma presurosa’ o ‘quedarse parado en una esquina’, sólo para dar unos pocos ejemplos, dan cuenta de la vaguedad de las razones aducidas <sup>117</sup>.

87. Lo anterior permite concluir que la detención del señor Tumbeiro no cumplió con el requisito de legalidad y, por lo tanto, constituyó una violación de los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. De igual modo, el hecho de que la detención no obedeciera a criterios objetivos, sino a la aplicación por parte de los agentes policiales de estereotipos sobre la apariencia del señor Tumbeiro y su presunta falta de correlación con el entorno por el que transitaba, hacen de la intervención policial una actuación discriminatoria y, por ende, arbitraria que resulta violatoria de los artículos 7.3 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

### ***B.1.3. Insuficiencia normativa y existencia de una práctica inconvenicional en ambos casos***

88. El Tribunal recuerda que la Comisión Interamericana expresó en su Informe de Fondo que la regulación que otorga la facultad aplicada en el caso “es significativamente vaga y no incluye referencias específicas a razones o parámetros objetiv[o]s que potencialmente pudieran justificar la sospecha. Por otra parte, en dicha legislación no se incluye exigencia alguna a fin de que las autoridades policial[es] rindan cuentas, por escrito y ante sus superiores, sobre el detalle de las razones que dio lugar a la detención y requisa. Además, del contexto descrito en la sección de hechos probados, se desprende que lo sucedido en el presente caso no constituyen hechos aislados sino que esta normativa y su aplicación en la práctica, han resultado en actuaciones abusivas por parte de la policía” <sup>118</sup>. Esta conclusión fue aceptada por el Estado mediante su acto de reconocimiento de responsabilidad.

<sup>116</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 3 de octubre de 2002 (expediente de prueba, folios del 304 al 311).

<sup>117</sup> Declaración rendida por Sofía Tiscornia ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.

<sup>118</sup> Informe de Fondo (expediente de fondo, folio 22).





89. En relación con lo anterior, el Tribunal recuerda que el artículo 7.2 de la Convención exige no solo la existencia de regulaciones que establezcan las “causas” y “condiciones” que autoricen la privación de la libertad física, sino que es necesario que esta sea lo suficientemente clara y detallada, de forma que se ajuste al principio de legalidad y tipicidad tal como ha sido entendido por esta Corte en su jurisprudencia. Al respecto, este Tribunal ha señalado que “la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en que se expresan el reproche social y las consecuencias de este”<sup>119</sup>.

90. De esta forma, el Tribunal considera que es necesario que las regulaciones que determinen las facultades de los funcionarios policiales relacionadas con la prevención e investigación de delitos, incluyan referencias específicas y claras a parámetros que eviten que una interceptación de un automóvil o una detención con fines de identificación se realice arbitrariamente. Por lo que en aquellas disposiciones en que exista una condición habilitante que permita una detención sin orden judicial o en flagrancia, además de que esta cumpla con los requisitos de finalidad legítima, idoneidad y proporcionalidad, debe contemplar la existencia de elementos objetivos, de forma que no sea la mera intuición policíaca ni criterios subjetivos, que no pueden ser verificados, los que motiven una detención. Esto significa que la legislación habilitante para este tipo de detenciones debe dirigirse a que la autoridad ejerza sus facultades ante la existencia de hechos o informaciones reales, suficientes y concretas que, de manera concatenada, permitan inferir razonablemente a un observador objetivo que la persona que es detenida probablemente era autora de alguna infracción penal o contravencional. Este tipo de regulaciones deben, además, ser acorde al principio de igualdad y no discriminación, de forma tal que evite la hostilidad en contra de grupos sociales en virtud de categorías prohibidas por la propia Convención Americana.

91. En este punto, el Tribunal advierte lo señalado por el perito Juan Pablo Gomara en el sentido de que, ante la necesidad de establecer un estándar probatorio como presupuesto para la actuación policial en breves detenciones y en registros temporales, en aras de preservar el principio de legalidad y evitar el abuso y la arbitrariedad policial, es conveniente adoptar un estándar probatorio objetivo<sup>120</sup>.

92. Lo anterior encuentra respaldo en la manera en que distintas jurisdicciones han tratado los requisitos que deben cumplir las detenciones que ocurren sin orden judicial o caso de flagrancia, las cuales deben ser excepcionales. De esta forma, la Corte Constitucional de Colombia, al referirse a la detención por autoridad policial, ha señalado que debe basarse en razones objetivas y motivos fundados, es decir en “situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los casos de flagrancia sino una relación mediata con momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención”. Dicha Corte señaló que, por lo tanto, “[e]l motivo fundado que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora o participe de ella”. Por otro lado, señaló que la detención debe ser necesaria, por lo que debe operar en situaciones de apremio en las cuales no pueda exigirse la orden judicial. Asimismo, señaló que este tipo de detención tiene como único objetivo verificar de manera breve los hechos

<sup>119</sup> *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile supra*, párr. 106, y *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 219.

<sup>120</sup> *Cfr.* Declaración pericial rendida el 4 de marzo de 2020 por Juan Pablo Gomara ante fedatario público (expediente de fondo, folios del 413 al 482).



relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o identidad de la persona, por lo que tiene una estricta limitación temporal y debe ser proporcionada<sup>121</sup>.

93. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que para acreditar la existencia de una sospecha razonable que justifique la práctica de un control preventivo provisional, la autoridad debe precisar cuál era la información (hechos y circunstancias) con la que contaba para suponer que una persona estaba cometiendo una conducta ilícita. Asimismo, ha sostenido que dicha información tendrá que cumplir con criterios de razonabilidad y objetividad; es decir, deberá ser suficiente bajo la perspectiva de que cualquier persona desde un punto de vista objetivo hubiere llegado a la misma determinación que la autoridad, si hubiere contado con tal información. De este modo, la autoridad de policía debe explicar detalladamente en cada caso concreto cuáles fueron las circunstancias de modo, tiempo y lugar que razonablemente le llevaron a estimar que la persona actuó "sospechosa" o "evasivamente" (esto es, que el sujeto probablemente estaba cometiendo un delito o estaba por cometerlo, o bien, cómo es que intentó darse a la fuga)<sup>122</sup>.

94. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana confirmó la sentencia absolutoria de un imputado por no haberse otorgado credibilidad al acta de registro ante la ausencia de una sospecha fundada para la detención, toda vez que "lo único que indica dicho instrumento es que al notar la presencia del agente [...] el imputado intentó emprender la huida, y este motivo no es cónsono con la ley en cuanto la sospecha fundada que se requiere para la detención de una persona, situación que convierte el acta en un medio de prueba ilegal"; y en ese sentido que "al testimonio del agente actuante no se le puede otorgar credibilidad, porque viene a refrendar un registro ilegal, al no haberse podido extraer una sospecha razonablemente fundada mediante la cual se justificara la detención del ciudadano". Al respecto, la referida corte señaló que para determinar si en el caso concreto existen motivos fundados suficientes o razonables para proceder al registro de una persona, dicha evaluación debe ser susceptible de "ser realizada por cualquier persona razonable ubicada en las mismas circunstancias" y debe estar libre de prejuicios o estereotipos "para evitar la arbitrariedad [a] la requisita de un ciudadano"<sup>123</sup>.

95. Por otro lado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ponderó, respecto a los retenes policiales, que no es posible que "se realicen de una forma indiscriminada y mucho menos que se coaccione u obligue a las personas para que permitan el acceso al interior de su vehículo, sin que exista noticia *criminis* o indicios comprobados de la comisión de un delito". La Sala juzgó que para "proceder a la revisión del interior de un vehículo en este tipo de controles policiales, se requiere necesariamente del consentimiento libre y expreso del conductor, lo que implica que no puede ser coaccionado de forma alguna". Respecto a los requisitos que esta debe cumplir, dicha Sala señaló que la policía debe actuar conforme a protocolos específicos, donde se establezcan las condiciones, forma, presupuestos, etc. en que pueden realizarse controles. En ese sentido, manifestó que la vigilancia en carretera no constituye una actuación ilegítima o arbitraria en sí misma, pero debe estar necesariamente relacionada con la investigación de un hecho delictivo y realizarse con criterios de razonabilidad, lo que implica que se ejecute tomando en consideración las circunstancias de cada caso en particular. Concluyó que "el hecho de detener, registrar u ordenar que una persona se baje del vehículo y proceder a registrarlo sin justificación alguna, como ocurrió en

<sup>121</sup> Cfr. Sentencia No. C/303/19 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia de 10 de julio de 2019.

<sup>122</sup> Cfr. Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México de 22 de marzo de 2018, con ocasión de la acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014.

<sup>123</sup> Sentencia No. 416 de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana de 11 de noviembre de 2015.



el caso bajo estudio, excede claramente las potestades policiales otorgadas por la Constitución Política”<sup>124</sup>.

96. Este Tribunal considera que la verificación de elementos objetivos antes de realizar una interceptación de un vehículo o una detención con fines de identificación se vuelve particularmente relevante en contextos como el argentino, donde la policía ha normalizado prácticas de detenciones por sospecha de criminalidad, justificando dicha actuación en la prevención del delito, y donde adicionalmente los tribunales internos han convalidado este tipo de prácticas<sup>125</sup>. En ese sentido, la Corte reitera lo mencionado por la perita Sofía Tiscornia en audiencia pública respecto a la “práctica” por parte de las fuerzas de seguridad argentinas de “detener para hacer estadística” a fin de “responder ostensiblemente a demandas de seguridad de grupos acotados de vecinos”, que en el peor de los escenarios comporta “fraguar delitos o inculpar personas inocentes y desprotegidas” y cuya persistencia se facilita por un “escaso, cuando no nulo, control judicial de las detenciones policiales”. Lo anterior, argumentó la perita, “ha resultado en la legitimación de controles poblacionales abusivos, hostigamientos a jóvenes y trabajadores pobres, detenciones sin registros, allanamientos y requisas sin controles” contra “un número relevante de personas”<sup>126</sup>.

97. El Tribunal recuerda que la interceptación del automóvil del señor Fernández Prieto y la detención con fines de identificación del señor Tumbeiro incumplieron con el requisito de legalidad al haber sido realizadas incumpliendo con los supuestos habilitantes por la ley para realizar dichos actos y fueron en cambio avaladas en función del deber de prevención del delito y de las pruebas obtenidas (*supra* párrs. 68 a 87). Sin embargo, la Corte considera que, aun en el supuesto de que la acción policial se hubiera enmarcado en los supuestos de excepción de detención sin orden judicial en la normativa vigente, la forma genérica e imprecisa en que estaban contemplados al momento en que ocurrieron los hechos permitía que cualquier tipo de “sospecha” de la autoridad fuera suficiente para requisar o detener a una persona. De esta forma, el Tribunal observa que el artículo 4 del Código de Procedimientos, el artículo 284 del Código Procesal Penal de la Nación, y el artículo 1 de la Ley 23.950, son normas significativamente ambiguas en lo que respecta a los parámetros que permiten detener a una persona sin orden judicial ni estado de flagrancia. En definitiva, la ausencia de parámetros objetivos que legítimamente pudiesen justificar una detención sobre la configuración de los elementos previstos por la normativa, y la inexistencia de una obligación posterior de justificar un registro o una requisa con independencia de los resultados obtenidos por la misma, generaron un espacio amplio de discrecionalidad que derivó en una aplicación arbitraria de las facultades en cabeza de las autoridades policiales, lo cual además fue avalado mediante una práctica judicial que convalidó dichas detenciones sobre la base de criterios generales como la prevención del delito o *ex post* por las pruebas obtenidas.

98. En este sentido, tal como fue aceptado por el Estado en su reconocimiento de responsabilidad internacional, la actuación de las autoridades en el caso fue parte de un contexto generalizado de intervenciones arbitrarias por parte de las autoridades policiales en Argentina, que resulta incompatible con la Convención Americana. La manera amplia en que

<sup>124</sup> Resolución 14821-2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de 3 de septiembre de 2010.

<sup>125</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina de 12 de diciembre de 2002, “Monzón, Rubén Manuel” (expediente de prueba, folios del 917 al 926); sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina de 6 de febrero de 2003, “Szmilowsky, Tomás Alejandro” (expediente de prueba, folios del 928 al 934), y sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina de 3 de mayo de 2007, “Peralta Cano, Mauricio Esteban” (expediente de prueba, folios del 936 al 942).

<sup>126</sup> Declaración rendida por Sofía Tiscornia ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.



están redactados los supuestos para realizar una la interceptación de un automóvil o la detención con fines de identificación sin orden judicial, y la práctica por parte de las autoridades del Estado al aplicar dichas normas –tanto por la policía como por los jueces–, representó, entre otros, un problema de diseño normativo, pues no evitó la arbitrariedad de las detenciones y el abuso de autoridad contra los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, y por el contrario las pudo incentivar. Con relación a lo anterior, la Corte nota lo expresado por la perita Sofia Tiscornia en el sentido que:

[...] las policías estaban y están habilitadas para detener personas [sin orden judicial ni situación de flagrancia], según las leyes orgánicas y diversos protocolos administrativos, a través de las figuras de detención por averiguación de identidad y en procedimientos tales como racias, requisas y retenes. Asimismo, estándares imprecisos se repiten en los códigos procesales habilitando judicialmente estas prácticas de intervención policial. Así, si bien tales prácticas están normadas, lo están en forma imprecisa, y la mayor parte de la población desconoce los límites y condiciones de éstas, a ellos se suma que un pasado de autoritarismo militar y policial, ha naturalizado el poder del policía en particular sobre los grupos más pobres o para el control de la incidencia política y el activismo social<sup>127</sup>.

99. La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías<sup>128</sup>. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, esta Corte ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad<sup>129</sup>, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos<sup>130</sup>.

100. Respecto al control de convencionalidad, el Tribunal ha señalado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte

<sup>127</sup> Declaración rendida por Sofia Tiscornia ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.

<sup>128</sup> Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr. 111.

<sup>129</sup> Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia, supra*, párr. 111.

<sup>130</sup> Cfr. *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 93, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia, supra*, párr. 103.



Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>131</sup>. Por tanto, en la creación e interpretación de las normas que facultan a la policía a realizar detenciones sin orden judicial o en flagrancia, las autoridades internas, incluidos los tribunales, están obligadas a tomar en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana respecto a la necesidad de que las mismas se realicen en cumplimiento con los estándares en materia de libertad personal, los cuales han sido reiterados en el presente capítulo.

101. En consecuencia, este Tribunal concluye que tanto el Código de Procedimientos, con fundamento en el cual fue interceptado el vehículo en el que se transportaba el señor Fernández Prieto, como el Código Procesal Penal de la Nación y la Ley 23.950, con sustento en los cuales el señor Tumbeiro fue detenido con fines de identificación, adolecían de deficiencias normativas en la regulación de los supuestos que supuestamente autorizaban dicha actuación policial. Pese a ello, las sentencias judiciales emitidas en ambos casos justificaron la actuación policial con base en dicha normativa. Lo anterior constituyó una violación a los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.

## **B.2. Protección de la honra y de la dignidad**

102. La Corte ha precisado, respecto al artículo 11 de la Convención Americana, que, si bien esa norma se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada<sup>132</sup>. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad personal y familiar protegido por dicho precepto se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública<sup>133</sup>. A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, incluso cuando la persona se encuentra dentro de un automóvil, son bienes que, al igual que aquellos que se encuentran dentro de su domicilio, están incluidos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad. Por esta razón, no pueden ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o las autoridades.

103. En el caso del señor Fernández Prieto, la Corte recuerda que el vehículo en el que se transportaba fue interceptado el 26 de mayo de 1992 por agentes de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, quienes efectuaron un registro del mismo con base a la presunta “actitud sospechosa” de sus ocupantes. La Corte recuerda que el Código de Procedimientos, vigente al momento de tales hechos, no contemplaba ninguna disposición específica que facultara a los agentes policiales a registrar un automóvil sin una orden judicial previa. En tanto las restricciones al derecho a la vida privada deben, como primer requisito para no ser catalogadas como abusivas o arbitrarias, estar “previstas en la ley”<sup>134</sup> y, en este caso, la inspección sin orden judicial de un vehículo detenido en un control policial no estaba contemplada

<sup>131</sup> Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, supra, párr. 124, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, supra, párr. 107.

<sup>132</sup> Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, supra, párr. 193, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, supra, párr. 141.

<sup>133</sup> Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 194, e *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 86.

<sup>134</sup> Cfr. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56.



expresamente en la normativa procesal vigente, la Corte estima que el registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto constituyó una injerencia ilegal en su vida privada y un incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

104. En lo que respecta al señor Tumbeiro, el Tribunal considera que un registro corporal puede tener una incidencia y constituir una afectación a la protección de la honra y la dignidad. Por esta razón, los registros corporales que realicen las autoridades a personas detenidas deben realizarse en debida consideración a los límites impuestos por la Convención Americana. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso similar al presente, ha tratado el ámbito de protección del derecho a la vida privada respecto de los registros de personas en el espacio público. En palabras de dicho Tribunal:

Con independencia de que en cualquier caso la correspondencia, los diarios u otros documentos privados personales, se hallen o se lean, o se encuentren otros objetos íntimos durante el registro, el Tribunal considera que el uso de los poderes coercitivos conferidos por la legislación, para exigir a una persona a someterse a un registro detallado, de su persona, su ropa y sus objetos personales, equivale a una clara injerencia en el derecho al respeto de la vida privada. Aunque el registro se lleve a cabo en un lugar público, esto no significa que el artículo 8 no sea de aplicación. De hecho, el Tribunal opina que el carácter público del registro, puede en ciertos casos, agravar la gravedad de la lesión, debido a los factores de humillación y vergüenza. Los objetos tales como bolsos, carteras, cuadernos y diarios, pueden incluir además, información personal con la que el propietario pueda sentirse incómodo por haberse expuesto a la vista de sus compañeros o del público en general<sup>135</sup>.

105. Esta Corte también ha señalado en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática<sup>136</sup>. En este caso, el señor Tumbeiro fue interceptado el 15 de enero de 1998 por agentes de la Policía Federal Argentina mientras caminaba por una zona de la ciudad de Buenos Aires, debido a que su actitud “resultaba sospechosa” y su vestimenta era supuestamente inusual para el área. Pese a que fue detenido con “fines de identificación” y, justamente por eso, el señor Tumbeiro mostró a los agentes su documento de identidad y estos pudieron comprobar la autenticidad y regularidad del mismo, verificando incluso que no tenía antecedentes penales<sup>137</sup>. Los agentes procedieron a requisarlo, para lo que lo hicieron entrar a la patrulla y lo obligaron a bajarse la ropa interior.

106. Al respecto, la Corte observa, en primer lugar, que de conformidad con el Código Procesal Penal de la Nación, vigente al momento de la referida intervención, las requisas corporales solo podían ser efectuadas previa orden judicial motivada “siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito”<sup>138</sup>. En este caso, no hubo una orden judicial previa y las razones argüidas por los agentes para justificar primero la detención con fines de identificación y posteriormente la requisa, es decir la forma de vestir del señor Tumbeiro, su alegada actitud sospechosa y su presunto

<sup>135</sup> TEDH. *Caso Guilan y Quinton Vs. Reino Unido*, (No. 4158/05), Sentencia de 28 de junio de 2010, párr. 63.

<sup>136</sup> Cfr. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, *supra*, párr. 56 y *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 74.

<sup>137</sup> Cfr. Constancia sobre impedimento legal de 15 de enero de 1998 (expediente de prueba, folio 1489).

<sup>138</sup> Ley 23.984 de 4 de septiembre de 1991, por la cual se expide “el Código Procesal Penal”. Boletín Oficial de 29 de septiembre de 1991. Artículo 230.





nerviosismo, a todas luces no constituyeron “motivos suficientes” en los términos del artículo 230 de la citada norma que permitieran presumir que ocultaba objetos vinculados a la comisión de un delito y, por lo tanto, que permitiera la realización de una requisa corporal.

107. Si bien el artículo 184, inciso 5, del mismo código establecía una excepción a la perentoriedad de procurar una orden judicial en casos de urgencia, la Corte advierte, por un lado, que la propia normativa no contemplaba una definición de urgencia, por lo que otorgaba un amplio margen de discrecionalidad a los agentes policiales para realizar este tipo de intervenciones sin un control judicial previo, lo que evidentemente podía dar lugar a injerencias arbitrarias, y por otro, que en el caso del señor Tumbeiro no se acreditó que hubiera mediado ningún supuesto de urgencia pues: a) se identificó debidamente ante los agentes policiales, facilitándoles su documento de identidad, y b) estos pudieron comprobar dicha información vía radial y verificaron que “no pose[ía] impedimento legal alguno hasta el momento”<sup>139</sup>. La Corte observa que, a pesar de haber podido comprobar la identidad del señor Tumbeiro, los agentes policiales procedieron con la requisa corporal con base en conjeturas o apreciaciones meramente subjetivas que, ante la ausencia de elementos objetivos, resultaban insuficientes para presumir el ocultamiento de objetos relacionados con la comisión o participación en un delito.

108. Así las cosas, la Corte advierte que la requisa personal del señor Tumbeiro constituyó una injerencia ilegal a su vida privada que además resultó arbitraria y desproporcionada en la medida que: a) la norma invocada para su justificación resultaba imprecisa y contraria al principio de tipicidad porque no definía los supuestos de urgencia para proceder a una requisa sin orden judicial; b) incluso si se omitiera dicha indefinición normativa, los agentes policiales nunca acreditaron una situación de urgencia, máxime porque la finalidad inicial de la detención era la comprobación de su identidad, cuya información fue facilitada por el propio señor Tumbeiro y comprobada vía radial por los agentes policiales; c) la “sospecha” basada en el estado emocional o la idoneidad o no de la reacción o forma de vestir del señor Tumbeiro constituye una apreciación subjetiva que, ante la ausencia de elementos objetivos, de ningún modo demuestra la necesidad de la medida; d) aun si se admitiera que lo anterior constituye un motivo suficiente o “urgente” para proceder con la requisa, el hecho de que la misma excediera el palpamiento superficial sobre la ropa del señor Tumbeiro y este fuera obligado a desnudarse resulta desproporcionado, pues supuso una grave afectación de la intimidad del señor Tumbeiro sin que la medida persiguiera satisfacción de bienes jurídicos relevantes. En consecuencia, la Corte advierte que la requisa corporal del señor Tumbeiro resultó violatoria del artículo 11 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

109. En tal sentido, la Corte recuerda que las requisas corporales solo pueden ser efectuadas previa orden judicial debidamente motivada. Sin perjuicio de ello, si bien pueden existir situaciones excepcionales en las que la prevención del delito como un fin legítimo cuya consecución es atribuida a los cuerpos de seguridad estatales, y ante la imposibilidad de procurar una orden judicial previa, pueda justificar la práctica de una requisa, la Corte estima que esta en ningún caso puede resultar desproporcionada y tampoco puede superar el palpamiento superficial de las ropas de una persona, implicar su desnudez o atentar contra su integridad.

110. En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte estima que el Estado es responsable por la violación del artículo 11 en perjuicio del señor Fernández Prieto, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, toda vez que la policía procedió a realizar una requisa del vehículo en que viajaba aun cuando no estaba legalmente facultada para ello, así como por la violación de dicho artículo en perjuicio del señor Tumbeiro, en relación con los

<sup>139</sup> Constancia sobre impedimento legal de 15 de enero de 1998 (expediente de prueba, folio 1489).





artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, pues los agentes policiales no acreditaron con base en criterios objetivos la necesidad de realizar la requisa corporal y la misma resultó desproporcionada, además de que la normativa aplicable no precisaba cuáles eran los casos cuya urgencia justificara la práctica de dicha medida sin orden judicial.

## VIII REPARACIONES

111. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado<sup>140</sup>.

112. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron<sup>141</sup>. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños de manera integral por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados<sup>142</sup>.

113. Además, este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por tanto, la Corte deberá analizar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho<sup>143</sup>.

114. Tomando en cuenta las violaciones a la Convención Americana declaradas en el capítulo anterior, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia del Tribunal en relación con la naturaleza y alcances de la obligación de reparar<sup>144</sup>, la Corte analizará las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes, así como los argumentos del Estado al respecto, con el objeto de disponer a continuación las medidas tendientes a reparar dichas violaciones.

### A. Parte Lesionada

115. Este Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarada víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, esta Corte considera como "parte lesionada" a Carlos Alberto Fernández

<sup>140</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 24, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 55.

<sup>141</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, *supra*, párr. 24, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 56.

<sup>142</sup> Cfr. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 56.

<sup>143</sup> Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 57.

<sup>144</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, *supra*, párrs. 25 a 27, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 58.



Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, quienes en su carácter de víctimas de las violaciones declaradas en capítulo VII serán considerados beneficiarios de las reparaciones que la Corte ordene. El Tribunal recuerda que, como se indicó anteriormente (*supra* párrs. 45 y 52), los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, fallecieron previo a la adopción de la presente Sentencia.

## **B. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición**

### **B.1. Medida de satisfacción**

#### **B.1.1. Publicación de la Sentencia**

116. Los **representantes** solicitaron que el Estado publique: i) la Sentencia íntegra en la página oficial del Poder Judicial de la Nación, en la página de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la página del Ministerio de Seguridad de la Nación por el plazo mínimo de un año, y ii) el resumen oficial de la Sentencia en tres diarios de gran circulación del país. La **Comisión** y el **Estado** no se pronunciaron respecto a dicha solicitud.

117. La Corte dispone, como lo ha hecho en otros casos<sup>145</sup>, que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, esté disponible por un período de un año, en el sitio web oficial del Poder Judicial de la Nación. El Estado deberá informar de forma inmediata a este Tribunal una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutivo 12 de la presente Sentencia.

### **B.2. Garantías de no repetición**

#### **B.2.1. Adecuación normativa en materia de detenciones y requisas**

118. La **Comisión** solicitó que el Estado asegure que la legislación que regula la facultad de detener y requisar personas en la vía pública sobre la base de una sospecha de la comisión de un delito, se base en razones objetivas e incluya exigencias de justificación de dichas razones en cada caso. Asimismo, tomó nota de la manifestación del Estado respecto de la promulgación de un Nuevo Código Procesal Penal Federal que “reemplazará paulatinamente al Código Procesal Penal de la Nación”. Al respecto, la Comisión manifestó que a la fecha se encuentra vigente el Código Procesal Penal de la Nación, así como la ley 23.950, las cuales fueron aplicadas en el caso, por lo que solicitó a la Corte que ordene al Estado la adopción de reformas legislativas ajustadas a los estándares de la Corte en el caso.

119. Los **representantes** manifestaron que la legislación vigente al día de hoy sobre detenciones y requisas sin orden judicial es esencialmente equivalente a la que existía al momento de los hechos, ya que las modificaciones que ha experimentado la legislación no satisface estándares internacionales de derechos humanos al mantener criterios laxos y subjetivos, proclives a maximizar la discrecionalidad y arbitrariedad de las fuerzas de seguridad. En tal sentido, solicitaron que la Corte ordene al Estado adecuar la normativa actual, en particular, derogar la Ley No. 23.950, modificar los artículos 184 inciso 5, 230, 230

<sup>145</sup> Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas*, *supra*, párr. 79, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 63.



bis y 284 del Código Procesal Penal de la Nación, y considerar que la futura legislación en esta materia deberá indicar las circunstancias objetivas que justifican una detención y/o requisa, que las mismas sean de carácter previo al procedimiento y de interpretación restrictiva, debiendo además ocurrir en una situación de urgencia que impida la solicitud de una orden judicial y colocando una carga sobre las fuerzas de seguridad de dejar constancia escrita exhaustiva en las actas de procedimiento sobre los motivos y circunstancias que dieron origen a la detención y/o requisa. Asimismo, solicitaron que, para dar efectividad a los cambios legislativos, se ordene al Estado la emisión de protocolos reglamentarios sobre la actuación de las fuerzas de seguridad en la vía pública, los cuales deberán ser adoptados mediante decreto presidencial, y no a través de resoluciones ministeriales inestables y de menor jerarquía. Finalmente, solicitaron que se ordene al Estado adoptar medidas para propender a una uniformidad en las legislaciones procesales penales provinciales, y en el accionar de sus respectivas Fuerzas de Seguridad.

120. El **Estado** solicitó a la Corte que “tenga presente que, a criterio del Estado argentino, ya se adecuó la legislación para regular la facultad de requisar personas en la vía pública sin orden judicial, sobre la base de razones objetivas y exigencias de justificación de dichas razones en cada caso”. Asimismo, expresó que la jurisprudencia de la CSJN avanzó en la limitación de las facultades de las fuerzas de seguridad de requisar sin orden judicial, lo cual además “vino luego a quedar cristalizado con la sanción del nuevo Código Procesal Penal Federal de la Nación, aprobado por la [L]ey [N]o° 27.063 del 9 de diciembre de 2014”. El Estado expresó que la modificación de la norma deja fuera cualquier posibilidad de ampliación de las facultades policiales y que otorga un amplio margen a la justicia para anular cualquier procedimiento que se aparte de los requisitos iniciales previstos en ella. En ese sentido, manifestó que el Estado ha cumplido con su obligación de asegurar que la legislación que regula la facultad de requisar personas en la vía pública se funde en razones objetivas. En consecuencia, solicitó que las medidas de reparación que se dicten se dirijan al proceso de implementación del nuevo Código Procesal.

121. En la presente Sentencia, este Tribunal determinó que los artículos 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal, vigente en la época en que el señor Fernández Prieto fue detenido, los artículos 230 y 284 del Código Procesal Penal de la Nación, vigente en la época de la detención del señor Tumbeiro, y el artículo 1 de la Ley 23.950, constituyeron un incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana (*supra* párrs. 62 a 110). Asimismo, el Tribunal nota que la legislación procesal penal ha sido modificada a través de la adopción de un nuevo Código Procesal Penal Federal de la Nación, y que el artículo 138 de dicho Código regula los supuestos habilitantes para la realización de requisas sin orden judicial. El Tribunal advierte que, de la información presentada ante este Tribunal por el Estado, dichas modificaciones legislativas constituyen un avance en el cumplimiento del deber de adoptar medidas de derecho interno, pero que las mismas no abarcan la totalidad de las violaciones declaradas en la presente sentencia.

122. En razón de ello, la Corte considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno, lo cual implica la modificación de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, a efectos de compatibilizarlo con los parámetros internacionales que deben existir para evitar la arbitrariedad en los supuestos de detención, requisa corporal o registro de un vehículo, abordados en el presente caso, conforme a los parámetros establecidos en la presente Sentencia. Por tanto, en la creación y aplicación de las normas que facultan a la policía a realizar detenciones sin orden judicial, las autoridades internas están obligadas a realizar un control de convencionalidad tomando en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana respecto a las detenciones sin orden judicial, y que han sido reiteradas en el presente caso.



123. Respecto a la solicitud de los representantes sobre la modificación de las legislaciones procesales penales provinciales y la emisión de protocolos reglamentarios sobre la actuación de las fuerzas de seguridad, la Corte advierte que dichas legislaciones o su ausencia no fueron aplicadas en los hechos del presente caso por lo que no le corresponde realizar una revisión en abstracto de dichas normas. Por tanto, la Corte considera que no corresponde emitir un pronunciamiento sobre dicha solicitud al disponer las reparaciones del presente caso<sup>146</sup>.

### **B.2.2. Capacitación de los integrantes de las Fuerzas de Seguridad, Ministerio Público y Poder Judicial**

124. La **Comisión** solicitó que el Estado adopte medidas para capacitar debidamente al personal policial a fin de evitar los abusos en el ejercicio de sus facultades de detención y requisa, incluyendo capacitaciones en la prohibición de ejercerla de manera discriminatoria y con base en perfiles asociados a estereotipos. Por su parte, los **representantes** solicitaron que el Estado capacite a los integrantes de las Fuerzas de Seguridad, del Ministerio Público Fiscal y del Poder Judicial, tanto en el orden federal como en las distintas provincias del país. Al respecto, precisaron que las referidas capacitaciones sean de carácter permanente, se acompañen del financiamiento necesario y se basen en los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El **Estado** no se refirió a dicha medida solicitada.

125. Este Tribunal estima pertinente ordenar al Estado crear e implementar, en el plazo de dos años, un plan de capacitación de los cuerpos policiales de la Provincia de Buenos Aires y de la Policía Federal Argentina, del Ministerio Público y el Poder Judicial sobre la necesidad de: a) que la policía indique las circunstancias objetivas en que procede una detención, registro y/o requisa sin orden judicial, y siempre con relación concreta a la comisión de un delito; b) que dichas circunstancias deben ser de carácter previo a todo procedimiento y de interpretación restrictiva; c) que deben darse junto a una situación de urgencia que impida solicitar una orden judicial; d) que las fuerzas de seguridad deben dejar constancia exhaustiva en las actas del procedimiento de los motivos que dieron origen al registro o la requisa; y e) omitir la utilización de criterios discriminatorios para llevar a cabo una detención. Las capacitaciones dirigidas a la policía deben incluir información sobre la prohibición de fundamentar las detenciones sobre fórmulas dogmáticas y estereotipadas. En el caso del Ministerio Público y el Poder Judicial, dicha capacitación deberá estar dirigida a concientizar sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisa por parte de la policía como parte del control de las detenciones.

### **B.3.3. Producción de estadísticas oficiales respecto a la actuación de las Fuerzas de Seguridad**

126. Los **representantes** solicitaron que el Estado recolecte, publique y difunda estadísticas oficiales acerca de la actuación de las Fuerzas de Seguridad, en las que se identifiquen los motivos de las detenciones y/o requisas en los supuestos en que no media orden judicial ni tampoco delito flagrante, incluso en los casos en los que no dan lugar a la formación de procesos penales. Al respecto, solicitaron que en la elaboración de las estadísticas se tengan en cuenta criterios de género, edad, procedencia social, nacionalidad, tipo de vestimenta y efectos personales, así como todos aquellos criterios usualmente tenidos en cuenta por las Fuerzas de Seguridad como fundamento de sus sospechas y consecuentes detenciones. La **Comisión** y el **Estado** no se pronunciaron sobre esta medida de reparación.

<sup>146</sup> Cfr. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párr. 50, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 307.



127. El Tribunal entiende que es necesario recolectar información integral sobre la actuación de las fuerzas de seguridad para dimensionar la magnitud real del fenómeno de detenciones, registros y requisas y, en virtud de ello, diseñar las estrategias para prevenir y erradicar nuevos actos de arbitrariedad y discriminación. Por tanto, la Corte ordena al Estado que diseñe inmediatamente, e implemente en un plazo de un año, a través del organismo estatal correspondiente, un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a las detenciones, registros y requisas cuando no media orden judicial, con el fin de evaluar con precisión y de manera uniforme el tipo, la prevalencia, las tendencias y las pautas de la actuación de la policía en Argentina. Además, se deberá especificar la cantidad de casos que fueron efectivamente judicializados, identificando el número de acusaciones, condenas y absoluciones. Esta información deberá ser difundida anualmente por el Estado a través del informe correspondiente, garantizando su acceso a toda la población en general, así como la reserva de identidad de las personas detenidas o intervenidas. A tal efecto, el Estado deberá presentar a la Corte un informe anual durante tres años a partir de la implementación del sistema de recopilación de datos, en el que indique las acciones que se han realizado para tal fin.

### **B.3. Otras medidas solicitadas**

128. La **Comisión** solicitó que el Estado garantice la existencia e implementación de recursos judiciales efectivos frente a denuncias de abusos policiales en el contexto de las facultades de detención y requisa del personal policial. Los **representantes** solicitaron que el Estado deje sin efecto las sentencias condenatorias en contra de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro. En tal sentido, solicitaron que el Estado verifique que las referidas condenas impuestas en los procesos internos no sean informadas como antecedentes en el Registro Nacional de Reincidencia o en otros registros públicos o, de ser el caso, se elimine toda anotación al respecto. Asimismo, solicitaron que el Estado realice una "anotación marginal" en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia relacionadas con ambos casos, en la que se indique que dichas sentencias y los procesos que les dieron lugar fueron declarados incompatibles con la Convención Americana. El **Estado** no se pronunció respecto de estas medidas.

129. Al respecto, la Corte considera que en el presente caso no se acreditó la falta de recursos judiciales disponibles sino su inadecuada respuesta ante las violaciones a los derechos de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro. En ese sentido, el Tribunal considera que no es procedente la orden de creación de nuevos recursos judiciales. En lo que respecta a la medida solicitada por los representantes, la Corte constata que los derechos de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro no continúan siendo afectados por los antecedentes policiales, administrativos, o judiciales a raíz de los procesos seguidos en su contra. En razón de ello, el Tribunal considera que la emisión de la presente Sentencia y las reparaciones ordenadas en la misma resultan suficientes y adecuadas y, por lo tanto, las referidas medidas no serán acordadas.

### **C. Indemnizaciones compensatorias**

#### **C.1. Daño material**

130. La **Comisión** solicitó reparar integralmente las violaciones a derechos humanos tanto en el aspecto material como moral. Añadió que para ello debía tenerse en cuenta tanto la inconvencionalidad del procedimiento inicial de detención y requisa, como el proceso judicial posterior, la detención preventiva y la condena penal. Afirmó que todos estos hechos tuvieron lugar con base en las diligencias iniciales efectuadas por los agentes policiales.



131. Los **representantes** solicitaron reparaciones pecuniarias de naturaleza material e inmaterial. Respecto de la indemnización compensatoria por daño material, daño emergente y lucro cesante, señalaron que el tiempo transcurrido desde las detenciones policiales arbitrarias hasta la actualidad, así como la muerte del señor Tumbeiro, dificultaban cuantificar adecuadamente los rubros indemnizatorios. Sin embargo, alegaron que previamente la Corte ha admitido equitativo indemnizar este rubro aun en ausencia de comprobantes que los acrediten. Señalaron que respecto del señor Fernández Pietro debía valorarse: a) el daño derivado de la imposibilidad de procurarse un trabajo durante el tiempo de su reclusión y con posterioridad a esta, y b) los ingresos que se vio privado de obtener como consecuencia de su condena penal. Respecto del señor Tumbeiro, manifestaron debía tenerse en cuenta: a) el monto abonado por multa que hizo parte de su condena equivalente a 150 pesos y, b) los gastos en los que incurrió en el marco de la búsqueda de un lugar donde efectuar labores comunitarias, junto con el tiempo perdido que por tal motivo le impidió la realización de trabajos propios de su actividad. En razón de todo lo anterior, solicitaron el pago de indemnizaciones compensatorias monetarias a favor de las víctimas, las cuales deberían ser determinadas atendiendo a la edad, formación y actividades a las que se dedicaban las víctimas al momento de los hechos. El **Estado** no se refirió a dicha medida solicitada.

132. Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia que el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso<sup>147</sup>. La Corte toma nota de que los daños concretos señalados por los representantes respecto del señor Fernández Prieto fueron la pérdida de ingresos de este mientras se encontraba privado de libertad. Sin embargo, en el expediente no constan elementos probatorios para calcular exactamente a cuánto ascendían sus ingresos mensuales. Por lo anterior, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la suma de US\$10.000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Fernández Prieto, por concepto de indemnización por los ingresos que dejó de percibir por el tiempo que estuvo privado de su libertad, la cual deberá ser pagada a sus derechohabientes conforme al derecho interno aplicable (*infra* párr. 145).

133. Por su parte, en el caso del señor Tumbeiro, la Corte observa que los daños concretos señalados por los representantes radican en la multa que este pagó como parte de su condena y los gastos en que incurrió buscando un lugar donde realizar su trabajo comunitario, lo cual además le impidió realizar trabajos propios de su actividad. No obstante, en el expediente no constan elementos probatorios para calcular dichas pérdidas. Por lo tanto, la Corte estima pertinente fijar en equidad la suma de \$5,000.00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Tumbeiro, por concepto de indemnización por la multa pagada por este, así como por los ingresos dejados de percibir mientras buscó donde realizar el trabajo comunitario, la cual deberá ser pagada a sus derechohabientes conforme al derecho interno aplicable (*infra* párr. 145).

## C.2. Daño inmaterial

134. La **Comisión** solicitó reparar integralmente las violaciones a derechos humanos tanto en el aspecto material como moral. Añadió que para ello debía tenerse en cuenta tanto la inconvencionalidad del procedimiento inicial de detención y requisa, como el proceso judicial posterior, la detención preventiva y la condena penal. Afirmó que todos estos hechos tuvieron lugar con base en las diligencias iniciales efectuadas por los agentes policiales.

<sup>147</sup> Cfr. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, *supra*, párr. 160.





135. Los **representantes** alegaron que el daño inmaterial debía responder al padecimiento emocional y psíquico sufrido por sus representados no solo por violaciones a sus derechos humanos, sino en virtud de las afectaciones a sus relaciones familiares, interpersonales y a sus esferas autorreferentes. En el caso del señor Fernández Prieto, puntualizaron que debía tenerse en cuenta: a) que la víctima tuvo que atravesar un proceso judicial viciado e injusto que le condenó a 5 años de prisión y una multa accesoria de 3.000 pesos; b) que cumplió un tiempo efectivo de reclusión equivalente a 2 años, 8 meses y 5 días, habiendo sufrido las consecuencia inherentes de una privación de su libertad, esto es, deficientes condiciones de detención, separación de su conviviente y de sus hijos menores de edad y el padecimiento de dificultades posteriores de reinserción social y laboral, y c) la falta de acceso a tratamientos médicos y de rehabilitación que le permitieran tratar una condición motriz que padecía producto de un accidente automovilístico que sufrió meses antes de la detención.

136. Por otro lado, en el caso del señor Tumbeiro, señalaron que debía valorarse: a) que si bien no padeció las consecuencias derivadas de una privación a su libertad, estuvo sujeto a un proceso penal que le impuso las obligaciones de pagar una multa, realizar tareas comunitarias y adaptarse a estrictas normas de conducta para evitar un encierro definitivo; b) los problemas derivados de haberse abocado a la búsqueda de un lugar donde efectuar sus tareas comunitarias, ya que fue rechazado en numerosos sitios, lo cual incidió en el tiempo de cumplimiento de su condena, y c) las repercusiones que un proceso penal viciado e injusto trajo consigo para su esfera familiar. En razón de todo lo anterior, solicitaron a la Corte que acuerde en equidad el pago de una suma de dinero a favor de las víctimas. El **Estado** no se refirió a dichas solicitudes.

137. Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial, y ha establecido que este puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia<sup>148</sup>.

138. La Corte toma en consideración que en el presente caso se declaró la violación del derecho a la libertad personal de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro en virtud de la ilegalidad de la restricción a la libertad personal, lo cual en el caso además conllevó una violación al derecho a su vida privada. Asimismo, el Estado reconoció su responsabilidad por la existencia de una falta de efectividad de los diversos recursos intentados a lo largo del proceso por parte de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro. De acuerdo a lo alegado por los representantes, estas violaciones generaron distintas afectaciones en la esfera inmaterial de ambas víctimas, particularmente en la esfera del daño moral.

139. Como consecuencia de estas violaciones, la Corte estima presente fijar, en equidad, una compensación económica por daño inmaterial que corresponde a la suma de US\$30,000.00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Fernández Prieto y US\$25,000.00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Tumbeiro, la cual deberá ser pagada a sus derechohabientes conforme al derecho interno aplicable (*infra* párr. 145).

#### **D. Gastos y costas**

<sup>148</sup> Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, *supra*, párr. 84, y Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra*, párr. 238.





140. La Corte observa que en el presente caso los representantes no realizaron ningún tipo de alegación ni petición específica a este respecto, por lo que el Tribunal considera que no es necesario que se pronuncie sobre este punto.

#### ***E. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana***

141. En el 2008 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos creó el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el "objeto [de] facilitar acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema"<sup>149</sup>.

142. Mediante nota de Secretaría de la Corte de 12 de junio de 2020, se remitió un informe al Estado sobre las erogaciones efectuadas en aplicación del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas en el presente caso, las cuales ascendieron a la suma de USD\$ 3.251,84 (tres mil doscientos cincuenta y un dólares con ochenta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América) y, según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte sobre el Funcionamiento del referido Fondo, se otorgó un plazo para que Argentina presentara las observaciones que estimara pertinentes. El Estado presentó un escrito el 24 de junio de 2020, en el cual manifestó no tener observaciones.

143. A la luz del artículo 5 del Reglamento del Fondo, en razón de las violaciones declaradas en la presente Sentencia y que se cumplió con los requisitos para acogerse al Fondo, la Corte ordena al Estado el reintegro a dicho Fondo de la cantidad de USD\$ 3.251,84 (tres mil doscientos cincuenta y un dólares con ochenta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América) por concepto de los gastos realizados. Dicha cantidad deberá ser reintegrada en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación del presente Fallo.

#### ***F. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados***

144. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial establecidos en la presente Sentencia, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, sin perjuicio de que pueda adelantar el pago completo en un plazo menor, en los términos de los siguientes párrafos.

145. Como la Corte ha constatado el fallecimiento de los beneficiarios, los pagos ordenados en esta Sentencia serán entregados directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

146. El Estado debe cumplir sus obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o, de no ser esto posible, en su equivalente en moneda argentina, utilizando para el cálculo respectivo la tasa más alta y más beneficiosa para las personas beneficiarias que permita su ordenamiento interno, vigente al momento del pago. Durante la etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia, la Corte podrá reajustar prudentemente el equivalente de estas cifras en moneda argentina, con el objeto de evitar que las variaciones cambiarias afecten sustancialmente el valor adquisitivo de esos montos.

<sup>149</sup> AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08), Resolución adoptada por la Asamblea General de la OEA durante la celebración del XXXVIII Período Ordinario de Sesiones de la OEA, en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, "Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Punto Resolutivo 2.a), y CP/RES. 963 (1728/09), Resolución adoptada el 11 de noviembre de 2009 por el Consejo Permanente de la OEA, "Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", artículo 1.1.



147. Si por causas atribuibles al beneficiario de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera argentina solvente, en dólares de los Estados Unidos de América, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si no se reclama la indemnización correspondiente una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

148. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daños materiales e inmateriales, deberán ser entregadas a las personas y organizaciones indicadas en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

149. En caso de que el Estado incurriera en mora, incluyendo en el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en la República Argentina.

## **IX PUNTOS RESOLUTIVOS**

150. Por tanto,

### **LA CORTE**

#### **DECIDE,**

Por unanimidad:

1. Aceptar el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 19 al 22 de la presente Sentencia.

#### **DECLARA,**

Por unanimidad, que:

2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la libertad personal, contenido en los artículos 7.1, 7.2, y 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto, en los términos de los párrafos 19 a 21, 62 a 75 y 88 a 101 de la presente Sentencia; por la violación del derecho a la libertad personal, a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación contenido en los artículos 7.1, 7.2, 7.3 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alejandro Tumbeiro, en los términos de los párrafos 19 a 21, 62 a 67 y 76 a 101 de la presente Sentencia; y en virtud del reconocimiento de responsabilidad del Estado, por la violación del derecho a la libertad personal, contenido en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto, en los términos de los párrafos 19 a 21 de la presente Sentencia.

3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, contenido en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, en los términos de los párrafos 19 a 21 y 102 a 110 de la presente Sentencia.



4. El Estado es responsable, en virtud del reconocimiento de responsabilidad del Estado, por la violación de los derechos contenidos en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.h) y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, en los términos los párrafos 19 a 21 de la presente Sentencia.

#### **Y DISPONE:**

Por unanimidad, que:

5. Esta Sentencia es *per se* una forma de reparación.

6. El Estado realizará las publicaciones indicadas en el párrafo 117 de esta Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

7. El Estado adecuará su ordenamiento jurídico interno respecto a las normas que permiten detener, efectuar registros de vehículos o requisas personales sin orden judicial, en los términos de los párrafos 121 y 122 de la presente Sentencia.

8. El Estado diseñará y pondrá en ejecución un plan de capacitación para la policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial, en los términos del párrafo 125 de la presente Sentencia.

9. El Estado diseñará y pondrá en ejecución un sistema de recopilación de datos y cifras vinculado a las detenciones y requisas, en los términos del párrafo 127 de la presente Sentencia.

10. El Estado pagará las cantidades fijadas en los párrafos 132, 133 y 139 de la presente Sentencia, por concepto de daño material e inmaterial.

11. El Estado reintegrará al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos del párrafo 143 de la presente Sentencia.

12. El Estado rendirá al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 117 de la presente Sentencia.

13. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 1 de septiembre de 2020.



Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Sentencia adoptada en San José, Costa Rica por medio de sesión virtual.

Elizabeth Odio Benito  
Presidenta

L. Patricio Pazmiño Freire

Eduardo Vio Grossi

Humberto Antonio Sierra Porto

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Ricardo C. Pérez Manrique

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Elizabeth Odio Benito  
Presidenta

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretari



**Expte. n° 15856/18 “H. C. N. y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: H. C. N. y otros c/ GCBA y otros s/ incidente de apelación”**

**Buenos Aires,** 11 de febrero de 2020

**Vistos:** los autos indicados en el epígrafe;

**resulta:**

1. Llegan estas actuaciones al Tribunal para resolver el recurso de queja deducido por H. C. N. y Q. P. J. contra la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que denegó su recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/14 vuelta y ratificaciones de fs. 18 y 93).

2. En autos, en cuanto resulta pertinente relatar, H. C. N. y Q. P. J., ambos por derecho propio y en representación de su hija menor de edad, interpusieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), Unidad de Gestión e Intervención Social y el Instituto de la Vivienda de la Ciudad con el objeto de que se ordenara a los demandados refaccionar la vivienda en la que habitaban a fin de garantizarles condiciones habitacionales dignas, seguras y adecuadas. Subsidiariamente, y para el caso de que no fuera posible la reconstrucción del inmueble, solicitaron que se los trasladara a otra vivienda que les garantizase un alojamiento digno y adecuado (fs. 20/45).

A título de medida cautelar solicitaron que se ordenara a la parte demandada a adoptar las acciones conducentes para realizar en la vivienda las obras y reparaciones necesarias a fin de garantizarles condiciones dignas de habitabilidad o, en su defecto, se los trasladara a una vivienda que reuniera dichas condiciones (fs. 20 vuelta).

3. La jueza de primera instancia, si bien tuvo por acreditada la situación de vulnerabilidad del grupo familiar actor, entendió que no podía otorgarse la medida cautelar en los términos solicitados. En función de ello, y haciendo uso de la facultad del art. 184 del CCAT, ordenó al GCBA incluir al grupo familiar actor en alguno de los programas de emergencia habitacional disponibles que resultasen



acordes a sus necesidades hasta tanto se dictara sentencia definitiva (fs. 49/54 vuelta).

4. Contra ese pronunciamiento, la parte actora (fs. 55/57) y el GCBA (cf. relato de la sentencia de Cámara de fs. 60) interpusieron sendos recursos de apelación.

A su turno, la Sala III rechazó ambos recursos y confirmó la decisión de primera instancia (fs. 60/63).

Los jueces consideraron que la actora no había acreditado que el derecho a la refacción alegado le resultase verosímil (no demostró que el GCBA tuviera un efectivo deber de accionar conforme lo solicitado). Asimismo, entendieron que del examen liminar de las constancias de la causa era posible verificar la situación de vulnerabilidad de la parte actora y por ello correspondía confirmar la sentencia de grado en los términos allí expuestos.

5. Disconforme con la decisión de la Cámara, y en cuanto interesa a este relato, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 64/87) cuya denegatoria (fs. 88/89 vuelta) dio lugar a la queja referida en el punto 1 precedente.

6. Requeridos sus dictámenes, la Asesora General Tutelar propició que se admitiese la queja y se hiciese lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 95/102), mientras que el Fiscal General Adjunto propuso el rechazo de la presentación directa (fs. 104/105 vuelta).

### **Fundamentos:**

#### **El juez Luis Francisco Lozano dijo:**

1. La decisión que, en definitiva, la parte actora impugna confirmó la de primera instancia que, en los términos del art. 184 del CCAyT, había hecho lugar a la cautelar y, a mérito de ello, ordenado al GCBA que incluyera al grupo familiar actor “en alguno de los programas de emergencia habitacional disponibles”.

En la visión de la parte actora, la sentencia referida: **a)** no satisface los derechos a la vivienda y salud en los términos en que fueron reclamados; y **b)** se apoya en informes que la misma Sala había ordenado desglosar.

2. Si bien la resolución referida no es la definitiva a que se refiere el art. 26 de la ley n°402 (cfr. la doctrina sentada *in re*: “Pérez



**Expte. n° 15856/18**

Molet”, expte. n° 5872/08, sentencia del 27/8/2008), la recurrente da muestra suficiente, habida cuenta de la clase de derecho sobre la que recae el planteo, de que lo resuelto le ocasiona un agravio de imposible reparación ulterior. En efecto, perpetúa una situación de riesgo a la “integridad” del grupo familiar actor, “hacinamiento” y “emergencia habitacional”; aspectos, por lo pronto, reconocidos por los jueces de la causa y consentidos por el GCBA.

En este escenario, entonces, el perjuicio que la parte actora denuncia —la privación inmediata de los derechos invocados al acceso a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad y a la salud— sumado a la particular situación de vulnerabilidad que, en palabras del tribunal *a quo*, viene “comprobada” y “acreditada”, llevan a que, en el caso, corresponda apartarse de la regla antes mencionada.

Asimismo, lo decidido reconoce un fundamento solo aparente.

**3. No viene debatido que:**

a) el grupo familiar actor solicitó, cautelarmente, por un lado, que se ordenase al GCBA realizar refacciones en la vivienda en que habitan; por el otro lado, y para el caso en que aquello no fuera posible, alojamiento adecuado acorde a las necesidades denunciadas;

b) H. C. N., integrante de ese grupo, padece de una discapacidad motora;

c) la hija de H. C. N., menor de edad, y también integrante de aquel grupo, sufre problemas en sus bronquios;

d) la vivienda en la que habitan se encuentra “en estado crítico”, que “se trata de un espacio dimensiones reducidas (...) que no posee ventilación”, “que la instalación eléctrica es precaria”, que el techo “deja ingresar las lluvias al domicilio”, que tiene paredes que no “se encuentran completamente selladas”, y que los “problemas de humedad”, “filtraciones” y “hacinamiento” denunciados “inciden desfavorablemente en el estado de salud” de H. C. N. y su hija menor de edad;

e) los jueces de la causa tuvieron por acreditada la situación de vulnerabilidad informada.

4. En este contexto, la sentencia cuestionada, si bien se ocupa de dar respuesta al planteo vinculado con el supuesto deber en cabeza del GCBA de realizar refacciones en una vivienda particular, lo cierto es que omite atender, de acuerdo con los lineamientos que este Tribunal sentó *in re*: “KMP”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014, la restante pretensión puesta a consideración: brindar una solución adecuada a una cuestión que viene asentada en el invocado derecho al acceso a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, siempre a la luz de la situación particular denunciada. En esta línea, en función







del precedente referido, la inclusión del grupo actor en alguno de los programas habitacionales vigentes resulta insuficiente frente a la realidad comprobada del caso.

5. A su turno, y de acuerdo con el Código Iberoamericano de Ética Judicial habla, “[e]l fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho” (art. 35), y “[e]l juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes” (art. 37). Indudablemente, la adopción de estas reglas supone un mensaje que los mismos Poderes Judiciales envían a la sociedad, reconociendo el empeño en asumir voluntariamente un compromiso fuerte por la excelencia en la prestación del servicio de justicia. Uno de esos compromisos, naturalmente, tiene que ver con decidir de manera “justa y conforme al Derecho para el caso jurídico que está bajo su competencia”. Estos enunciados constituyen pautas de suma utilidad a la hora de ponderar distintas opciones dentro de un universo de alternativas.

En el caso, ellas deben considerar, por lo menos, el hecho de que los actores habitan una vivienda; que ese bien no satisface la necesidad del modo que la ley exige, que puede, empero, mitigarla de algún modo, pues implica alguna solvencia, aunque no liquidez; que el Estado debe proveer a la necesidad, no dar un bien en propiedad; que la necesidad es impostergable; que la reparación pretendida quizá podría constituir el camino más razonable para atender la necesidad reclamada con el alcance que la ley determina; y que la situación de vulnerabilidad puede afectar de diversas maneras la capacidad de los actores de llevar a cabo la adecuación del bien en función de sus necesidades.

6. En fin, la clase de necesidad que se invoca aconseja ordenar un examen de la cuestión con el alcance con que es posible para expedirse acerca de la verosimilitud del derecho invocado, a cuyo fin se hace necesario revocar la sentencia recurrida y reenviar a fin de que se resuelva la petición cautelar, en cuyo contexto, por lo demás, el juez no está atado a la aplicación de las normas invocadas por las partes, sino que debe resolver con arreglo al principio *iura novit curia*.

7. El modo de resolver torna innecesario tratar el restante planteo.

Por lo dicho, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad articulados, revocar la sentencia impugnada y



Expte. n° 15856/18

devolver las actuaciones a la Cámara para que, por medio de otros jueces, emita un nuevo pronunciamiento conforme a los lineamientos aquí expuestos.

**Los jueces Santiago Otamendi y Marcela De Langhe dijeron:**

Adherimos a la solución propuesta por el Dr. Lozano por compartir, en lo sustancial, los fundamentos expuestos en su voto.

**La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:**

Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado:

1. El recurso de queja de fs. 1/14 vuelta fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y, como seguidamente se explica, contiene una crítica suficiente de la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener.

2. La Sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario denegó el recurso de inconstitucionalidad porque la sentencia, contra la que se dirige, no es la definitiva o equiparable a tal. Tampoco, indicó, se verifica una cuestión constitucional.

Así dijeron: “...[e]s regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no constituyen sentencia definitiva, excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza...” (fs. 88 vuelta, cursiva en el original). Y: “el recurrente no ha aportado argumentos suficientes tendientes a equiparar el fallo de la Sala a uno definitivo, puesto que no se ha demostrado que la confirmación de la medida cautelar por la que se dispuso incorporar al grupo familiar a un programa habitacional cause un agravio que pueda ser considerado irreparable en la sentencia de fondo [...ni] se verifica la concurrencia de una cuestión constitucional” (fs. 89).

3. En su queja, la parte actora explica con acierto que la decisión de la Cámara —que había confirmado la medida cautelar dispuesta a su favor en los términos del art. 184 CCAT— le provoca un gravamen irreparable, porque “... los estaría condenando a vivir en una pequeña habitación de hotel, sin tener en cuenta que eso no es lo petitionado en autos y que (...) tampoco es respetuosa a la situación de salud de la



co-actora, con certificado de discapacidad, y a la niña menor de edad, con graves problemas respiratorios” (fs. 6).

4. Quiero añadir que es difícil imaginar una consecuencia más gravosa e irremediable que vivir en las apuntadas condiciones. Se trata de un sufrimiento cuya reparación posterior es francamente imposible. Sorprenden, por ello, los términos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que, con ligereza, tuvo por no acreditado este aspecto.

Como tengo dicho<sup>1</sup>, los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

5. Por las razones expuestas, y en atención a que el derecho invocado por la parte accionante requiere tutela inmediata, corresponde admitir la queja en análisis y tratar los agravios vertidos en su recurso de inconstitucionalidad.

#### Recurso de inconstitucionalidad:

6. El recurso de inconstitucionalidad de la parte actora cumple con los requisitos de admisibilidad formal previstos en los artículos 26 y 27 de la ley n° 402.

7. Como se verá a continuación, el recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del artículo 113, inciso 3, de la CCBA, relacionada con la efectiva tutela del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantiza la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, la protección integral de la familia, y el principio de no regresividad.

---

<sup>1</sup> RUIZ, Alicia E. C., *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, 2006.



Expte. n° 15856/18

8. En el caso, la parte actora requirió como medida cautelar que se ordenara a la parte demandada a adoptar las acciones conducentes para realizar, en su vivienda las obras y reparaciones que fueran necesarias para garantizarle condiciones dignas de habitabilidad o, en su defecto, que se trasladara al grupo familiar actor a una vivienda que reuniera dichas condiciones (fs. 20).

En primera instancia se hizo lugar a la medida cautelar en los términos del art. 184 CCAT. En este sentido, se ordenó al GCBA que: "... en el término de 2 (dos) días de notificada la presente decisión, incluya a H. C. N., al Sr. Q. P. J. y a la niña P. B. A. en alguno de los programas de emergencia habitacional disponibles que resultasen acordes a sus necesidades..." (fs. 54).

La Cámara confirmó esta decisión. Consideró que: "... las leyes 148 y 403 referidas a la 'urbanización' de los barrios de emergencia, en mi entendimiento hacen eco de la problemática real existente en torno a dichos hábitats poniendo en cabeza del Poder Ejecutivo, entre otros cometidos, la obligación de '[d]iseñar los lineamientos generales de un programa integral de radicación y transformación definitiva de las villas y núcleos habitacionales transitorios'. Se observa así que la manda legal se orienta a una prestación de otra naturaleza vinculada con la integración del barrio al resto de la Ciudad, más de ello no se puede derivar, por lo menos en este estado larval del proceso, que exista una obligación legal a cargo del GCBA de reconstruir una vivienda particular" (fs. 61 vuelta).

9. Ya me he expedido en más de una oportunidad respecto de la inteligencia atribuible al art. 31 de la CCCBA. Así en mi voto en "Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expediente n° 6754/09, sentencia del 12 de mayo de 2012, efectué un minucioso desarrollo del contenido y alcance del derecho a la vivienda, dentro del marco normativo constitucional y convencional. Allí sostuve, entre otros argumentos, que:

"... La CN y diversos instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho de acceso a la vivienda adecuada: artículos 14 bis de la CN, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 11 del PIDESC, 5 inciso e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño".

En particular, cabe recordar que en virtud del artículo 11 del PIDESC, los Estados reconocen '...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...' comprensivo de la



‘vivienda adecuada’, así como el derecho a una ‘mejora continua de las condiciones de existencia’”.

“... Resulta absolutamente necesario considerar la opinión que expusiera el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a la vivienda (Observación General n° 4: ‘El derecho a una vivienda adecuada —párrafo 1 del artículo 11 del Pacto—’).”

“... En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, ‘la dignidad inherente a la persona humana’, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término ‘vivienda’ se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”.

“... Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede[n] considerar que constituyen una ‘vivienda adecuada’ a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“Seguridad jurídica de la tenencia. (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios



**Expte. nº 15856/18**

indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas...”.

“Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...)”



“Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda”.

Así, pues la inclusión cautelar de los recurrentes en los programas vigentes del GCBA en materia de subsidios habitacionales no brinda una solución adecuada a la particular situación de vulnerabilidad del grupo familiar accionante hasta el dictado de la sentencia definitiva.

10. En virtud de lo expuesto, la decisión impugnada afecta el derecho a una vivienda adecuada de los amparistas y, por lo tanto, debe ser dejada sin efecto.

11. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, revocar el fallo atacado y conceder la tutela cautelar en los términos requeridos por los amparistas. **Así lo voto.**

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia  
resuelve:**

**1. Admitir** la queja interpuesta por H. C. N. y Q. P. J. y **hacer** lugar a su recurso de inconstitucionalidad.

**2. Revocar** la sentencia dictada por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario el 19/6/2017 y **devolver** las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que, por medio de otros jueces, emita un nuevo pronunciamiento conforme a los lineamientos expuestos en el voto del juez Luis Francisco Lozano.

**3. Mandar** que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

La jueza Inés M. Weinberg no suscribe la resolución en los términos de la acordada n° 40/2014.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

En Buenos Aires, a los 11 días del mes de agosto de dos mil veinte, reunidos en acuerdo los señores Jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para conocer respecto del recurso interpuesto en los autos caratulados “A., C. S. c/EN – M° Interior y Transporte – CONARE s/proceso de conocimiento”, contra la sentencia obrante a fs. 95/102, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor José Luis Lopez Castiñeira dijo:

I El Sr. C. S. A., de nacionalidad nigeriana, promovió la presente acción de impugnación judicial respecto de la Resolución N° 1147 (del 8/7/2015) por la que el Sr. Ministro del Interior y Transporte de la Nación rechazó el recurso jerárquico que oportunamente interpusiera contra el Acta Resolutiva N° 246 (del 3/5/12) de la Comisión Nacional para los Refugiados (en adelante, “CONARE”), mediante la cual se le denegó su solicitud de reconocimiento de su condición de “refugiado” (ver fs. 2/35).

II Por sentencia de fs. 90/102, el Sr. Juez de primera instancia rechazó la demanda incoada, con costas en el orden causado.

Para así decidir, luego de efectuar una reseña de las posiciones de las partes -delimitando, por consiguiente, el objeto de debate en autos-, la normativa aplicable así como de la plataforma fáctica del caso, comenzó por adelantar que tenía para sí que la pretensión actoral no podía prosperar.

Para arribar a esa conclusión, en primer término recordó la presunción de legitimidad que ostenta todo acto administrativo (en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente -art. 12 LNPA-) así como la propia que lleva toda la actividad de la Administración -de modo que también debían tenerse por ciertos los extremos que surgen de las actuaciones administrativas-; para señalar que ello obliga a alegar y probar lo contrario por quien sostiene su nulidad.

A su vez, en línea con lo señalado, agregó que no resultaba fundado admitir su ilicitud o arbitrariedad sin que mediare un análisis concreto, preciso y detallado sobre los elementos y pruebas que privaren a tales actos de su validez en derecho, enfatizando que en autos dicha carga no había sido satisfecha por el actor.

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





Así pues, indicó que si bien no desconocía la situación de violencia generalizada imperante en la región del Delta del Níger y que la misma pudo haber ocasionado que el peticionante hubiera sentido temor, no era menos cierto que aquél no había logrado desvirtuar lo manifestado por la Secretaría Ejecutiva del CONARE respecto a la posibilidad con que contaba de reubicarse internamente.

A ello, añadió -y remarcó- el proceder del actor, quien luego de solicitar la apertura de la causa a prueba desistió de aquella pendiente de producción peticionando -asimismo- la clausura del período probatorio, de modo que ha dejado incumplida tal carga, que le fuera impuesta.

De otro lado, en punto a la alegada afectación de su derecho de defensa, en primer término advirtió -con arreglo a ciertos precedentes del Máximo Tribunal- que ante dichos planteos el demandante debía demostrar, de manera nítida, inequívoca y concluyente, un menoscabo que exhibiera relevancia bastante para que variase la suerte de la causa, lo que equivalía a acreditar el perjuicio concreto que le habría producido o las defensas que se habría privado de oponer, toda vez que regía el principio de la trascendencia, careciendo de sentido la declaración de la nulidad por la nulidad misma.

Desde esa perspectiva, precisó que, en la especie, a más de no haberse dado cumplimiento con las exigencias resultantes de la jurisprudencia traídas a colación, no se vislumbraba afectación alguna al debido proceso. Al respecto, remarcó que:

¶ frente a la solicitud del actor -quien entonces era menor de edad- la Secretaría Ejecutiva de la CONARE notificó ello a la Defensoría de Menores e Incapaces de turno, habiendo sido notificada la primera de la aceptación de la tutela conferida al Sr. Tutor Público Oficial *ad hoc* Dr. Marcos Filardi y, tras alcanzar la mayoría de edad, el Sr. A. le confirió poder para actuar como su representante legal a dicho letrado, al tiempo que se le notificó a éste último que el expediente administrativo se encontraba en condiciones de alegar, pactándose el plazo a tal efecto; e, incluso, que del Acta N° 246/12 surgía la intervención de la ACNUR y de la FCCAM;

¶ el Acta referida, se encontraba debidamente sustentada en la prueba aportada y producida en sede administrativa y en el informe técnico de la Secretaría Ejecutiva, a cuyas consideraciones pertinentes y argumentos vertidos en sus consideraciones finales compartió la Comisión (conf. cons. 7°);  
y

Fecha de firma: 11/08/2020  
Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920



Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

¶ si bien era cierto que el informe técnico de la Secretaría Ejecutiva de la CONARE contiene pasajes en idioma inglés -relativos al contexto económico, político y social de Nigeria-, no lo era menos que en su punto 5, titulado “Consideraciones finales no vinculantes”, se había realizado una reseña de esa información enteramente en idioma español; así como que tampoco podía soslayarse que el actor, en diversas oportunidades, había manifestado leer, hablar y comprender el idioma inglés.

En tales condiciones, concluyó que el acto cuestionado se encontraba debidamente motivado en los términos del art. 7° LNPA y que el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado se había desarrollado de conformidad con lo previsto en el Título V, Capítulo II de la Ley n° 26.165 y en el marco de las facultades establecidas en el Título IV, Capítulo II del referido cuerpo normativo.

Por lo demás, agregó que las medidas como la impugnada constituyen el ejercicio de un poder propio de la Administración y, dentro de ella, la competencia asignada a un órgano estatal altamente especializado -creado al efecto- cuyos actos deben ser controlados por el Poder Judicial en orden a su razonabilidad, sin que ello habilite a los jueces para sustituir el criterio administrativo por el suyo propio, salvo que se demostrase que hubiere mediado error -de hecho o de derecho-, omisión o vicio con entidad suficiente para invalidar el acto dictado, supuestos que no se advertían en el *sub examine*.

En tales condiciones, ratificó la decisión que adelantara, sin perjuicio de destacar el derecho que le asiste al demandante de regularizar su situación migratoria, pudiendo así permanecer en el territorio nacional, en los términos del art. 23, inc. “m”, de la Ley n° 25.871, tal como fuera recomendado en el Acta Resolutiva N° 246/12.

Por último, en punto a las costas, estimó adecuado distribuirlas en el sentido ya indicado, atendiendo a la naturaleza de la cuestión debatida y a la jurisprudencia de esta Cámara que citara (conf. art. 68, segunda parte, del C.P.C.C.N.).

II. Disconforme con lo así decidido, a fs. 103/103vta. apeló el actor, quien expresó sus agravios a fs. 107/138vta.

El recurrente se agravia del rechazo de la demanda por entender, en suma, que el Acta Resolutiva N° 246/2012 -confirmada por Resolución Ministerial N° 1147/2015- es nula por encontrarse viciada en su objeto, causa,

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





procedimiento y motivación (cfr. arts. 14, inc. b, y 17, LNPA); ello, a tenor de las consideraciones de hecho y de derecho que en lo pertinente se pasarán a referir.

En primer término, sostiene que la sentencia de grado oblitera tanto la finalidad humanitaria del procedimiento en cuestión como la carga de la prueba en la alternativa de reubicación interna.

En tal sentido, explica que el objetivo final de la determinación de la condición de refugiado es humanitario, de modo que no se busca identificar a los refugiados con certeza absoluta sino establecer la probabilidad de que lo sean; y justamente por tal carácter es que las reglas sobre la carga y mérito de la prueba revisten particularidades que coadyuvan a su cumplimiento.

Así, sostiene que de esa inteligencia se deriva que la carga de la prueba es compartida entre el solicitante y el examinador, en tanto éste último posee el deber de esclarecer y evaluar todos los hechos relevantes, buscar y referirse a esa información.

Agrega que, no obstante ello, en el caso de la aplicación de la alternativa de reubicación interna, ha dicho el ACNUR que ello no debe agravar la carga del solicitante, sino que cabe estar al principio según el cual quien alega un hecho debe probarlo, de modo que quien tome la decisión es quien debe efectuar un análisis del que se siga que en el caso particular resulta pertinente la reubicación interna, identificando la zona propuesta.

En tal contexto, concluye que, en el *sub examine*, era la Secretaría Ejecutiva de la CONARE quien debía probar la pertinencia y razonabilidad de la alternativa de reubicación interna, sin que la presunción de legitimidad del Acta Resolutiva N° 246/2012 pueda erigirse como pretexto para incumplir con el deber de motivación del acto.

Por otro lado -mas en consonancia argumental con lo anteriormente señalado-, sostiene la inadmisibilidad en el caso de la alternativa de reubicación interna.

Ello así por cuanto estima que la CONARE no ha realizado el análisis sobre la pertinencia y la razonabilidad de su reubicación interna en el estado de Abia, en particular: a) acerca de la posibilidad de residir en forma permanente y legal con otra familia en Aba; b) la hipótesis de residir en Nigeria bajo el cuidado institucional y en qué condiciones; c) la situación del estado de Abia -al cual, en el acto cuestionado, se lo excluyó en forma dogmática de los alcances del conflicto-.

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

Al respecto, alega -con transcripción de una publicación del ACNUR- que no es requisito que los individuos amenazados agoten todas las opciones dentro de su propio país antes de solicitar asilo, no considerándose que ello comporte el “último recurso”; y no siendo exigido -siquiera sugerido- por la Convención de 1951 que el temor deba extenderse siempre a la totalidad del territorio del país de origen del solicitante.

También apunta que la CONARE no ha ponderado si, a lo largo del tiempo, hubiera podido residir legalmente en la ciudad de Aba, con individuos que no integran su familia y llevando a cabo una vida normal siendo un niño; en tanto no surge ni de la entrevista personal ni del Informe Técnico que todas sus necesidades se hubieran encontrado satisfechas y que la situación temporal en la casa de su amigo pudiera haberse extendido de manera indefinida, traduciéndose ello en alguna forma de guarda legal.

Sobre este último punto, añade que atento a su condición de niño huérfano, el Estado Nigeriano otorga la guarda a la familia extendida y, al no haberla, hubiese correspondido su alojamiento en una deficiente red de centros de cuidado infantil, tópico que desarrolla con cita de diversos informes.

Asimismo, critica que no se hubiere efectuado un análisis de la situación en el estado de Abia al momento del dictado de la Resolución Ministerial. Manifiesta al respecto que dicho estado integra la región conocida como “Delta Níger”, y que la CONARE ha afirmado que el conflicto se desarrolla ciertos estados de la región (Delta, Bayelsa y Rivers) cuando, en rigor, la información recabada revela que ello se da *principalmente o en su mayoría* (*‘mainly’*) en tales Estados, y no *únicamente*.

Por lo demás, cita y transcribe informes y datos estadísticos (acompañados con gráficos) respecto de la actualidad del conflicto del Delta Níger así como de los incidentes y fatalidades en el estado de Abia, todos mayormente referidos al año 2017.

**III.3.** En otro orden de ideas, se agravia de la falta de consideración de su condición de refugiado *sur place*.

En tal cometido, sostiene que, con relación a la actividad probatoria desplegada en sede administrativa, a diferencia de lo decidido por el Sr. Juez de grado, el Sr. Ministro del Interior no ha indagado respecto de la situación imperante en la República Federal de Nigeria al momento de proceder al dictado de la Resolución N° 1147/2015, situación que, por sus características, habilitaban la aplicación *sur place* de la definición ampliada de

Fecha de firma: 11/08/2020  
Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





refugiado prevista en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984), receptada en el art. 4° inc. “b” de la Ley n° 26.165, confirmando el encuadre realizado por la Secretaría Ejecutiva de la CONARE en la definición clásica contenida en el inc. “a” del referido dispositivo legal.

Sobre el punto, define -con cita de diversos organismos- el concepto y alcance de “conflicto armado no internacional”, para afirmar que en la actualidad impera ello entre las fuerzas armadas de la República Federal de Nigeria y el grupo armado denominado “Boko Haram” (así como otras circunstancias que perturban el orden público). Asimismo, efectúa un racconto respecto de la evolución histórica de éste último.

Por lo demás, *transcribe* vastos pasajes de su escrito inaugural (relativos a diversos tópicos tales como la actividad y evolución del referido grupo armado, a la actuación de las fuerzas armadas de Nigeria en el conflicto, a aquellos abusos de las fuerzas de seguridad, crímenes violentos en el país, etc. -v. en esp. fs. 121vta./122vta. y 126/137vta. de la expresión de agravios y 23/33 de la demanda-) y *añade* a ello, en esta oportunidad procesal, información relativa al año 2015 en adelante; postulaciones a las que, en honor a la brevedad, cabe remitirse.

**IV.** Corrido que fuera el pertinente traslado (a tenor de la habilitación dispuesta por esta Sala, por resolución del 16/6/20), los mismos fueron replicados por el representante legal del Ministerio del Interior mediante la presentación digital fechada el 16/6/20 (ver auto del 18/6/20) quien, a más de solicitar que se declare la deserción del recurso y de responder a los argumentos medulares del mismo, en definitiva sostuvo la legitimidad de los actos atacados.

**V.** Así reseñada y delimitada la cuestión recursiva, ante todo creo oportuno recordar los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (cfr. C.S.J.N. *Fallos*: 258:308; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970, entre muchos otros).

**VI.** En este estado (en que arriban firmes cuestiones tales como la falta de acogimiento por parte del Sr. Magistrado de los planteos de nulidad del Acta Resolutiva por ciertos vicios en el procedimiento, como ser, *v.gr.*, la

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

ausencia de dictamen jurídico previo, o bien por contener el Informe Técnico pasajes en idioma inglés, entre otras), cabe señalar que la cuestión a determinar es si la decisión del Sr. Juez de grado, en cuanto rechazó la demanda entablada, confirmando así las disposiciones cuestionadas, resulta ajustada a derecho; ello, sobre la base de establecer: i) si su decisión comportó obliterar lo relativo a la carga de la prueba en procedimientos como el seguido en la especie y, en particular, en el supuesto de reubicación interna; ii) si ha convalidado un acto (Acta Resolutiva) con deficiencias en sus elementos “causa” y “motivación” atento a la improcedencia en el caso de la reubicación interna; y iii) en cuanto a la Resolución confirmatoria N° 1147, si el Sr. Ministro del Interior, al momento de su dictado, ha soslayado ponderar su condición de refugiado *sur place*, en tanto no ha indagado respecto de la real situación de Nigeria al decidir.

**VI.** Sentado ello, dado el tenor de la materia involucrada en autos, como primera aproximación cabe señalar que en el artículo 1° de la ley 26.165, establece que *“la protección de los refugiados se regirá por las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la República Argentina, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, así como por cualquier otro instrumento internacional sobre refugiados que se ratifique en lo sucesivo y por lo que dispone la presente ley”*.

En particular, y en un sentido análogo al dispuesto por la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, el artículo 4° de la ley dispone que *“[a] los efectos de la presente ley, el término refugiado se aplicará a toda persona que: a) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él. b) Ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”*.

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920







**VII.** Ahora bien, a fin de lograr una mejor comprensión de la cuestión venida en recurso -y, ciertamente, a efectos de arribar a la adecuada solución de la misma-, procede efectuar una reseña de lo acontecido en sede administrativa, a saber:

1°) El día 29/10/10, el Sr. C. S. A. se apersonó por ante la CONARE y presentó un formulario de solicitud de reconocimiento de su condición de “refugiado”, en los términos de la Ley n° 26.165.

En esa oportunidad, refirió haber salido de su país el 24/10/10 e ingresado al territorio nacional el 25/10/10, a través de transporte marítimo. Explicó que había abandonado su país atento a que en su Estado había un conflicto y que su familia había sido asesinada. Por último, interesa ahora referir que el Sr. A., al completar su información personal, consignó tener un tío, también de nacionalidad nigeriana, residiendo allí (cfr. fs. 1/3 y 10/16 del expediente administrativo n° 890.751/2010, cuyas copias certificadas fueran acompañadas por la demandada).

Asimismo, en razón de que al momento de efectuar dicha solicitud el aquí accionante era menor de edad, se procedió a informar ello a la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Migrante, Refugiado y Solicitante de Refugio de la D.G.N. (v. fs. 4 y 18, *idem*);

2°) En razón de la toma de conocimiento del dictado del auto de procesamiento con prisión preventiva en el marco de una causa seguida contra el actor por ante la Justicia Nacional en lo Penal Económico (fs. 38/vta.), y a los efectos de poder llevar a cabo la entrevista personal obligatoria, se procedió a solicitar al Juez interviniente la pertinente autorización para concretar dicha diligencia en la sede del Complejo Penitenciario Federal N° 2 (fs. 39), lo que así dispuso (fs. 41/42).

Así las cosas, con fecha 26/7/11 se llevó a cabo la entrevista con el Sr. A. (ver fs. 58/61) y con la intervención -también- del Sr. Defensor Marcos E. Filardi en su carácter de representante legal del peticionante (habida cuenta que aquél había alcanzado la mayoría de edad, por lo que había cesado la tutela decretada -v. f. 25-).

En cuanto ahora interesa referir, ahondó respecto del contexto de la **región** donde habitaba así como de la particular situación vivida (esto es, puntualmente respecto del momento en que se encontró a su familia atada, a su padre asesinado y su auto con varios orificios de bala, lo que lo llevó a

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

suponer que su familia había corrido igual suerte); es decir, aquellas circunstancias que lo llevaron a abandonar su país.

Refirió también que no había pensado en hacer la pertinente denuncia ante las autoridades acerca de lo sucedido, dado que la policía era parte del gobierno y que el conflicto era justamente con el gobierno.

También expresó aquellas razones que lo llevaron a arribar al país, puntualizando que primero se dirigió a la ciudad de Aba (Estado de Abia) donde permaneció en la casa de un amigo suyo juntamente con la familia de éste por el lapso aproximado de un mes y que, luego, un amigo de su padre le ofreció dirigirse junto a él a la República de Ghana, habiendo permanecido en ese país por un mes; siendo el amigo de su padre quien posteriormente le indicó que debía salir de Ghana, consiguiéndole a tal efecto un pasaporte con nombre y nacionalidad distintas.

Consultado acerca de si tuvo algún problema/inconveniente tanto en Aba como en Ghana, dijo que no.

Aclaró también haber expresado una fecha distinta de arribo al país así como un medio de transporte distinto (había consignado “ship” -barco- cuando efectuó un vuelo aerocomercial) dado que el conductor de taxi que lo llevó hasta la sede del CONARE así se lo aconsejó.

Por último, tras ser consultado acerca de si deseaba regresar a su país y qué creía que le podía pasar en tal caso, respondió que no y que “...se siente mejor viviendo en Argentina que en Nigeria...” y que “...nació y creció en Nigeria y conoce muy bien su país y que en caso de tener que regresar su vida sería miserable.” (sic).

En ese acto, también, se le hizo saber que debía aportar todos los medio de prueba que dispusiera a fin de acreditar los hechos alegados y, en caso contrario, su solicitud podía ser resuelta con la información que hasta ese momento obraba en el expediente. Asimismo, solicitó que se lo notificase antes de que se confeccionara el Informe Técnico, a los fines de alegar.

3°) Luego, se requirió al órgano judicial información acerca del estado de la causa penal, por lo que a fs. 73/81 se agregaron copias certificadas de la sentencia condenatoria dictada por el T.O.P.E. N° 1 en el marco de la causa nro. 2163/11 - “A., S. C. s/contrabando de estupefacientes”, a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión en orden al delito de contrabando de exportación de mercadería, agravado en función de la naturaleza de la misma -estupefaciente- y por su destino

Fecha de firma: 11/08/2020  
Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





inequívoco de comercialización, en grado de tentativa y en calidad de autor, en concurso real con el delito previsto en el art. 296 -uso de documento falso- en función de lo dispuesto por el art. 292 C.P.N. y del cómputo de la pena, efectuada por el Sr. Actuario.

En ese estado, según consta del acta de fs. 84, convino un plazo de treinta (30) días para alegar, el que se encontraba vencido; empero, se otorgó una prórroga de cinco (5) días más;

4°) A fs. 95/102vta. luce glosado el alegato presentado por el representante legal del actor con fecha 26/3/12;

5°) Así pues, la Secretaría de la CONARE dictó el Informe Técnico (fs. 109/127). Luego de un vasto análisis respecto de la situación en Nigeria a ese momento (ver pto. 3, donde transcribieron varias publicaciones al respecto) así como de lo postulado por el solicitante; se concluyó (ver pto. 5°) que si bien era posible que el peticionante hubiera sentido temor, el conflicto relatado tenía lugar únicamente en ciertos estados de la región Delta Níger -Delta, Bayelsa y Rivers- por lo que cabía analizar la posibilidad con que contaba de reubicarse internamente.

Sobre ese último punto, se hizo hincapié en que en primer término el peticionante se trasladó a la ciudad de Aba, en el Estado de Abia, donde permaneció por más de un mes con la familia de su amigo sin problemas en tanto el conflicto no tenía lugar allí y donde tenía sus necesidades satisfechas dado que se encontraba al cuidado de los padres de su amigo; de lo que se seguía que era razonable pensar que podría haber permanecido allí en lugar de salir del país en tanto no existía un temor fundado de persecución.

Por lo demás, se sostuvo que la señalada amenaza de la región Delta Níger no sería consecuencia de alguno de los criterios establecidos en la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena e incorporada por Ley n° 26.165, de modo que no se encontraban reunidos los requisitos allí establecidos. Empero, ello no obstante, dado que el peticionante era un niño no acompañado al ingresar al país, y atendiendo a su situación de vulnerabilidad y exposición a factores de riesgo, aconsejó que se evaluara la procedencia de medidas especiales de protección para su permanencia en el país.

6°) En este estado, se dictó el Acta Resolutiva N°246/12, obrante a fs. 128/129, por la que la CONARE -compartiendo y haciendo suyos los argumentos vertidos en las consideraciones finales del Informe Técnico- denegó el reconocimiento de la condición de refugiado al Sr. A., al tiempo

*Fecha de firma: 11/08/2020*

*Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA*

*Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA*

*Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA*



#27836022#264026740#20200810222834920





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

que recomendó a la D.N.M. la regularización migratoria de aquél por razones humanitarias y en los términos de la Ley n° 25.871;

7°) Contra esa decisión, su representante legal interpuso el recurso jerárquico de fs. 131/135; y

8°) Luego de que tomara intervención la Secretaría de Derechos Humanos mediante el Dictamen DAI N° 48/15 (cfr. fs. 137/141) y que se expidiera también el Sr. Subdirector de Asuntos Jurídicos (ver fs. 177/178), con fecha 8/7/15 el Sr. Ministerio del Interior y Transporte de la Nación dictó la Resolución N° 1147/15 por la que rechazó el remedio intentado (art. 1°); ello, toda vez que *“...de lo actuado y fundamentos del recurso interpuesto no surgen elementos de mérito que permitan considerar que el extranjero reviste las condiciones necesarias para ser incluido en lo establecido por la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados, su Protocolo de 1967 y la Ley N° 26.165.”*.

Dicha decisión, motivó la promoción de las presentes actuaciones.

**X** Conforme se sigue de la reseña que antecede, adelanto que tengo para mí que asiste parcialmente razón al apelante, de modo que el Acta Resolutiva debe ser declarada parcialmente nula y, en consecuencia, procede disponer el reenvío de la cuestión a sede administrativa para que la CONARE emita un nuevo acto, a tenor de las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación se pasarán a exponer. A su vez, y por lógica implicancia, la Resolución Ministerial habrá de correr igual suerte, bien que en su totalidad.

**X** En efecto, y como primera aproximación, debe tenerse presente -y, ciertamente, como norte- que los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad (conf. art. 12, L.N.P.A.) así como también lo actuado por ante aquella sede (en igual sentido, esta Sala, *in re* “Amerilab S.A. c/D.N.C.I. - Disp. 75/13 (Ex.S01:14.202/11)”, expte. n° 28.349/13, sent. del 26/6/14).

A su vez, que las decisiones como a las que se arribara mediante el Acta Resolutiva -confirmada por Resolución Ministerial- de la CONARE comportan el ejercicio de funciones asignadas por ley, en tanto el art. 25, inc. “b”, de la Ley n° 26.165 le establece su función de resolver, en primera instancia, sobre el reconocimiento y cesación de la condición de refugiado; órgano creado justamente por ese cuerpo legal (conf. art. 18).

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





Empero, la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, no puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la Ley n° 19.549, pues es la *legitimidad* -constituida por la *legalidad* y la *razonabilidad*- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias (*Fallos* 331:735, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la C.S.J.N.).

De este modo, cabe señalar que la *legalidad* de la decisión implica la validez de sus elementos constitutivos (Sala I, *in re*, "Kohn Loncarica, Alfredo Guillermo c/Poder Legislativo Nacional -Biblioteca del Congreso de la Nación- s/empleo público", del 20/2/98; esta Sala, *in re*, "Unión de Trabajadores del ISSJP c/EN – M° Salud – SSS s/amparo ley 16.986", expte. n° 20.903/10, resol. del 17/03/11, entre otros), previstos en el art. 7° LNPA.

Por su parte, el *principio de razonabilidad* –consagrado en los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional– importa la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad, en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos, y obliga a dar a la ley –y a los actos estatales de ella derivados inmediata o mediatamente– un contenido razonable, justo, valioso, de modo que alguien pueda ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de esa ley sea razonable, sea justo, sea válido (conf. Bidart Campos, Germán, *Derecho Constitucional*, T. II, págs. 118/119; Sala III, *in re* "Fernández Héctor F y otro c/ EN -M Interior- PNA –Disp. 128/04- s/personal militar de las FF.AA. y de Seg.", sent del 15/11/12; y esta Sala, *in re*, "B. E. F. A. y otros c/EN-M° Interior -Resol. 1372/08- CEPARE Resol. 351/05 (Ex. 599279/05) y otro s/proceso de conocimiento", causa n° 14.600/09, sent. del 26/12/16).

Respecto al primer foco de análisis, cabe precisar -a tenor del alcance de las quejas ensayadas- que el *procedimiento*, como requisito esencial de todo acto administrativo (art. 7°, inc. "d", LNPA), supone un conjunto de formalidades arbitradas en garantía del particular, cuya finalidad es la de conseguir el acierto en las decisiones administrativas (cfr. Sala V, en una integración distinta, *in re*, "Crivellari Lamarque Elena J. c/UBA Resol. 4923/00 y 4924/00", expte. n° 599/01, sent. del 21/6/01). En efecto, para valorar si ha existido indefensión debe apreciarse el procedimiento en su conjunto y el acto

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

final como resultado de la integración de trámites y actuaciones de distinta clase y procedencia, en los que el particular va teniendo oportunidad de defenderse y de poner de relieve ante la administración sus puntos de vista (conf. esta Sala -en una integración anterior-, *in re*, “Metrogas S.A. c/Resol. Enargas 374/96 (ENARGAS)”, expte. n° 33.154/96, sent. del 11/07/00).

Por su parte, la *causa* (art. cit., inc. “b”) de los actos administrativos también constituye uno de sus requisitos esenciales en tanto la LNPA exige que ellos se sustenten en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (ver, en mismo sentido, esta Sala -en otra integración- *in re*, “Laurencena, José Miguel c/Estado Nacional s/empleo público”, del 5/11/96; en igual sentido, Sala V, *in re*, “Matsuo Muneo y otro c/Prefectura Naval Arg. -Resol. DPSJ JS1 Nro. 173 A/94”, del 23/8/95); de modo que la misma no puede ser discrecional, en tanto debe hallarse referida a circunstancias perfectamente verificables (conf. Comadira, Julio – Monti, Laura (colaboradora), *Procedimientos Administrativos – Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Tomo I, Buenos Aires, 2002, Ed. La Ley, pág.196; con cita a la P.T.N. en *Dictámenes* 114:376) y, de no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados, o por violación de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado, el art. 14 de la Ley n° 19.549 prevé -entre otros supuestos- la nulidad absoluta e insanable del mismo (cfr. esta Sala, *in re*, “Telecom Personal SA c/CNC -Resol.509/04- s/proceso de conocimiento”, expte. n° 29.478/06, sent. del 31/07/12; y más recientemente, *in re*, “Mosquera Sotomayor, Camilo c/EN - M Interior OP y V - DNM s/recurso directo DNM”, expte. n° 71.084/18, del 12/3/20).

A su turno, la *motivación* (inc. “e”) es la explicitación de la “causa”: esto es, la declaración de cuáles son las razones y circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a dictar el acto (conf. Hutchinson, Tomás, “*Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Revisado, ordenado y comentado*”; Bs. As., Astrea, 1998, 4° ed., p. 87; y esta Sala, *in re*, “Amarilla Gas S.A. c/M° de Energía y Minería s/recurso directo de organismo externo”, expte. n° 88.240/17, del 13/08/19). Es decir, sus motivos o presupuestos; es la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada (cfr. Gordillo, Agustín, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, FDA, Buenos Aires, 2000, TIII, pág. X-15; y Sala V, *in re*, “Seguil Acevedo, Christian Yolvi c/EN - M° Interior OP y V - DNM s/recurso directo DNM”, expte. n° 53.874/17, del 13/06/19).

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





Sentado ello, también como previo debe señalarse -a tenor de cuanto aquí se decidirá- que la alternativa de reubicación interna “...no se menciona explícitamente entre los criterios fijados en el artículo 1A(2) de la Convención de 1951.” (ACNUR, “Directrices sobre Protección Internacional N° 4: La ‘alternativa de huida interna o reubicación’ en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, integrante del “Manual y Directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados” -redacción conforme la reedición del año 2011-, pág. 127, párr. 38; textos que pueden ser consultados en: <https://www.acnur.org/5d4b20184.pdf>).

En tanto, nuestro ordenamiento legal (“Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado – N° 26.165) si bien no ha receptado este instituto de manera expresa, sí lo ha hecho de manera indirecta, toda vez que en su art. 35 dispone que “[e]n el cumplimiento de las funciones que les son asignadas en la presente ley, la Secretaría Ejecutiva y la Comisión tendrán presente los criterios interpretativos emanados de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y de las recomendaciones del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR.”.

Ahora bien, adentrándonos en el fondo de la cuestión, cabe comenzar por señalar que “...algunos han ligado el concepto de huida interna o reubicación, a la cláusula de la definición [de refugiado] relativa a los ‘fundados temores de ser perseguida’; otros, a la cláusula donde se habla de la persona que ‘no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de [su] país’...”, “...[e]stos enfoques no son necesariamente contradictorios, puesto que la definición consiste en un examen integral de elementos que están relacionados. El cómo se relacionan estos elementos, y la importancia que se le ha de otorgar a uno u otro elemento, necesariamente deberá determinarse en base a los hechos de cada caso individual (cfr. ACNUR, “La ‘alternativa de huida interna...’”, pág. 120, párr. 3).

Como fuere, lo que las Directrices en estudio disponen de manera indubitable es que el uso del concepto de “reubicación interna” no debería conducir a que se agrave la carga que sufren los solicitantes de asilo y que, por consiguiente, debe seguir vigente la regla habitual según la cual quien invoca un alegato debe probarlo (conf. ACNUR, “La ‘alternativa de huida interna...’”, pág. 127, párr. 33).

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920







Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

De este modo, y más allá que (en principio) la carga probatoria es compartida en procedimientos como el que nos ocupa (cfr. ACNUR, “Manual...”, párr. 196), quien tome la decisión asumirá la carga de la prueba de establecer que un análisis sobre reubicación es pertinente al caso en particular (ACNUR, “La ‘alternativa de huida interna o reubicación’...”, pág. 127, párr. 34).

Es que, “[e]l concepto de una alternativa de huida interna o reubicación se refiere (...) a una zona específica del país donde no haya riesgo de temores fundados de persecución y donde, dadas las circunstancias particulares del caso, es razonable esperar que el individuo pueda asentarse y llevar una vida normal. En consecuencia, si la huida interna o reubicación han de considerarse en el contexto de la determinación de la condición de refugiado, debe identificarse una zona en particular, así como dar al solicitante una oportunidad apropiada para pronunciarse al respecto.” (op. cit., pág. 121, párr. 6°; énfasis propio).

Es decir que se exige un análisis tanto desde la perspectiva de la pertinencia u oportunidad como de la razonabilidad de la solución propuesta, y no únicamente respecto a si en la actualidad esa zona es ajena a los motivos que constituyeron el temor fundado, sino también si constituye una alternativa significativa hacia el futuro (op. cit. párrafos 7° y 8°).

Por lo demás, respecto del análisis a efectuar en relación a la pertinencia u oportunidad, cabe tener en consideración varios factores, a saber: si zona es accesible (es decir, si carece de obstáculos para su acceso), segura y si le asiste derecho a viajar legalmente hasta allí (esto es, ingresar y permanecer en ella), si el Estado es agente de persecución (considerando cuestiones como, v.gr., si participa activamente o si aprueba y/o tolera la situación, la presunción que lleva de que ejerce su poder en todo el territorio o si se demuestra que sólo lo hace en una determinada área geográfica, etc.) o bien se trata de un agente no estatal y, por último, si se expondría al peticionante a ser perseguido o a sufrir un/otro daño severo (*idem*, págs. 122/124, párrafos 10 a 21).

En tanto, “[a]demás de no existir un temor de persecución en la alternativa de huida interna o reubicación, ésta debe ser razonable en todos los sentidos para que el solicitante se reubique allí.” (op. cit. pág. 124, párr. 22).

La prueba de razonabilidad, entonces, supone responder el interrogante respecto de si aquel puede llevar una vida relativamente normal en el contexto del país en cuestión, tanto subjetiva como objetivamente, es decir,

Fecha de firma: 11/08/2020  
Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





considerando al solicitante en particular y las condiciones vigentes en la alternativa propuesta de huida interna. Para ello, es necesario contemplar distintas cuestiones, a saber: las circunstancias personales (v.gr. edad, el sexo, la salud, la situación y las relaciones familiares, aspectos étnicos, culturales o religiosos, entre tantos otros), la persecución vivida (el trauma psicológico ocasionado), la seguridad e integridad (verse libre de peligros y de riesgos de lesiones), el respeto por los derechos humanos e, incluso, la supervivencia económica (págs. 125/126, párrafos 24 a 30).

Por último, estimo conveniente señalar que “[s]i bien el examen de la pertinencia y razonabilidad de una zona potencial de reubicación siempre demanda una valoración de las circunstancias particulares del individuo, también es importante a fines de tal examen disponer de información e investigaciones bien documentadas, de buena calidad y al día, sobre las condiciones en el país de origen. La utilidad de tal información puede, sin embargo, verse limitada en casos en que la situación del país de origen es volátil y pueden ocurrir cambios repentinos en zonas hasta entonces consideradas seguras. Tales cambios podrían no haberse registrado en el momento de examinar la solicitud” (pág. 127, párr. 37 -énfasis propio-).

Ahora bien, sobre la base de las advertencias y directrices efectuadas, y tal como se adelantara, he de efectuar la siguiente disquisición o distingo: por un lado, entiendo que todo aquello que en el acto cuestionado importó tener por presumiblemente como cierto, que el actor hubiera sentido temor fundado, como consecuencia de los padecimientos vividos y del conflicto desarrollado en el lugar donde residía su familia, así como de en lo atinente a la pertinencia de la alternativa de reubicación interna, en tanto en términos generales -al menos al momento de decidir- el conflicto se desarrollaba únicamente en tres Estados de aquellos que integran la región Delta Níger, resulta ajustado a derecho; mientras que, de otro lado, ocurre lo contrario respecto al procedimiento como a la determinación y ponderación de los hechos y derecho respecto a la concreta posibilidad de reubicación en la ciudad de Aba, perteneciente al estado de Abia.

**XI.3.a).** En cuanto a lo primero, entiendo que el órgano decisor ha cumplido con la carga que se le imponía, en tanto se observa del cotejo de lo actuado que obran elementos de mérito suficientes a efectos de optar por la alternativa de reubicación interna dentro del país de origen (bien que en una región diferente de la que habitaba) en el entendimiento de que el conflicto denunciado, si bien no se desconocía, se desarrollaba -al menos a ese

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

momento- únicamente en algunos estados de la Región Delta Níger. Es que, a más de las propias declaraciones del peticionante en oportunidad de efectuar la entrevista ampliada (fs. 58/61 acts. adm.), que dan cuenta que durante su estadía en la Ciudad de Aba -Estado de Abia, también perteneciente a la Región de Delta Níger- no había padecido problema alguno, luce anejada una vasta cantidad de publicaciones relativas a que la situación denunciada, a ese momento, únicamente se desarrollaba en otros tres Estados integrantes de la Región (ver pto. 3 del Informe Técnico).

Así las cosas no se observa de la decisión de la CONARE (que, al compartir y hacer propias las conclusiones del Informe Técnico, si bien consignó que era posible que el actor hubiera sentido temor fundado, para rechazar la solicitud de asilo tuvo como fundamento medular la alternativa de reubicación interna -en tanto el conflicto descripto se desarrollaba únicamente en ciertos estados de la región Delta Níger, mas no así en la Ciudad de Aba-) hubiere comportado, por un lado, una trasgresión al *procedimiento* en lo relativo a la carga de la prueba -así como tampoco que el Sr. Juez, con su decisión, hubiere obliterado la finalidad humanitaria del procedimiento ni las reglas de la carga de la prueba- ni, de otro, que se hallen viciados los elementos *causa y motivación*.

Tampoco pueden tener mejor andamiaje las postulaciones dirigidas a sostener la inadmisibilidad de la aplicación, en el caso, de la alternativa de reubicación interna (desde el aspecto en estudio, más allá de la *razonabilidad*, como se abordará más adelante), es decir, aquellos cuestionamientos relativos, en definitiva, a la *causa* y a la *motivación* del Acta Resolutiva.

En el caso, se observa que la referida Acta, que dispuso el rechazo del reconocimiento de la condición de “refugiado”, se sustenta en las constancias, los hechos y los antecedentes del mismo -que fueron expuestos pormenorizadamente en el Informe Técnico, al que remitió la CONARE; y de lo que adquiere suma relevancia cuanto se pusiera de relieve en el párrafo último del apartado que antecede-, así como en el derecho aplicable -esto es, la Ley n° 26.165 y el instituto en cuestión, previsto en las “*Directrices sobre Protección Internacional N° 4: La ‘alternativa de huida interna o reubicación’ en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*” (ya citada), habida cuenta que el mismo “...no se menciona explícitamente entre los criterios fijados en el

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





*artículo 1A(2) de la Convención de 1951.*" (ver texto citado, pág. 127, párr. 38); ello, de conformidad con la remisión a que hace referencia el art. 35 de la referida ley.

Por otro lado, en lo que concierne a la *motivación*, en el Acta Resolutiva en estudio, al remitir y hacer propias las conclusiones arribadas en el Informe Técnico, se indicaron en forma concreta y precisa las razones que indujeron a la Administración a emitir dicho acto, fundando las distintas conclusiones alcanzadas en las constancias obrantes en el expediente administrativo, indicando que si bien era posible que el peticionante hubiera sentido temor, el conflicto relatado tenía lugar, en ese momento, únicamente en ciertos estados de la región Delta Níger -Delta, Bayelsa y Rivers- por lo que cabía analizar de manera positiva la posibilidad con que contaba de reubicarse internamente.

En definitiva, debe concluirse que el Acta Resolutiva, en este aspecto de lo decidido, reúne los requisitos establecidos en el art. 7° de la ley 19.549, toda vez que ha sido dictada por la autoridad competente, de conformidad con los hechos y antecedentes de la causa y el derecho aplicable y que en todo momento se respetó el derecho de defensa del aquí recurrente (esta Sala, en una integración anterior, *in re* "Coto CICSA S.A. c/DNCI-Disp 808/10 (Expte s01 1:73749/09)", expte. n° 12.065/11, sent. del 6/06/11).

Por lo demás, y a los fines de dar acabada respuesta a las quejas del apelante, cabe señalar, en orden a la *razonabilidad* del aspecto de lo decidido que aquí se convalida, a más de las directrices ya consignadas (Cons. X *in fine*), que el recto ejercicio de sus poderes por parte de la autoridad administrativa exige la presencia del sello de *razonabilidad* que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas. Como se deduce de la causa registrada en la colección *Fallos*: 314:1091 ("Molinas"; considerando 19), tratándose –como aquí también acontece– de un acto administrativo dictado en ejercicio de las funciones y con las características ya señaladas, ello impone que se verifique si, dentro de las opciones posibles abiertas a la potestad discrecional del Poder Ejecutivo, el ejercicio de tal potestad devino en el dictado de un acto viciado de arbitrariedad (cfr. C.S.J.N., *Fallos*: 320:2509; y en igual sentido, esta Sala, *in re* "B. E., F. A. y otros c/CEPARE", ya citada).

En este orden, la exposición de las motivaciones explícitas se erige como recaudo de validez del acto administrativo ya que se trata de una exigencia que -por imperio legal- es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos

Fecha de firma: 11/08/2020  
Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

administrativos, presupuesto ineludible del estado de derecho y del sistema republicano de gobierno. De modo tal que, la mención expresa de las razones y antecedentes -fácticos y jurídicos- determinantes de la emisión del acto y particularmente la exteriorización de su causa jurídica que justifica su dictado, se ordenan a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales (conf. esta Sala -con otra integración- en autos "Transener S.A. c/ Resolución ENRE 70/95", causa n° 36.707/96, fallo del 17/09/98), de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado contralor frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa (conf. causa "B. E., F. A." cit.).

De suerte tal que aún la amplitud de las facultades ejercidas por la administración, tal como aquí ocurre en materia de otorgamiento de la condición de refugiados, o la naturaleza discrecional de dichas potestades (cuya modulación viene impuesta por las pautas establecidas en los arts. 35 y 46 de la ley n° 26.165), imponen el cumplimiento y posterior examen del contenido, referido al *sub examine*, pues es precisamente en este ámbito de la actividad administrativa donde la motivación se hace más necesaria, ya que el carácter discrecional de las facultades involucradas no puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria, puesto que es precisamente la *razonabilidad* con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia (C.S.J.N., Fallos: 305:1489; 306:126; y esta Sala, fallo "B. E., F.A.").

Desde la perspectiva de análisis expuesta, tomando debida razón de los desarrollos que anteceden y en vista de los procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado, ha de seguirse entonces que el aspecto del acto denegatorio, en cuanto concierne a los factores de justificación ya mencionados, y a la consideración -bien que en términos generales- de la conveniencia y posibilidad de reubicación del peticionante en su país de origen, en cuestión, aparece debida y suficientemente sustentado en los antecedentes de hecho y de derecho que dieron lugar a su dictado, exhibiendo por lo demás adecuada *motivación*, elementos estos que han sido descriptos y valorados en detalle en los pasajes precedentes, y cuyo resultado conduce a sostener que en definitiva ha conformado la culminación de un *iter*

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





decisorio que, atendiendo al momento de su dictado, a las directrices normativas y criterios de interpretación ya recordados, aparece, en concreto y en el aspecto en cuestión, dotado de suficiente fundamentación y *razonabilidad*.

**XI.3.b).** A distinta conclusión, como se dijera, cabe arribar respecto al procedimiento como a la determinación y ponderación de los hechos y derecho en cuanto a la concreta posibilidad de reubicación en la ciudad de Aba, perteneciente al Estado de Abia.

En efecto, contrariamente a lo antedicho, se observa que en este punto recaía en la autoridad de aplicación la carga de recabar toda aquella información respecto de la ciudad cuya reubicación se propuso, no únicamente desde el plano objetivo sino también subjetivo e, incluso, tanto respecto de la situación allí imperante como de otros aspectos, tales como la proyección futura del actor en esa localidad.

Es que, con arreglo a los parámetros reseñados en el apartado XI.2. del presente voto, se sigue que en la especie si bien se ha meritado que durante su estadía en Aba no había padecido problema alguno y que la información recabada no daba cuenta que el desarrollo del conflicto se extendiera hasta allí, lo cierto es que ello dista de comportar el cumplimiento de una carga que era propia del órgano decisor.

Por otro lado, si bien al momento de presentar su alegato el actor se ha manifestado respecto a la *eventualidad* de que la autoridad optare por estar a la alternativa de reubicación externa, lo cierto es que no se observa que se le hubiere dado una oportunidad apropiada para pronunciarse concretamente respecto de la zona propuesta (arg. párr. 6 *in fine*, “La alternativa de reubicación interna...” ya citado).

Estas circunstancias me llevan a concluir que el Acta Resolutiva, en este punto, presenta deficiencias en sus elementos “procedimiento”, “causa” y “motivación”.

En este orden, no es posible soslayar aquellos datos estadísticos, publicaciones y manifestaciones aportadas por el actor en su escrito de demanda y en su expresión de agravios (al margen de su improcedencia, conf. art. 277 del C.P.C.C.N.), de los que *prima facie* se podría inferir que la situación imperante en Nigeria (y en particular, en el Estado de Abia) hubiere efectivamente experimentado sustanciales alteraciones; lo cual, unido al extenso lapso insumido durante la tramitación y sustanciación tanto del procedimiento administrativo -que incluye el tratamiento del recurso interpuesto

Fecha de firma: 11/08/2020  
Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

en dicho ámbito-, como por el proceso judicial, constituyen factores determinantes de la necesidad de que la Administración lleve a cabo un nuevo examen de la cuestión, teniendo en cuenta precisamente las circunstancias actuales de la mencionada región, en orden a establecer con fundamento en datos actuales, y desde la perspectiva de los principios humanitarios aplicables, la concreta y real posibilidad de reubicación del actor en dicha zona.

Ello adquiere suma relevancia puesto que si bien la Administración mal pudo conocer acontecimientos que, al momento de decidir, aun no habían ocurrido en la mencionada región, de las *“Directrices sobre Protección Internacional N° 4: La ‘alternativa de huida interna o reubicación’ en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”* se sigue la importancia y utilidad de contar con información actualizada acerca de las condiciones imperantes en la zona respecto de la cual se lleva a cabo el concreto análisis de factibilidad de la reubicación, a los efectos de optar, en su caso, por tal alternativa (pág. 127, párr. 37), puesto que tal posibilidad *“...puede verse limitada en casos en que la situación del país de origen es volátil y pueden ocurrir cambios repentinos en zonas hasta entonces consideradas seguras. Tales cambios podrían no haberse registrado en el momento de examinar la solicitud.”* (*idem*).

Ha de repararse a esta altura, que la condición de refugiado -aún mediando el dictado de un acto administrativo que así la reconozca-, es susceptible de cesar a causa de la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de la emisión de tal dispositivo (arts.11 y 12 de la ley 26.165), extremo que en supuestos análogos a los aquí configurados, implica por parte de la autoridad de aplicación, el análisis y determinación de que el beneficiario no pueda ya continuar negándose a recibir la protección de su país de nacionalidad, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales se lo reconoció como refugiado (art.11 inc. e) ley cit.).

Y siendo ello así por imperativo legal, con mayor razón aún cuando (como aquí ocurre), no ha mediado el dictado de un acto firme, resulta jurídicamente posible y ajustado a una razonable interpretación y aplicación de los principios vigentes en la materia, que se lleve a cabo un análisis completo y exhaustivo de la situación que impera actualmente en la ciudad y/u/o región en la cual se indique la posibilidad de reubicación, como factor justificante de la denegatoria del amparo solicitado.

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920







De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos involucrados y en aras de arribar a correcta solución del caso, se impone estar a la declaración de nulidad parcial del Acta Resolutiva y ordenar el reenvío de la cuestión a sede administrativa para que, previa audiencia del Sr. A. (cfr. ACNUR, “Directrices...N°4...”, pág. 121, párr. 6 *in fine*), la CONARE se expida nuevamente de manera fundada, respecto de la alternativa de reubicación interna en la Ciudad de Aba, Estado de Abia, o bien respecto de la Ciudad que estime adecuada al efecto, con arreglo a las directrices señaladas, y con particular ajuste a las circunstancias actuales imperantes en la locación que se indique y, en subsidio, respecto a si corresponde el reconocimiento de su condición de refugiado *sur place*, habida cuenta de lo expresado.

**XI.** En orden a la decisión a que se arriba, deviene inoficioso expedirme respecto de las quejas -ciertamente subsidiarias- dirigidas a cuestionar la falta de consideración, por parte del Sr. Ministro del Interior y Transporte al resolver su recurso jerárquico, de su condición de refugiado *sur place* en tanto omitió indagar acerca de la real situación imperante en Nigeria a ese momento.

Ello así puesto que en atención a la decisión alcanzada (Cons. XI.3.b) y dado su carácter de acto confirmatorio posterior, procede declarar su nulidad.

Por lo demás y a todo evento, debe estarse a la medida ordenada.

**XII.** Por último, resta aclarar que nada cabe consignar respecto aquellas cuestiones que con transcripción reiteran lo planteado en el escrito inaugural (relativo, en general, a la situación en Nigeria principalmente para el año 2015) así como tampoco las que en esta oportunidad procesal se introducen (con relación a lo propio respecto a los años 2016 y 2017); las primeras, por cuanto no comportan aquellas críticas concretas y razonadas de las partes del fallo que se consideren equivocadas, conforme exige el ordenamiento adjetivo, y las segundas, por cuanto no han sido propuestas a la decisión del Sr. Juez de grado ni han sido formuladas en la oportunidad y forma establecidas al efecto (arts. 265 y 277 -respectivamente- del C.P.C.N.).

**XIV.** Finalmente, y aún cuando procede revocar la sentencia de grado, entiendo que las costas de ambas instancias deben ser soportadas en el orden causado atendiendo a la naturaleza de la cuestión debatida y a las

Fecha de firma: 11/08/2020

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL  
SALA II

Expte. N° 75.482/15

particularidades del caso traído a conocimiento de este Tribunal (arts. 68, segunda parte, y 279 del C.P.C.C.N.).

Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al acuerdo: **1°)** hacer lugar al recurso de apelación, revocar parcialmente la sentencia de grado y, en consecuencia, declarar la nulidad parcial del Acta Resolutiva N° 246, en los términos y con los alcances que surgen de los Considerandos XI.3.b y XII del presente voto; y **2°)** distribuir las costas de ambas instancias el orden causado (conf. arts. 68, segunda parte, y 279 del C.P.C.C.N. -Cons. XIV-).

El Dr. Luis María Márquez y la Dra. María Claudia Caputi adhieren al voto precedente.

En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:** **1°)** hacer lugar al recurso de apelación, revocar la sentencia de grado y, en consecuencia, declarar la nulidad parcial del Acta Resolutiva N° 246, en los términos y con los alcances que surgen de los Considerandos XI.3.b y XII de la presente; y **2°)** distribuir las costas de ambas instancias el orden causado (conf. arts. 68, segunda parte, y 279 del C.P.C.C.N. -Cons. XIV-).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.-

MARÍA CLAUDIA CAPUTI

JOSÉ LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA

LUIS MARÍA MÁRQUEZ

Fecha de firma: 11/08/2020  
Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA  
Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA



#27836022#264026740#20200810222834920





Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires  
Fuero Penal Contravencional y de Faltas

2019 - Año del 25º Aniversario del reconocimiento de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

CÁMARA DE APELACIONES EN LO PCYF - SALA II

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS "G. O. A. SOBRE 1 - INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR"

Número: INC 39620/2018-1

CUIJ: INC J-01-00089780-5/2018-1

Actuación Nro: 13062277/2019

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 22 días del mes de mayo de 2019, se reúnen en acuerdo los jueces integrantes de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dres. Pablo Bacigalupo, Marcela De Langhe y Sergio Delgado, para resolver estos actuados.

### **Y VISTOS:**

Motiva la intervención de este tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial a fs. 36/43 contra el punto I de la resolución de fs. 30/34, en cuanto el juez trabó embargo sobre un 10% del total bruto del sueldo de O. A. G, hasta cubrir la suma de \$ 25.000, y respecto del punto II, que reguló alimentos provisorios a favor de la niña C. A. A. por el monto de \$ 2.500 mensuales, sobre la base del art. 26, inc. b.5 de la Ley de Protección Integral a las Mujeres.

La recurrente presenta los siguientes agravios: a) afectación de la garantía de juez natural, dado que se trata de cuestiones de índole civil que están tramitando actualmente ante un juzgado de dicho fuero; b) violación del principio de legalidad, en tanto se interpreta analógicamente la ley y se considera el caso de autos como supuesto de violencia de género; c) la situación económica de ambas partes es similar y el denunciado tiene otros hijos a cargo que no fueron tenidos en cuenta en la resolución; d) el salario es inembargable, a excepción de las deudas alimentarias, de modo que el aseguramiento de la pena quedaría excluido como causal; e) se viola el *ne bis in idem*, pues existe un proceso civil pendiente que conoce los mismos hechos;





f) la medida resulta desproporcionada en relación con el sueldo de \$ 12.000 (capacidad económica del denunciado); g) se lesiona el principio de inocencia, por cuanto la resolución adelanta la pena, y se menoscaba la máxima de derecho penal como última ratio, dado que existen soluciones jurídico-civiles menos gravosas.

A fs. 48/50, el fiscal de cámara contestó vista y dictaminó que el recurso debía ser rechazado. A fs. 52/55 se expidió la asesora tutelar ante esta instancia.

El defensor de ante la alzada mantuvo el recurso a fs. 57/58.

Cumplidos los pasos y plazos pertinentes, los autos se encuentran en condiciones de ser resueltos.

### **Y CONSIDERANDO:**

**Los jueces Pablo Bacigalupo y Marcela De Langhe dijeron:**

#### **I. Admisibilidad**

Se han cumplido en el caso los recaudos subjetivos y objetivos que habilitan la procedencia del recurso, pues el impugnante cuenta con legitimidad para deducirlo y presentó su escrito en tiempo y forma. El auto cuestionado es expresamente apelable (arts. 177 y 279, CPP).

#### **II. Fijación de embargo**

El art. 176, CPP establece: *“Embargo. Al momento de disponer la prisión preventiva u otra restricción cautelar, a pedido del Fiscal o de la querella en su caso, el tribunal podrá disponer el embargo de bienes del imputado para garantizar las costas del proceso y en su caso el daño causado por el delito. También podrá disponerse el embargo de bienes si no se adoptare otro medida cautelar, a pedido del Fiscal o querella, quienes solicitarán audiencia al efecto”.*



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires  
Fuero Penal Contravencional y de Faltas

2019 - Año del 25º Aniversario del reconocimiento de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

CÁMARA DE APELACIONES EN LO PCYF - SALA II

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS "G, O. A. SOBRE 1 - INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR"

Número: INC 39620/2018-1

CUIJ: INC J-01-00089780-5/2018-1

Actuación Nro: 13062277/2019

Esta norma autoriza a trabar embargo a fin de garantizar una eventual indemnización del daño causado por el delito. Al igual que toda cautelar, se exige la incorporación de suficientes elementos de prueba que permitan afirmar la existencia *prima facie* de un hecho ilícito y la participación del imputado en él —*fumus boni iuris*—. Con los elementos de cargo reunidos se ha logrado demostrar la materialidad infraccionaria de los sucesos investigados con el grado de probabilidad requerido en esta etapa del proceso y, en principio, la participación del señor G, en aquellos, en carácter de autor, sin perjuicio del carácter provisional de esta conclusión.

Con relación a la finalidad, el artículo citado habilita asegurar el posible *daño causado* por el delito. En el caso, se trata de una deuda alimentaria. Por ello, no resultan pertinentes los reparos de la defensa en cuanto a que el salario únicamente puede ser embargado por deudas alimentarias. Aun cuando tuviera razón respecto de que no podría ser incautado el sueldo para garantizar la pena de multa, lo cierto es que el *a quo* también tomó expresamente en consideración la “reparación del daño causado por el delito (art. 176, CPP) y/o la indemnización civil derivada de la deuda alimentaria (art. 331, CPP)” —fs. 31vta.—.

Respecto de la proporcionalidad de la medida, la recurrente no logra demostrar el exceso en el que habría incurrido el juez, sobre todo cuando fueron respetados los máximos impuestos por la Ley de Contrato de Trabajo y su decreto reglamentario, así como el posible monto adeudado.

Por tanto, votamos por confirmar el embargo trabado.





### III. Fijación de la cuota alimentaria

Con relación a la cuota alimentaria fijada, el juez basó la medida en el art. 174 bis, CPP: *“Medidas restrictivas. Delitos en contexto de violencia contra la mujer. Si los hechos denunciados se dieran en un contexto de violencia contra la mujer y, además, existieren razones objetivas para suponer que se encuentra en riesgo la salud o la integridad física o psíquica de la mujer víctima, el/la Fiscal, fundadamente podrá solicitar al/la Juez/a ordenar las medidas dispuestas en el artículo 174 o las medidas preventivas urgentes previstas en el art. 26, inc. a) y b) en la Ley 26485”*.

Sin lugar a dudas, en casos de violencia contra la mujer, cuando se trate de una pareja con hijos, el juez podrá fijar *“una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia”* (art. 26, inc. b.c, Ley 26.485).

Sin embargo, debemos analizar si en el caso nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género como lo sostuvo el *a quo*.

En este sentido, si bien la fiscalía catalogó el suceso investigado como uno de violencia de género, mediante la modalidad económica o patrimonial, su postura no encuentra apoyatura en el legajo. Existen constancias aportadas por el propio MPF que reflejan que el Sr. G, no tiene ningún tipo de bien registrable a su nombre, que es empleado de una empresa desde el año 2014 y que su remuneración bruta al mes de abril de 2018 era de \$ 11.615,40 (fs. 17/18), mientras que la denunciante tiene un sueldo de \$ 14.000, según surge del respectivo informe también ordenado por el MPF (fs. 15/16).

Así, cabe hacer notar que la propia descripción de los hechos no nos conduce a pensar en la presencia de los componentes necesarios para encuadrarlos en un supuesto de violencia contra la mujer, como tampoco se advierten particularidades en el caso que excedan de las que caracterizan al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Pues la Ley de Protección Integral a las Mujeres define como violencia contra la mujer *“toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el*



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires  
Fuero Penal Contravencional y de Faltas

2019 - Año del 25º Aniversario del reconocimiento de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

CÁMARA DE APELACIONES EN LO PCYF - SALA II

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS "G, O. A. SOBRE 1 - INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR"

Número: INC 39620/2018-1

CUIJ: INC J-01-00089780-5/2018-1

Actuación Nro: 13062277/2019

*ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal".*

El elemento definitorio del concepto resulta ser que la afectación de los derechos de la mujer esté "*basada en una relación desigual de poder*", extremo que no ha sido acreditado por las pruebas aportadas por el MPF, las cuales, por el contrario, dan cuenta de su inexistencia.

Por otro lado, no es menos relevante la circunstancia apuntada por la defensora oficial en el sentido de que existe causa pendiente ante el fuero civil, con idéntico objeto al que el *a quo* pretende asegurar mediante la fijación de cuota alimentaria. Es decir, que la tutela judicial efectiva (art. 8.1, CADH) de los derechos de la niña afectada se encuentra debidamente resguardada.

Dado que en la materia está entendiendo un magistrado con competencia especializada (fuero civil), no puede otro juez asumir idéntica competencia, pues ello importa el riesgo de adoptar sentencias contradictorias.

Por ello, votamos por revocar el segundo punto dispositivo de la resolución impugnada.

**El juez Sergio Delagado dijo:**

**Primera cuestión:**

En cuanto a la admisibilidad comparto lo expuesto por mis colegas, debiendo admitir formalmente el recurso obrante a fs. 36/43 y vta.







## **Segunda cuestión:**

En cuanto al embargo decretado en autos entiendo que asiste razón a la defensa. Ello en tanto ni la fiscalía, ni el magistrado de primera instancia han señalado los argumentos que permitan sostener que, en caso de recaer condena, podría corresponder imponer el máximo de la multa prevista por el art. 1 de la ley 13.944 y no el mínimo.

Tampoco se logró explicar por qué, en caso de recaer condena, será necesario el embargo preventivo para garantizar el pago de la multa pese a que se tiene conocimiento de que el imputado cuenta con trabajo formal desde el año 2014.

Repárese en que al tener seis hijos, de los cuales cuatro se encuentran a su cargo, sería factible que en caso de recaer condena bien pudiera corresponder que se lo autorice a satisfacer mediante trabajo y no en dinero efectivo la multa que pudiere corresponderle, o en cuotas (conf. art. 21 tercer párrafo del C.P).

En razón de ello, entiendo, corresponde revocar el embargo decretado.

Por ultimo respecto a la fijación de la cuota alimentaria, comparto lo expuesto por mis colegas preopinantes.

Por todo lo expuesto corresponde: 1) Hacer lugar al recurso presentado a fs. 36/43 y vta, y revocar lo resuelto a fs. 30/34 y vta. en todo cuanto fuera materia de agravio. Así voto.

En consecuencia, habiendo concluido el acuerdo, el tribunal por mayoría

## **RESUELVE:**

**I. CONFIRMAR** el punto I de la resolución de fs. 30/35, en cuanto el juez trabó embargo sobre un 10% del total bruto del sueldo de O. A. G, hasta cubrir la suma de \$ 25.000.





**Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires**  
Fuero Penal Contravencional y de Faltas

2019 - Año del 25º Aniversario del reconocimiento de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

**CÁMARA DE APELACIONES EN LO PCYF - SALA II**

**INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS "G, O. A. SOBRE 1 - INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR"**

**Número: INC 39620/2018-1**

**CUIJ: INC J-01-00089780-5/2018-1**

**Actuación Nro: 13062277/2019**

**II. REVOCAR** el punto II de la resolución de fs. 30/35, en tanto reguló alimentos provisorios a favor de la niña C. A. A. por el monto de \$ 2.500 mensuales, sobre la base del art. 26, inc. b.5 de la Ley de Protección Integral a las Mujeres.

Tómese razón, notifíquese a la Fiscalía de Cámara, a la Defensoría de Cámara y a la Asesoría Tutelar ante esta alzada bajo constancia en autos y, oportunamente, devuélvase el expediente a la primera instancia.

Sirva lo proveído de atenta nota de envío.

Ante mí



“Mercedes, 29 de Octubre de 2019. **AUTOS Y VISTOS:** Estos autos caratulados: “**D. F. S/ ABRIGO**” Expte. N° 6734) en trámite ante éste Juzgado de Familia N° 2, del Departamento Judicial Mercedes, traídos a despacho para resolver acerca de la adoptabilidad del niño causante peticionada por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de Chivilcoy y el Sr. Asesor de Incapaces interviniente, de los que, **RESULTA:** (...) **Y CONSIDERANDO:**(...) **1.-** Para ello, sería necesario contar con un tiempo adicional, **-condicionante para la vida de F.-**, tiempo que a la vez no asegura la superación de los obstáculos expuestos, **pues ella como víctima de violencia**, y la situación contextual por la que atraviesa también requiere de medidas de especial protección.- ( art. 1, 5, 8, 17, 26 de la Conv. Americana Derechos Humanos; art. 75 inc. 2 y 23 CN, ley 12.569, ley 24.417, ley 26485, ley 9.295) **Transcurrido ya un año y tres meses de la primer toma de la medida de Abrigo, nos hallamos frente a un niño institucionalizado** y con una progenitora víctima de violencia de género, que aun porta un sentimiento de indefensión y baja autoestima, de modo tal que no le posibilita esgrimir estrategia de autocuidado, ni de cuidado hacia su hijo (ver fs. 174, 179).- **2.- La decisión es ardua, todos los derechos involucrados son atendibles e importantes.-** La particular situación de dominación, sometimiento y control en que se encuentra la progenitora en relación a sus parejas, demanda para el caso un análisis global en el que se evalúe la totalidad de los intereses en juego y todo lo actuado hasta el presente.- **El comité de la CEDAW** definió a la violencia de género como “aquella dirigida a una mujer porque es mujer o que afecta a las mujeres en **forma desproporcionada**, incluye acciones que ocasionen daños o sufrimiento, físico, mental o sexual amenazas de tales acciones, coacción y demás privaciones de la libertad”.- Las formas de violencia que afectan a la mujer de manera “**desproporcionada**” son aquellas que ocurren con mas frecuencia contra la mujer o **que tienen un impacto especial sobre su vida.** (Chinkin, Christine, “Acceso a la justicia.”, genero y derechos humanos”, en violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres, 1° ed. Defensoría General de la Nación de Buenos Aires, 2012, p. 224/25). **La Asamblea General de la Naciones Unidas** determinó que constituyen violencia de genero contra la mujer aquellas acciones que provoquen “daño físico, sexual, psicológico, ya sea que ocurran en público o en el ámbito privado (Res.de la Asamblea Geral 48/104, 20 de diciembre de 2003. Declaración sobre la eliminacion de la violencia contra las Mujeres.) **Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)** ha aceptado que los delitos incluidos dentro de la categoría violencia contra la mujer **constituyen violaciones a los derechos humanos**, en virtud de la Declaración Americana y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y también de acuerdo a los términos más específicos de la Convención de Belem do Pará (“Caso Maria Gives Penha Maia Fernandez v.Brasil”, 12.051, informe 54/01, www.campoalgodonero.org.mx.) - **Tanto la Declaración de la Asamblea General sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer como la Convención de Belém do Pará**, proveen una lista no taxativa de las formas y manifestaciones de violencia contra la mujer y los ámbitos en los que ocurre: la familia (comprendida en un sentido extenso), la comunidad y el Estado. En éste rubro, la Convención de Belem do Pará, en el art. 2, afirma que: *se entenderá que la violencia contra la mujer incluye violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;* ... *‘Se puede afirmar que la violencia más frecuente es aquella que se ejerce contra las mujeres en su medio o entorno afectivo más cercano, el que por*



*otra parte las acoge y contiene, es el caso de la violencia sobre las mujeres por parte de sus cónyuges, convivientes, parejas, mediante golpes, amenazas, agresiones verbales, restricciones económicas, utilización de fuerza en relaciones sexuales, amenazas de muerte y hasta la muerte misma.. Por lo que se puede discurrir que violencia de género y violencia familiar no son lo mismo, aunque tengan puntos en común.- Autorizada doctrina tiene dicho que la violencia doméstica o familiar responde a un sentimiento de propiedad y de superioridad por parte de un miembro de la unidad familiar hacia otro y otros (ya sea su pareja, hijos, padres, etc).- (Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de DERECHO DE FAMILIA "violencia Familiar y Género" N° 75 Julio/2016, pág-76/93)*

**Las Convenciones internacionales han delegado** en el Estado Nacional, Provincial y Municipal la promoción y fortalecimiento inter-institucional para la **creación e implementación de servicios integrales de asistencia a las mujeres que padecen violencia y a las personas que la ejercen**, a fin e que den respuestas concretas -entre muchas otras- *prever presupuestos razonables, instituciones adecuadas, contención social y psicológica, subsidios económicos, refugios en la urgencia y viviendas para mujeres y sus hijos expulsados de sus hogares, ámbitos de cuidados de los niños/as y personas con discapacidad, posibilidad de acceder a puestos de trabajo*, que en su conjunto representen políticas adecuadas para responder integralmente a la problemática.- (Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de DERECHO DE FAMILIA "violencia Familiar y Género" N° 75 Julio/2016, pág-194) **3.\_ En el caso de autos es dable remarcar que M. ha contado desde el embarazo con el acompañamiento de diferentes efectores de múltiples instituciones (Centro Educativo Complementario Casa de la Mujer, S.Local, Servicio Zonal, Hogar de Abrigo, Operador Familiar (sonia Cancro9, Secretaria de Desarrollo Social, la Dirección de Niñez y Adolescencia, Caps, ..) que han adoptado las medidas tendientes a fin de brindarle protección, apoyo, contención, asistencia, auxilio, la han incluido en diferentes programas de prevención, e inserción social, tendientes a su fortalecimiento y a la protección de su Hijo Federico, y al reestablecimiento de la unidad familiar y a la relación materno-filial.- (confor. la CEDAW, la Convención de Belén do Pará, ley 26.485, ley 12.569, ley 26061 y 13298) (...) A pesar de todo ello no ha podido la progenitora sustraerse y superar la situación de violencia en la que se encuentra inmersa y lograr proteger a su hijo quien ha sido víctima y testigo de violencia y reasumir el rol materno .-** En cuanto a la Red de apoyo, se citaron y evaluaron diferentes familiares: **de modo tal que, según mi modo de ver se ha agotado la búsqueda de recursos dentro de la familia de origen, y los recursos institucionales que las leyes específicas prevén para contribuir, en los hecho que involucran a la infancia y a personas víctimas de violencia (...)** En éste caso y ante el cuadro precedentemente descripto, **en el que la progenitora aun no ha podido revertir su situación de vulnerabilidad** y así poder cuidar de su hijo, ni ha sido posible proporcionarles a F. atención alternativa dentro de la familia extensa, ni dentro de la comunidad en un entorno familiar adecuado, **corresponde privilegiar su superior interés** (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 23, C.D.P.D.; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y conchs. Constitución nacional; 2, 3 y conchs., ley 26.061; 1º, 11, 15, 36.2 y conchs., Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y conchs., ley 13.298; 384 y 850, C.P.C.C.). (...) **6.- La definición de la situación de F. es un derecho fundamental que no admite más dilaciones, y que en su caso, atento el vínculo afectivo existente entre la madre y el niño, la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentra su progenitora y en aras de proteger también sus derechos** llego a la convicción de que la solución que a todas luces resulta más acorde para la



armonización de todo los apreciables intereses puestos en juego (arts. 12, 13 y concs. de la CDN, 75 inc. 22 CN) **es la alternativa adoptiva sosteniendo el niño la vinculación con su progenitora, en el marco del llamado "Triángulo Adoptivo-Afectivo" que se presenta como la solución que mejor equilibra todos los derechos en pugna.** De igual modo con su tía T. y su referente afectiva M. M. quienes en la actualidad aún siguen sosteniendo los encuentros y las salidas con el niño.- (ver fs. 184, conf. arts. 7, 8, 9 de la CIDN, art. 11 de la Ley Nac. 26.061; arts. 3 y 9 de la Ley Pcial. 13.298, art. 2 inc. c) de la ley Pcial. 14.528). Esta solución adoptiva, NO penaliza ni sanciona a padres vulnerables, sino que es el instrumento adecuado para que el niño **desarrolle su personalidad en esa familia.**- La regla general es que la identidad en sus dos vertientes (estática y dinámica) se mantiene, desarrolla y consolida en la familia de origen o ampliada; **pero** el mismo derecho a la identidad también se satisface cuando la adopción entra a jugar porque la familia de origen, claramente no puede hacerse cargo de la crianza de un hijo. **La faz dinámica prima** por sobre la estática, **bregando porque el niño pueda desarrollarse y forjar su identidad** en un marco de contención y responsabilidad que otro grupo familiar puede brindarle a través de la adopción. (Marisa Herrera, Manual de Derecho de las Familias, Marisa Ed, Abeledo Perrot) **En éste complejo contexto factico-jurídico alcanzar éste equilibrio no es tarea nada sencilla en general, menos aun cuando involucra a progenitores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.**, el desafío de todos los organismos involucrados es el acompañamiento para el sostenimiento del "triángulo adoptivo" (niño, madre biológica, familia guardadora) **en la convicción que es la mejor alternativa para el sujeto más vulnerable de los involucrados, en el caso el Niño F.-** (Bossert, Gustavo A., El triángulo afectivo en la adopción, en Kemelmajer de Carlucci, Aida (directora) y Herrera, Marisa (coordinadora), La Familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a Cecilia P. Grosman, t. II, Rubinzal Culzoni Santa Fe, 2008, p. 85 y ss) Para dicho proceso de vinculación se brindan las siguientes pautas destinadas a establecer un procedimiento orientado a la efectiva comunicación de la madre biológica con su hijo que recaigan en cabeza de los organismos y Equipos Técnicos Interdisciplinarios intervinientes para brindar los medios y contribuir con la construcción y desarrollo de los vínculos familiares en el "triángulo adoptivo-afectivo propuesto"(CIDH caso "Forneron e Hija c7 Argentina" 27/4/12 párr.156 a 167.Ver Resolución de cumplimiento de la sentencia del 28/11/2018, párrs. 4º a 32) Por ello, en razón de lo expuesto, en concordancia con lo dictaminado por la Asesora de Incapaces y por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de Chivilcoy, considero que corresponde **declarar Judicialmente en Situación de Adoptabilidad, al niño F. D., sosteniendo el niño la vinculación con su progenitora, en el marco del llamado "Triángulo Adoptivo-Afectivo" quedando privados los progenitores de la responsabilidad parental.** (art. 700 inc. d) CcyC).- **Abrase paso** al discernimiento de la guarda con fines de adopción (art. 612, 700 inc. b CCyC), debiendo evaluarse una familia del listado de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción del Registro Central dependiente de la SCJBA **acorde a las necesidades del niño y lo resuelto, esto es, que sea facilitadora del contacto comunicacional del niño con su madre** (conf. Art.609 inc. C.C.C.; Ac. 3607/12 SCBA ). **POR ELLO**, en aplicación del art. 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, arts. 7, 8, 9, 20, 21 y afines de la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OB 14 del Comité de los Derechos del Niño, OC- 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley 26.378; arts. 607 inc. "c", 608, 609, 610 el C.C.C.,



Ley Nacional N° 26.061 y Ley Provincial N° 13.298; arts. 2, 7, 12, 13 y cctes. de la Ley Provincial N° 14.528, y de conformidad con la jurisprudencia y doctrina citada, lo dictaminado por el Sr. Asesor de Incapaces interviniente, **RESUELVO: I).- Declarar** judicialmente en situación de adoptabilidad al niño **F. D. DNI N°**, nacido el día de de en **(B)**, hijo de M. A. D. DNI N° . **II) Solicitar dentro del plazo de diez (10) días** la remisión del listado de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción al Registro Central dependiente de la SCJBA (conf. Art.609 inc.c del C.C.C.; Ac. 3607/12 SCBA) a fin de dar inicio en forma inmediata a la guarda con fines de adopción, a cuyo fin expídase una copia auténtica de la presente.- **III).-** Establecer las siguientes pautas y obligaciones destinadas a fijar los lineamientos orientados a la efectiva vinculación de la madre biológica con su hijo. **a)** el nombramiento de un equipo interdisciplinario para guiar e implementar el proceso de vinculación, estableciendo las visitas o días de encuentros. (Equipo del S.L. y/o del Hogar Convivencial, y/o de la Secretaría de Niñez y/o de la Defensoría Oficial) **b)** brindar los medios necesarios para el apoyo terapéutico permanente del niño, la progenitora y los guardadores- con profesionales expertos en vinculaciones.- **c)** la provisión de recursos materiales y condiciones que determine el equipo interdisciplinario para que se produzca el proceso de vinculación .- (pasajes, traslados., operadores), Desarrollo Social, M.P. de la Defensa).- **d)** la adopción de medidas administrativas y/o judiciales para que el proceso de revinculación se lleve a cabo, removiendo en su caso los obstáculos que impidan el desarrollo, garantizando que los guardadores faciliten, colaboren y participen del proceso de vinculación del niño con su madre biológica, su tía T. y su referente afectivo M. M., ordenando los actos procesales que establezcan las visitas o días de encuentro).- **e)** La consideración del bienestar, la opinión y voluntad del niño en cada momento del proceso, al margen de los intereses de los adultos. **f)** el deber de los guardadores de brindar a la madre biológica información periódica sobre los distintos aspectos de la vida del niño.- **g)** La presentación de informes periódicos y circunstanciados al juzgado con relación a las características, el desarrollo, los avances y retrocesos del proceso de vinculación.- **IV.- REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** mediante cédula al domicilio constituido en el despacho de la Defensoría Oficial Departamental, al Ministerio Pupilar en su público despacho, al SLPPDN de Chivilcoy y al SZPPDN de Mercedes por intermedio de oficio. María Rosana Brandoni, Jueza”.

JUZGADO DE FAMILIA N° 2 – MERCEDES Provincia de Buenos Aires.

*D. F. S/ ABRIGO* Causa. N°6734





fls. 90



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO REGIONAL II - SANTO AMARO**  
**15ª VARA CÍVEL**  
**AVENIDA DAS NACOES UNIDAS, 22939, São Paulo - SP - CEP**  
**04795-100**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

**SENTENÇA**

Processo Digital nº: **1002951-46.2020.8.26.0002**  
Classe - Assunto: **Retificação ou Suprimento ou Restauração de Registro Civil - Retificação de Nome**  
Requerente: **Paulo Henrique Sales Silva**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Vanessa Vaitekunas Zapater**

Vistos.

**PAULO HENRIQUE SALES SILVA** move a presente ação de retificação de registro com a finalidade de SUPRIMIR o patronímico SILVA e incluir patronímico do avô materno BESSA.

Explica que sofreu diversos abusos físicos e psicológicos de familiares paternos durante a infância, e por este motivo não deseja mais ostentar o patronímico paterno.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 10/52, complementados pelos documentos de fls. 74/83.

O Ministério Público manifestou-se pela procedência do pedido às fls. 88/89.

Relatados, decido.

O pedido é procedente.

**o1002951-46.2020.8.26.0002 - lauda 1**

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por VANESSA VAITEKUNAS ZAPATER, liberado nos autos em 20/08/2020 às 17:28. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1002951-46.2020.8.26.0002 e código C303A81.







**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO PAULO  
FORO REGIONAL II - SANTO AMARO  
15ª VARA CÍVEL  
AVENIDA DAS NACOES UNIDAS, 22939, São Paulo - SP - CEP  
04795-100  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Não há vedação legal para supressão de sobrenome nos moldes buscados pelo autor, tampouco para a inclusão do sobrenome do avô materno.

O nome, compreendido neste conceito tanto o prenome quanto o sobrenome, é direito inerente à personalidade da pessoa, tal qual estabelece o artigo 16 do Código Civil.

Sua natureza de direito subjetivo é apontada por Caio Mário da Silva Pereira ao mencionar que “o nosso direito, não obstante o silêncio do Código Civil de 1916, sempre pendeu para definir o nome como um direito, designativo do indivíduo, e fator de identificação”<sup>1</sup>.

Trata-se de um dos aspectos do direito à individualidade, ligado intimamente à dignidade da pessoa humana (Constituição da República, artigo 1º, III).

A esse respeito, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior comentam que “O direito à identidade pessoal, titularizado pelo sujeito, pode ter como objeto dessa proteção (dentro o rol dos objetos do direito de personalidade – ou melhor, de humanidade) aspectos de potência intelectual (inteligência, liberdade, dignidade) ou aspectos de potência sensitiva (autoestima, memória) do ser humano. O direito ao nome, bem como à identidade pessoal, é decorrência do princípio da dignidade humana”<sup>2</sup>.

Pode-se dizer que o efetivo exercício dos direitos humanos à identidade pessoal e à dignidade pela pessoa está intimamente ligado ao uso

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – volume I**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Página 208.

<sup>2</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. **Código Civil Comentado**. 17ª edição. São Paulo: RT, 2017. Página 371.



fls. 92



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO PAULO  
FORO REGIONAL II - SANTO AMARO  
15ª VARA CÍVEL  
AVENIDA DAS NACOES UNIDAS, 22939, São Paulo - SP - CEP  
04795-100  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

do nome, de modo que é imprescindível a adequação deste a seu objetivo primordial.

No que diz respeito ao uso do nome, para realização dos direitos à personalidade e à dignidade não basta que ao indivíduo seja atribuído qualquer nome. É necessário que o nome ostentado pela pessoa confirme sua identidade e sua dignidade, sem o que o direito se transmuta em fardo. O nome que se revela contrário à dignidade de quem o carrega acaba por ofender o direito que, por definição, deve preservar. O uso de nome que confirme a dignidade e a identidade recebe, assim, caráter de direito humano.

Cabe lembrar a lição de Oscar Vilhena Vieira, ao ensinar sobre o conceito de dignidade da pessoa humana diz que “o princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios”<sup>3</sup>.

O uso do nome, portanto, deve ser visto como direito fundamental e, deste modo, é incompatível com a objetificação de quem o ostenta. Seu uso e sua imutabilidade, ao servir a interesses alheios, não pode se sobrepor à dignidade do indivíduo.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em parecer consultivo sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação entre casais do mesmo sexo, asseverou que “O nome como um atributo da personalidade, constitui uma expressão da individualidade e visa afirmar a identidade de uma pessoa perante a sociedade e as ações contra o Estado. Com ele, procura-se conseguir que cada pessoa tenha um sinal distintivo e

<sup>3</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. Página 67.

o1002951-46.2020.8.26.0002 - lauda 3





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO PAULO  
FORO REGIONAL II - SANTO AMARO  
15ª VARA CÍVEL  
AVENIDA DAS NACOES UNIDAS, 22939, São Paulo - SP - CEP  
04795-100  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

singular frente às demais, com o qual pode ser identificado e reconhecido. É um direito fundamental inerente a todas as pessoas pelo simples fato de sua existência. Além disso, este Tribunal indicou que o direito ao nome (reconhecido no art. 18 da Convenção e também em vários instrumentos internacionais) constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa, sem o qual ela não pode ser reconhecida pela sociedade nem registrada perante o Estado. (...)”<sup>4</sup>

Sobre o tema, estabelece o Pacto de San Jose da Costa Rica:

“Artigo 18. Direito ao nome

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”.

Cabe ao Estado assegurar que os indivíduos possam viver com dignidade. Incumbe do mesmo modo ao Estado assegurar a todas as pessoas o direito ao nome.

Acerca deste ponto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, ao decidir sobre o direito à modificação dos registros e documentos de identidade de pessoas transgêneras discorreu que “o Estado deve abster-se de interferir em condutas que não prejudicam a terceiros e, ao mesmo tempo, buscar viabilizar as concepções e os planos de vida dos indivíduos, preservando a neutralidade estatal”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> [Corte IDH. OC 24/2017, Parecer consultivo sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação entre casais do mesmo sexo, de 24-11-2017, solicitado pela República de Costa Rica. Tradução livre. Resumo oficial.

<sup>5</sup> ADI 4.725. Julgado em 01.03.2018. DJe 07.03.2019.



fls. 94



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO PAULO  
FORO REGIONAL II - SANTO AMARO  
15ª VARA CÍVEL  
AVENIDA DAS NACOES UNIDAS, 22939, São Paulo - SP - CEP  
04795-100  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Conclui-se, assim, que é dever do Estado garantir que o uso do nome pelo indivíduo represente a ele garantia e confirmação de sua identidade e dignidade, de modo que a modificação de nome almejada com a finalidade de preservar ou restabelecer a dignidade da pessoa humana, salvo se prejudicial a direitos de terceiros (e apenas no que se limitar a isso), não pode ser impedida pelo Estado que, ao contrário, tem o dever de agir para asseguar-la.

É sob este prisma que se interpreta a Lei 6.015/73, que de outra forma, caso representasse perigo ao exercício da dignidade da pessoa humana, não poderia ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

São diversas as hipóteses legais para alteração do sobrenome. Com efeito, o casamento (Código Civil, artigo 1.565, §1º), o divórcio (Código Civil, artigo 1.571, §2º), a adoção (ECA, artigo 47, §5º), o reconhecimento de paternidade socioafetiva (Lei 6.015/73, artigo 57, §8º).

O reconhecimento da paternidade após o registro civil, a qualquer tempo, gera também o direito do filho ao acréscimo do sobrenome paterno, ainda que a hipótese não esteja expressamente prevista na lei. A prática decorre do disposto no artigo 55 da Lei 6.015/73, interpretado, evidentemente, à luz da Constituição de 1988, de acordo com a qual não pode haver preponderância do sobrenome paterno sobre o materno.

Da análise das diversas possibilidades de modificação do sobrenome, não há outra conclusão compatível com a necessária garantia ao direito à dignidade do autor senão a de que o requerimento formulado na inicial é possível e deve ser aceito.

o1002951-46.2020.8.26.0002 - lauda 5

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por VANESSA VAITEKUNAS ZAPATER, liberado nos autos em 20/08/2020 às 17:28 .  
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1002951-46.2020.8.26.0002 e código C303A81.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO REGIONAL II - SANTO AMARO**  
**15ª VARA CÍVEL**  
AVENIDA DAS NACOES UNIDAS, 22939, São Paulo - SP - CEP  
04795-100  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Ora, se é garantido à pessoa casada o direito de suprimir um dos sobrenomes de família, desde que mantenha algum, o mesmo direito é de ser garantido à pessoa solteira, uma vez que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (Constituição da República, artigo 5º, *caput*).

Por qualquer ângulo que se analise a questão, a única conclusão compatível com a garantia dos direitos humanos do autor, assegurados na Constituição da República, é pelo acolhimento do pedido.

Não vislumbro necessidade de prova da humilhação ou do vexame descritos na inicial, porque não se trata de pedido de alteração de prenome, para cujo acolhimento o artigo 57 da lei 6.015/73 exige demonstração de excepcionalidade e motivação específica.

A alteração de sobrenome, em todos os casos descritos acima, independe de justificativa, razão pela qual entendo que o pedido formulado no presente caso, da mesma forma, prescinde de motivação específica.

Por fim, é importante deixar assente que a supressão do sobrenome Silva, e o acréscimo do sobrenome Bessa, conforme requerido, em nada prejudicará a identificação do autor para fins legais, na medida em que é mantido o sobrenome materno, e também porque a identificação civil é composta por outros elementos mais estáveis, tais como o número do CPF e do RG, que não se alterarão.

Por todo o exposto, por ser do Estado o dever de assegurar os direitos de personalidade do autor, inclusive o uso do nome, e por não haver qualquer vedação legal para supressão do patronímico paterno, desde

o1002951-46.2020.8.26.0002 - lauda 6



fls. 96



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO REGIONAL II - SANTO AMARO**  
**15ª VARA CÍVEL**  
**AVENIDA DAS NACOES UNIDAS, 22939, São Paulo - SP - CEP**  
**04795-100**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

que preservado ao menos um sobrenome familiar, e tendo em vista ainda que não se vislumbra qualquer prejuízo a terceiro, impõe-se o acolhimento do pedido.

Posto isto, julgo PROCEDENTE o pedido para determinar a SUPRESSÃO do sobrenome Silva do nome do requerente, e acréscimo do sobrenome Bessa, que passará a se chamar PAULO HENRIQUE SALES BESSA. Extingo o processo com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Ciência ao Ministério Público.

Custas na forma da lei. Não há condenação em honorários por se tratar de ação de jurisdição voluntária.

Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado de averbação.

R.P.I.

São Paulo, 20 de agosto de 2020.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,  
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

o1002951-46.2020.8.26.0002 - lauda 7



## Título

**Supremo Tribunal Federal suspende a reintegração de posse em desfavor Comunidade Indígena Pataxó de Ponta Grande durante o período da pandemia de Covid19.**

## Síntese fática e jurídica

Trata-se de reclamação constitucional ajuizada pela Defensoria Pública da União do Estado da Bahia em face da decisão proferida pelo Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Eunápolis – BA, nos autos da ação possessória nº 1001524-13.2020.4.01.3310, cujo teor violou a autoridade de julgado do Egrégio Supremo Tribunal adotado como solução no Recurso Extraordinário RE 1017365/SC, o qual determinou “*a **suspensão nacional** dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso*”.

Nos autos do processo, o Juízo Federal de 1ª instância, acolhendo os argumentos lançados pelos autores, expediu mandado de reintegração de posse em desfavor da Comunidade Indígena Pataxó de Ponta Grande para desocupação da área em litígio no prazo de 05 dias.

A Defensoria Pública da União, além de apontar que a área vindicada pelos particulares teria indícios estar inclusa em procedimento demarcatório, recorreu ao Supremo Tribunal Federal, alegando a ausência de razoabilidade da retirada compulsória de grupos ou pessoas vulneráveis do seu lugar de moradia durante a grave crise sanitária vivenciada pela pandemia de Covid-19 bem como a maior suscetibilidade – comprovada por especialistas - dos indígenas, inclusive os não aldeados, ao novo Coronavírus. Trouxe a decisão proferida no RE 1017365/SC, a qual determinou a suspensão nacional dos processos judiciais que versam sobre ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas. E, por fim, referiu a previsão dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal, os quais reconhecem o direito originário dos índios (declaratório, e não constitutivo) sobre as terras tradicionalmente ocupadas e as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural.

## Da decisão





O Supremo Tribunal Federal, acolhendo o pedido liminar, determinou a suspensão da reintegração de posse em favor do particular, sob o fundamento de violação da autoridade da decisão proferida que determinou a suspensão de reintegração de posse em favor de comunidades indígenas no período de pandemia (Tema 1301) bem como reconheceu a existência de perigo na demora da apreciação judicial devido à iminência do cumprimento da determinação judicial de desocupação da área pela comunidade indígena.

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5992903>

### **Título**

**É vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório**

### **Síntese fática e jurídica**

O caso diz respeito a um cidadão da Tanzânia condenado, em 2003, por uso de documento falso (artigo 304, combinado com o 297 do Código Penal). Após o cumprimento da pena, foi instaurado inquérito policial para expulsão que, em 2006, resultou em portaria do Ministério da Justiça determinando sua saída do país.

No Recurso Extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a União questionava decisão anterior do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que havia proibido a expulsão, levando em conta os princípios da proteção do interesse da criança previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Segundo a União, a legislação da época só vedava a expulsão se a prole brasileira fosse anterior ao fato motivador, e impedir sua efetivação contrariaria a soberania nacional, pois se trata de ato discricionário do presidente da República.

No caso a Defensoria Pública da União (DPU), atuou como *amicus curae* e sustentou perante a Egrégia Corte que não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que a motivar. Na manifestação apresentada ao STF, a DPU sustentou que entendimento em sentido contrário violaria o direito constitucional do convívio afetivo-familiar (§§ 3º a 5º do art. 2261 e o § 6º do art. 227 da Constituição Federal), o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária (art. 227, caput, da Constituição da República) e o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229 da Constituição da República). A mesma argumentação também apresentada a luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Apontou, ainda, a ausência de razoabilidade na distinção que permite a expulsão pela existência de filhos antes do fato motivador, e não após o ato motivador, bem como a violação ao direito à igualdade.

### **Da decisão**



O julgamento do RE 608898 iniciado em 2018 e concluído no ano de 2020, fixou a seguinte tese “O § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório, uma vez comprovado estar a criança sob guarda do estrangeiro e deste depender economicamente”.

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3838306>

### **Decisão judicial anula efeitos de decreto presidencial que extinguiu cargos remunerados de perito do Mecanismo Nacional de Combate e Prevenção à Tortura**

#### **Síntese fática e jurídica**

Em março de 2019, a Presidência da República retirou do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura a possibilidade de remuneração dos seus peritos, enfraquecendo a sua estrutura e deixando os peritos na condição de membros honoríficos e voluntários.

A Defensoria Pública da União moveu ação civil pública objetivando que os efeitos do Decreto 9831/2019 não minorassem a estrutura do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. A tese defendida foi no sentido de que estatuir a condição de perito do Mecanismo como voluntária importaria em descumprimento de tratado ratificado pelo Brasil e assim violaria a lei e a Constituição, inclusive porque os tratados e convenções no país, quando tratam de direitos humanos, adquirem a condição de estarem dentro do que se chama de bloco constitucional. Em resumo, o Protocolo Aditivo teria status jurídico direito fundamental.

#### **Decisão**

A decisão judicial, mantida em grau de recurso, anulou os efeitos de Decreto Presidencial nº 9831/2019 que retirou do âmbito do Ministério dos Direitos Humanos cargos que previam a remuneração para os peritos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

<https://www10.trf2.jus.br/portal/wp-content/uploads/sites/28/2019/08/agravo-de-instrumento-50068936020194020000.pdf>



**Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa. El no haber incorporado al juicio la orden judicial de arresto nocturno con su debida justificación y limitación en cuanto a las facultades que esta confiere, impide considerar que los funcionarios policiales actuaron conforme a derecho al ingresar al domicilio y registrarlo. Lo anterior, se funda en que la legislación ha establecido como obligación el que las órdenes judiciales que limiten derechos fundamentales deben respaldarse y la prueba de ellas corresponde al Ministerio Público, ya que la existencia de la autorización supedita la legalidad de su actuación. No contraviene lo anterior el que supuestamente, la propietaria permitiera el ingreso, ya que su consentimiento esta viciado por el proceder inicialmente irregular de Carabineros. (CS 2020.06.15 ROL 30709-20).**

**Norma asociada:** L20000 ART. 4; L20000 ART 1; CPP ART. 373 a; CPP ART. 374 e; CPP ART. 342 c; CPP ART. 297; CPP ART. 9; CPP ART. 36; CPP ART. 205; CPP ART. 39; CPP ART. 97; CPP ART. 206; CPR ART. 377; CPR ART. 384; CPR ART. 19 N°4; CPR ART. 19 N°5; CPR ART. 6; CPR ART. 7; L14908 ART. 14.

**Tema:** Principios y Garantías del Sistema Procesal en el CPP; Garantías constitucionales.

**Descriptor** Violación de morada; Autorización judicial; Exclusión de prueba; Funcionarios públicos; Registro de actuaciones; Registro domiciliario.

**SINTESIS.** La Corte Suprema acogió recurso de nulidad interpuesto por la defensa. Dicho recurso contiene como causal principal la vulneración de las garantías de inviolabilidad del hogar y privacidad, toda vez que funcionarios policiales ingresan sin orden ni autorización de la dueña a la vivienda, lugar en el cual avistan un arma de fuego, cartuchos y sustancias ilícitas. Como causal subsidiaria la defensa denuncia la infracción a los principios de las máximas de la experiencia y de la razón suficiente, toda vez que la sentencia dota de valor probatorio las declaraciones policiales, las que no fueron concordantes respecto al momento en que se obtuvo la autorización de la dueña de casa para el ingreso. En el mismo sentido, la defensa sostiene que la sentencia incurre en dicho vicio cuando entiende que el ingreso es justificado por existir una orden de arresto nocturno emanada de Tribunal de Familia, la cual no fue incorporada a juicio. Al respecto la Corte señala: (1) Los Tribunales de Familia cuentan con autorización legal para decretar ordenes de arresto nocturno en aquellos casos en que, habiéndose fijado obligación de alimentos, el alimentante incumpliere. Incluso en el ejercicio de dicha potestad puede la policía contar con autorización para allanar y descerrajar el domicilio del demandado; (2) La existencia de dicha facultad debe ser reconocida, empero también debe serlo el que debe acreditarse la existencia de dicha autorización, no resultando posible afirmarse que esta existió por la sola declaración de los funcionarios policiales. Lo anterior es relevante toda vez que no solo no se acreditó su existencia, sino que, y como consecuencia lógica, tampoco se probó los alcances que esta habría fijado para el actuar policial; (3) Puesto que se trata de una orden de restringe los derechos fundamentales debe siempre controlarse jurisdiccionalmente la proporcionalidad entre los intereses en juego, y, posteriormente, debe consignarse todo aquello que se tuvo a la vista para otorgar el mandato y qué límites establece el mismo para efectuar la actividad; (4) No habiéndose podido probar la existencia del mandato, no puede sino dudarse de, a lo menos la entidad de sus basamentos; (5) La Corte entiende que los policías se han extralimitado en sus funciones, ya que, sin contar con autorización judicial, deciden ingresar al domicilio, presuntamente contando con la venia de la propietaria, pero para efectos de verificar si se encontraba en el inmueble la persona buscada, momento en el cual, nuevamente de forma autónoma, deciden registrar el lugar encontrando las especies ilícitas en virtud de las cuales se detuvo a todos los presentes en el domicilio. Atendido lo



anterior, la Corte entiende que el ingreso y registro del domicilio fue ilegal, ya que, no se probó suficientemente la existencia de la orden, ni la autorización de la propietaria para que accedieran los funcionarios policiales a la vivienda, con lo cual también son ilegales todas las diligencias desarrolladas como consecuencia del ingreso irregular. En el mismo sentido, señala la Corte que es obligación del Ministerio Público probar la existencia de la orden pertinente, toda vez que a ella se supedita la legitimidad de su actuación, lo contrario -que la defensa prueba que no existió tal orden- supondría exigir la prueba de un hecho negativo. Por lo anterior, la Corte resuelve invalidar la sentencia y el juicio oral, ordenando se reestablezca la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral con la exclusión del auto de apertura de la prueba de cargo. **(Considerandos: 6, 7, 10 y 14)**

## TEXTO COMPLETO

Santiago, quince de junio de dos mil veinte.

### VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, por sentencia deonce demarzo de dos mil veinte, en los antecedentes RUC 1800413406-7, RIT288 - 2019, condenó a **D.A.S.T.**, en su calidad de autordel delito consumado de tráfico ilícito de sustanciasestupefacientes osicotrópicas en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo4 enrelación con el artículo 1, ambos de la Ley N° 20.000, perpetrado en PuenteAlto el día27 de abril de 2018, a la pena de quinientos cuarenta y un días depresidio menor en sugrado medio, accesorias legales de suspensión de cargou oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de una multaascendente a una unidad tributaria mensual.

También se absolvió a T.A.S.T. como autora de losdelitosconsumados de tenenciailegal de arma de fuego prohibida y tráfico deestupefacientes en pequeñas cantidades,ocurridos el día 27 de abril de 2018en Puente Alto y a K.A.A.S. comoautora del delitoconsumado de tráfico de estupefacientes en pequeñas cantidades, acaecidoese día 27 deabril de 2018, en la misma comuna.

La defensa del sentenciado **D.A.S.T.** dedujorecurso de nulidad contra la indicadasentencia el que se conoció en laaudiencia pública de veintiséis de mayo pasado,convocándose a losintervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy.

### CONSIDERANDO:

**Primero:** Que el recurso de nulidad se funda -en forma principal- en lacausal delartículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en lainfracción sustancial, encualquier etapa del procedimiento o en la sentencia,de derechos o garantías aseguradospor la Constitución Política o por lostratados internacionales ratificados por Chile que seencuentran vigentes,señalando que en la especie se vulneró el derecho del imputado a laintimidad e inviolabilidad del hogar consagrado en el artículo 19 números 4 y 5 de laCartaFundamental.

Explica que la infracción consiste en que, conforme lo señalan losfuncionariospoliciales, la detención de los imputados se produjo cuandooficiales de Policía delInvestigaciones concurren hasta avenida XXX N° XX, población XXX, con el propósito dedar cumplimientoa un orden de arresto nocturno decretada mediante oficio 271-2018 porelJuzgado de Familia de Puente Alto, respecto de Julio César Ovalle Tordecilla,conviviente de la detenida T.S.T. En ese entendido llegan losfuncionarios policiales al domicilio a las07:05 horas y se contactan con lamencionada T.A.S.T., quien manifestó que el sujetobuscado salió en la madrugada y autorizó el ingreso al domicilio. Una vez en elinterior deldomicilio, los funcionarios se percatan que sobre el sofá seencontraba un arma y en unamesa había droga. En aquel instante unfuncionario, el sub inspector César Olave Arellano,logra determinar que en unahabitación contigua se encontraban otras dos personas, K.A.Sy el acusado D.S.T., quien arroja bajo una cama unabolsa que contenía trescientos cuarentay cinco



envoltorios de papel que habría contenido pasta de cocaína base, con un peso bruto de 69,56 gramos.

Sin embargo, la defensa afirma que el ingreso al inmueble y el consiguiente registro fueron irregulares, ya que no contó con la autorización de la T.S.T., ni tampoco con autorización judicial competente para otorgarla, haciendo presente que se declaró la ilegalidad de la detención.

Concluye solicitando se declare la nulidad del juicio y de la sentencia, determinado el estado en que debe quedar el procedimiento, ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado, para que este disponga la realización de un nuevo juicio oral, excluyendo la totalidad de las pruebas.

**Segundo:** Que en forma subsidiaria a la causal ya enunciada, la defensa postula la configuración de la hipótesis de nulidad consagrada en el artículo 374 e) del Código Procesal Penal, señalando que en la especie se omitió el requisito contemplado en la letra c) del artículo 342 del mismo cuerpo legal, en relación con lo dispuesto en el artículo 297 del citado Código.

Explica que en este caso se han infringido los principios de las máximas de la experiencia y de la razón suficiente, por cuanto la sentencia impugnada ha sido pronunciada adoleciendo de una errónea valoración de la prueba rendida, la que consiste en que el tribunal señala que existe concordancia y armonía entre las declaraciones de todos los testigos, pero los funcionarios policiales no son claros respecto de la oportunidad en que se suscribió el acta de autorización.

La sentencia incurre en otro error de razonamiento, dando por existente una facultad que la Policía no tenía en el momento, pues la valoración de prueba en lo que se refiere a la facultad que tendrían los funcionarios policiales para ingresar al domicilio de su representado, emanada de una orden de arresto despachada por un Juzgado de Familia de Puente Alto, no se incorporó, por lo que hay una falta de prueba.

Esta falta de prueba constituye en sí misma una infracción al principio de la razón suficiente, toda vez que el Tribunal está dando por probado una facultad que no está seguro que existía en el marco del contexto de una orden de arresto.

Pide se acoja el recurso de nulidad, se anule el juicio y la sentencia, determinado el estado en que debe quedar el procedimiento, ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado, para que este disponga la realización de un nuevo juicio oral.

**Tercero:** Que la defensa en la audiencia de la vista del recurso se desistió de la prueba ofrecida para acreditar los supuestos de la causal principal invocada.

**Cuarto:** Que en el libelo de nulidad se señala como fundamento fáctico de la causal invocada en forma principal que la infracción al debido proceso se habría producido porque en autos la recolección de prueba inculcatoria proviene de una diligencia de una orden de arresto emanada del Juzgado de Familia, que permitía la entrada y registro sin que obreen el proceso antecedente que de cuenta de su existencia, toda vez que ella no fue incorporada en el juicio oral, como también a la inexistencia de la autorización otorgada por la acusada T.S.T. En consecuencia, la actuación investigativa se ejecutó con infracción a lo dispuesto en los artículos 9, 36 y 205 del Código Procesal Penal, lo que trasciende a toda la evidencia obtenida con posterioridad al acto inicial viciado.

**Quinto:** Que en la especie, se objeta la realización de una diligencia intrusiva de la cual se extrajo la prueba que ha inculcado al recurrente, señalando que todo ello ha sido al margen de lo preceptuado en la Constitución Política de la República y en la ley, desde que se impugna la ausencia de la orden de arresto emanada de autoridad judicial, la que autorizaba la entrada y registro al domicilio del acusado, lo que permite a la defensa dudar de su existencia, o al menos de sus términos y alcance, aspectos todos que afectan la legitimidad de lo recogido en la diligencia practicada con su mérito, lo que también acontece con la autorización de la coimputada T.S.T., pues conforme lo expresa la defensa tal consentimiento no existió.





Al efecto, la sentencia desecha la defensa alegada en tales sentidos, señalando que "... en apoyo de su teoría rindió la documental consistente en copia del acta de la audiencia de control de la detención de los acusados, defecha 27 de abril de 2018, en la que se consigna como actuaciones efectuadas la declaración de la ilegalidad de la detención de todos los imputados y la negativa del tribunal a decretar a su respecto alguna medida cautelar. En relación al aludido documento, cabe hacer presente que tratándose de un resumen de lo actuado en la respectiva audiencia, en él no se contienen los fundamentos en virtud de los cuales el tribunal declaró ilegal la detención de los acusados, no siendo de ningún modo posible desprender de su lectura, ni aún indirectamente, que ello dijera relación con un ingreso irregular de los policías al domicilio, como pretendió hacer ver la defensa, no siendo ese el único vicio o defecto que permitiría efectuar tal declaración.

Por su parte, la acusada T.S. hizo uso de su derecho a guardarse silencio, desconociéndose por tanto su propia versión de los hechos en este punto, siendo ella la única persona distinta de los funcionarios policiales, presente en ese momento.

Los funcionarios policiales Barrera, Olave y Contreras, fueron claros en indicar que se encontraban diligenciando una orden de arresto por no pago de alimentos en contra de un sujeto llamado Julio César Ovalle y que al llamar a la puerta del domicilio consignado en la orden los atendió T.S., a quien le explicaron lo que buscaban, la cual les manifestó que la persona requerida efectivamente vivía en ese lugar pero que desconocía si se encontraba en ese momento. Todos fueron contestes además en que dicha persona autorizó voluntariamente el ingreso y que firmó el acta correspondiente, sin embargo la defensa cuestionó la voluntariedad de la autorización, sosteniendo que la misma se suscribió con posterioridad a la realización de todo el procedimiento.

Al respecto, el testigo Barrera señaló que la encargada del domicilio T., autorizó bajo acta el ingreso y los acompañó durante el registro, describiendo el inmueble como una casa cerrada, tal como muestran las fotografías 1 y 2 del set incorporado, indicándose que el acta se llenó en el mismo momento y con tranquilidad, luego de señalarle a ésta que necesitaban ingresar, precisándose por parte de César Olave que el decreto incluso le facultaba el ingreso, añadiendo el funcionario Contreras Contreras, que el acta se confeccionó luego de ingresar al inmueble en virtud de su autorización verbal, pero previo al registro.

Pues bien, del mérito de los antecedentes antes expuestos, aparece que aun cuando para el ingreso los funcionarios policiales hubieran requerido autorización a la encargada del domicilio, ello era innecesario al estar facultados en virtud de la orden de arresto emanada del tribunal de familia competente, para entrar en él, cuyo contenido exacto si bien no fue incorporado, se desprende de lo declarado por César Olave, y de la falta de todo otro antecedente en contrario, siendo en este sentido irrelevante la voluntariedad o no de dicha autorización.

Posteriormente y ante el hallazgo casual de la droga y el arma de fuego, que se encontraban a plena vista en el living comedor, el procedimiento dejó de ser el diligenciamiento de la orden de arresto, pasando a ser un procedimiento de flagrancia, de conformidad a la letra a) del artículo 130 del Código Procesal y Penal, lo que les permitía efectuar el registro del inmueble y detener a los presuntos autores de los ilícitos...." (fundamento 10º de la sentencia recurrida).

**Sexto:** Que, sin embargo, semejante argumentación olvida el sistema de contrapesos y frenos en salvaguarda de los derechos del imputado, por lo que los tribunales de justicia deben registrar las resoluciones (artículos 39 y 97 del Código Procesal Penal) así como la obligación de fundar lo decidido (artículo 36 del mismo texto); deber que también alcanza a los Tribunales de Familia respecto a las órdenes de arresto, conforme al artículo 14 de la Ley 14.908 que dispone que el tribunal que hubiere decretado alimentos por resolución que cause ejecutoria, si el alimentante no hubiere cumplido su obligación, deberá, a petición de parte o de oficio y sin necesidad



de audiencia, imponer al deudor como medida de apremio, el arresto nocturno, estableciendo la disposición citada que el tribunal si lo estima estrictamente necesario, podrá facultar a la policía para allanar y descerrajar el domicilio del demandado y ordenará que éste sea conducido directamente ante Gendarmería de Chile. En ese caso, la policía deberá intimar previamente la actuación a los moradores, entregándoles una comunicación escrita o fijándola en lugar visible del domicilio. Por ello, no resulta admisible que los juzgadores desechen la defensa afincada en la demostración de una omisión en el cumplimiento del deber de registro, sosteniendo por una parte que ha debido acreditarse no sólo la inexistencia de la resolución que dio lugar al orden de arresto, que autorizaba la entrada y registro al domicilio del acusado, toda vez que ella no resulta pertinente para los fines debatidos, resultando llamativo que los referidos sentenciadores no se detengan a preguntar sobre la efectividad de la orden presuntamente despachada y sus alcances, bastándole la aseveración de su existencia por parte de los funcionarios policiales, los que no precisan los términos de aquella orden de arresto.

**Séptimo:** Que el cumplimiento de esta obligación de registro de la resolución que dispone una diligencia que priva, restringe o perturba derechos que la Constitución asegura a los ciudadanos no admite excepciones como tampoco lo hace la satisfacción de las cargas de similar entidad que afectan a la policía y al Ministerio Público, y ello es así por tratándose de medidas que afectan garantías fundamentales, su procedencia ha de estar supeditada a un examen estricto de los intereses en juego, esto es, un análisis de proporcionalidad entre la afectación a producirse, la entidad de los bienes que aconsejan al persecutor a solicitarla y la de los antecedentes que la sustentan, aspectos todos que son cautelados a través del control judicial de su procedencia, sin que tal labor de tutela se agote en su otorgamiento ya que ha de satisfacerse además la obligación de consignar tal mandato, con sus particularidades, así como todo aquello invocado para justificar su procedencia.

En tales condiciones, la ausencia de su respaldo permite legítimamente dudar sobre la existencia o -a lo menos- entidad de cualquiera de tales factores, privando al pilar del procedimiento -como es el caso- del necesario fundamento.

**Octavo:** Que, en ese orden de cosas, también debe resolverse si resulta lícito a la luz de nuestro ordenamiento jurídico que la policía en el marco de un procedimiento para ejecutar una orden de arresto cuya existencia se duda o al menos sus facultades, como el que los llevó al lugar de los hechos, de forma autónoma ingrese a un inmueble con autorización de quien prima facie aparece como la dueña o encargada del lugar con el objetivo declarado de revisar si la persona afectada por esa orden se encontraba en el lugar, obteniendo ese consentimiento en base a ello, y, en ese contexto, por sí y ante sí el personal decida revisar las dependencias del inmueble bajo la excusa de buscar a ese individuo encontrando un arma de fuego, cartuchos y cocaína base.

**Noveno:** Que de lo expuesto en la sentencia, referido en el motivo quinto, aparece que para los jueces de fondo los funcionarios policiales estaban facultados para ingresar al domicilio precisamente para cumplir una orden de arresto, en la que se autorizaba la entrada y registro del inmueble, cuya existencia y términos de la misma no fueron acreditados, por lo que la autorización de la encargada requerida por ellos era innecesaria, siendo, en consecuencia, irrelevante la voluntariedad de T.S.T.

**Décimo:** Que, sin embargo, tal conclusión resulta inadmisibles para este tribunal, ya que ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

Lo anterior es así porque "sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es,





innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”. (Vives Antón: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, Jornada sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Thompson Aranzadi, 2004, página 947).

Semejante comprensión de los intereses en juego en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, tiene su adecuada recepción en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el “juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales”.

**Undécimo:** Que conforme lo expresado, resulta que en la especie el personal policial se extralimitó pues, a diferencia de lo que razonan los jueces de instancia, no estaban actualmente ejecutando orden de arresto alguna y, dentro de ese ámbito, decidieron autónomamente, sin instrucción alguna, ingresar al domicilio para registrarlo, obteniendo aparentemente, en base a tal orden, de quien aparecía como propietaria o encargada la autorización respectiva para ese específico propósito, y en ese cometido –ya dentro de la propiedad– decidieron registrar o revisar todo el inmueble encontrando el arma, las municiones y la cocaína base, pero excediendo el marco de la autorización por ellos mismos solicitada y que los habilitaba para encontrarse con justo derecho al interior del inmueble sin orden judicial ni existencia de signos evidentes de delito o llamadas de auxilio, como aluden los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal.

En consecuencia, por invocarse autorización de ingreso sin la existencia de indicio alguno de la comisión de un delito, el registro del interior del domicilio o morada resulta a todos luces desproporcionado y excesivo en el contexto en que los hechos se verificaron, por lo que es dable concluir que la policía se extralimitó de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador.

**Duodécimo:** Que conforme lo expresado, la defensa ha demostrado suficientemente las infracciones acusadas, omisión que priva de sustento al procedimiento incoado respecto del recurrente al infringir el estándar mínimo acerca de la existencia de la referida orden y sus términos, así como la autorización obtenida en base a ella de la encargada del inmueble, por lo que atendido que la sentencia solo intenta salvar semejante falencia apoyada en conjeturas que no se fundan en la prueba rendida, resulta forzoso concluir que los agentes policiales ejecutaron un ingreso y registro del domicilio del recurrente al margen de la ley, porque no se ha demostrado de manera prescrita en ella la autorización para actuar de la forma que se ha dicho, lo que de manera irregular les sirvió para ingresar al inmueble del imputado y proceder a su detención.

**Décimo tercero:** Que a resultas de lo verificado, cuando la policía ingresó al domicilio del inculcado e incautó evidencias de cargo, todo lo obrado al interior de ese inmueble adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleado en juicio y tampoco ha debido ser valorado como elemento de prueba en su contra, puesto que de lo contrario se violenta su derecho garantizado en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes reconocidos por este país a un proceso y una investigación previas racionales y justas.

En relación a este tópico, lo cierto es que pesa sobre el Ministerio Público la obligación de demostrar la satisfacción de todos los requisitos señalados en la Constitución y la Ley respecto de las actuaciones intrusivas dispuestas y practicadas,



por lo que la orden que autoriza una diligencia tan lesiva como la dispuesta ha de quedar respaldada de la forma que la ley dispone precisamente porque ha sido el legislador quien ha decidido no entregar su validez a mecanismos probatorios manipulables e inciertos, por muy fiables que sean los testigos con que cuente el acusador. Así, si la defensa impugna la existencia de la orden corresponde que el órgano al que le interesa tal registro -ya que ve superada su actuación a su existencia proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia e interesado en velar por ella. Exigir lo contrario supone pedir la prueba de un hecho negativo.

**Décimo cuarto:** Que la exigencia del debido proceso supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que exige de las policías que sometan su actuar a la dirección del Ministerio Público, a quien corresponde por mandato legal la investigación de los delitos y que éste a su vez preste información veraz y oportuna a los Tribunales cuando se trata de probar los motivos que sirven de fundamento a una orden restrictiva de derechos y garantías amparados por la ley procesal y la Carta Fundamental.

En este caso quedó de manifiesto que esos límites no se acataron, colocando a la defensa en una posición menguada frente al órgano persecutor y sus organismos auxiliares, infracción que sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió.

Dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutive.

**Décimo quinto:** Que atendido lo resuelto, no se emitirá pronunciamiento sobre la causal subsidiaria, por innecesario.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de D.A.S.T y en consecuencia, **se invalidan** la sentencia de once de marzo pasado y el juicio oral que le antecedió en el proceso **RUC 1800413406-7, RIT 288-2019**, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, **y se restablece la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado**, excluyéndose de la auto de apertura la prueba de cargo ofrecida por el Ministerio Público.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N° 30.709-2020



Santiago, diez de marzo de dos mil veinte.

**Vistos:**

En los antecedentes RUC N° 1900145639-6, RIT N° 392-2019 y Rol de ingreso de esta Corte Suprema N° 33721-19, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, en procedimiento ordinario, dictó sentencia definitiva el doce de noviembre de dos mil diecinueve, por la cual impuso a Jorge Ignacio Guzmán Gatica, como autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, previsto y sancionado en el artículo 1° en relación al 4° de la Ley 20.000, modalidad de venta y porte de tres unidades de MDMA, perpetrado en esa ciudad el 06 de febrero de 2019, la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, multa de 10 UTM, accesorias legales, el comiso y destrucción de la droga y comiso del dinero en los términos del artículo 46 de la Ley 20.000.

Concedió la pena sustitutiva de reclusión parcial nocturna en un centro de Gendarmería de Chile, efectuó el abono pertinente y eximió al acusado del pago de las costas.

En contra de ese fallo, la defensa dedujo recurso de nulidad y, luego de admitido a tramitación, se fijó la audiencia para su conocimiento, llevada a cabo el día diecinueve de febrero de dos mil veinte, dejándose el acta pertinente.

**Considerando:**

**Primero:** Que el recurso intentado por la defensa invoca, en primer término, la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, basada en la infracción del derecho fundamental al debido proceso, asegurado en el artículo 19 N°3 inciso 4° y 6° de la Constitución Política de la República.

Explica que, según el relato del policía de la PDI Francisco Silva, el procedimiento se inició el 6 de febrero de 2019, cuando toman conocimiento,





en virtud de diversos reportajes de televisión y noticiarios, que a través de una aplicación denominada Grindr, existían personas que se dedicarían a la venta de sustancias ilícitas. Ante dicha noticia, toman contacto con el fiscal de turno de Valparaíso a las 12:40 horas, quien les habría instruido, verbalmente, la realización de diligencias de investigación, razón por la cual tomó contacto, a través de esa aplicación, con un sujeto de nombre “Gerardo”, con quien pacta la compra, el precio, la hora y lugar de entrega. Luego, como consta en el correo electrónico enviado por dicho funcionario al fiscal de turno a las 15:48 horas de ese día, se solicitó la autorización para el uso de la técnica de agente revelador, que fue concedida a las 15:56 horas de ese mismo día. Con posterioridad, el agente revelador se reunió con el acusado, quien le suministró un comprimido de éxtasis por la suma de \$15.000, hecho por el cual fue detenido.

Afirma que la ilegalidad se produce por cuanto se ingresa a la aplicación y se busca aquella información que, acorde a la declaración del funcionario a cargo, apareció en los medios de comunicación; luego, se contacta a un sujeto, con quien se pacta la compra. Estas diligencias se efectúan a pesar de que no tenían instrucción fiscal ni estaban ante una hipótesis de flagrancia; obrando al margen de los artículos 80 y 83 del Código Procesal Penal. La autorización del fiscal es posterior y, por ello, extemporánea. Agrega que, del análisis de los dichos de los dos testigos de cargo que participaron del procedimiento, resulta evidente que quien actuó como agente revelador, no fue quien pactó la compra de la droga.

Indica que los argumentos esgrimidos por el tribunal para establecer que no ha habido una vulneración de garantías descansan en la declaración del testigo Francisco Silva, aun cuando sus dichos en estrado difieren de su





declaración prestada el día de los hechos, en un punto tan sensible como la cronología de la autorización, diferencia que, según el parecer de los juzgadores, no mermaba su credibilidad, pues se debió a un error de redacción.

Refiere que los funcionarios policiales sólo pueden usar la técnica prevista en el artículo 25 de la Ley 20.000, previa autorización del Ministerio Público; pero, en este caso, no existe registro de la supuesta instrucción telefónica previa, sin que sea admisible entender que la norma no exige tal registro, como tampoco que su falta pueda ser suplida por los dichos de un funcionario policial. Destaca que la aplicación “GRINDR” requiere hacer ingreso de datos personales y se accede, por tanto, a perfiles, fotos, nombres e información de personas, que han sido objeto de investigación y registro por parte de funcionarios de la PDI, sin que existiera, en ese entonces, la autorización del fiscal, vulnerándose con ello, además, el respeto y protección a la vida privada consagrado en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental.

Explica que la infracción es trascendente, pues influyó en la formación de una convicción de condena en base a prueba ilícita, en circunstancias que, de haberse respetado el debido proceso, la sentencia habría sido absolutoria. Pretende que se anule el juicio y la sentencia, señalándose que se excluye toda la prueba del Ministerio Público del auto de apertura y se ordene la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

**Segundo:** Que, en la audiencia llevada a cabo para el conocimiento del asunto, los litigantes formularon sus alegaciones, previa incorporación de prueba documental, por parte de la defensa, mediante la lectura de una copia simple de los correos electrónicos enviados por el testigo Francisco Silva al fiscal Roberto De Paux, el 06 de febrero de 2019.





**Tercero:** Que, como se expuso precedentemente, el recurso de nulidad se asila en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, a saber, “cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”, centrando sus reclamos en la obtención de evidencias mediante actuaciones investigativas sin previa orden del fiscal.

**Cuarto:** Que la lectura de la sentencia permite advertir que el testigo Francisco Silva Saavedra, subcomisario de la Policía de Investigaciones, afirmó haber tomado contacto con el fiscal de turno el día 06 de febrero de 2019, a las 12:40, explicando sobre la aplicación Grindr y su uso, recibiendo de éste la indicación de que realice todas las diligencias tendientes a esclarecer o descartar los hechos denunciados añadiendo que, si lograba obtener algún punto de encuentro, características físicas o de nombre, le solicite autorización para usar la técnica de agente revelador. Enseguida, según relató, contactó a un sujeto a las 15:10 horas, quien le señaló que cerca de las 16:00 horas estaría en un punto determinado, razón por la cual solicita vía correo electrónico al fiscal, a las 15:47, autorización para agente revelador, recibiendo tal permiso a las 15:55, luego de lo cual pregunta precio y acuerdan un nuevo punto de reunión. En ese sitio, se monta un dispositivo de seguridad, se designa a otro funcionario para la compra, se produce la transacción y, luego de constatar la presencia del principio activo, se hace control al vendedor, hallando diversos alucinógenos y dinero, lo que se comunica al fiscal. Posteriormente, se obtiene autorización de entrada y registro del Juez de Garantía, que se ejecuta en el domicilio del detenido a las 17:40, lugar en que se encuentra una pesa digital y tarjetas bancarias.





Por interesar al recurso, cabe señalar que el mismo testigo, al contraexamen de la defensa, advierte un error de redacción en su declaración escrita, pues se omite una primera comunicación telefónica con el fiscal a las 12:40 del mismo día, en la que recibe instrucciones verbales para la realización de diligencias, desconociendo si el persecutor dejó registro de esto, afirmando que, por su parte, quedó consignado en el informe policial. Aclara que el acuerdo sobre la compra y el lugar de encuentro es posterior al correo electrónico de las 15:48.

El agente revelador declaró que el inspector Silva realizó las indagaciones de la aplicación previa coordinación con el Ministerio Público, sin recordar la hora en que se pactó la compra. Desconoce los detalles de la creación de la cuenta en Grindr y las acciones ejecutadas por el Sr. Silva.

**Quinto:** Que, haciéndose cargo de los argumentos de la defensa en orden a la oportunidad en que se solicitó y obtuvo la autorización para la técnica de agente revelador y el momento en que se practicaron las diligencias de rigor, la sentencia recurrida razonó que *“...ya desde su declaración libre el testigo Francisco Silva informó al tribunal en forma cronológica todas las diligencias practicadas en este procedimiento en base a la dirección e instrucción del ente persecutor, lo que reiteró en las respuestas que dio a los intervinientes y en la aclaración solicitada por el Tribunal, explicando detalladamente la génesis de este procedimiento, en síntesis, que en el verano de ese año, o sea entre el 21 de diciembre de 2018 y antes del 6 de febrero tomó conocimiento por medio de un reportaje televisivo, (al que cualquiera pudo tener acceso), del uso de la aplicación Grindr para fines de comercialización de droga, lo que claramente le resultó relevante para su especialidad de antinarcóticos, y que le motiva, antes del día 6 de febrero, a*



HDFXXXZPXK







*bajar en su celular la mentada aplicación (...) gestión en la que no se aprecia ilegalidad, toda vez que no requiere de autorización fiscal o judicial alguna, puesto que cualquier persona puede acceder a dicha aplicación sin vulnerar con dicha acción alguna garantía constitucional.*

*Asimismo, fue enfático en sostener que el día 6 de febrero de 2019 a las 12:40 horas y según registrara en su informe policial (...) se contactó telefónicamente con el fiscal de turno señor Depaux y le dio cuenta de esta noticia crimine, recibiendo a cambio instrucciones verbales precisas y determinadas, cuales fueron, por una parte, esclarecer la efectividad de lo que él le estaba denunciado y, en segundo término, solicitar autorización de agente revelador en caso que de su investigación se diera con un nombre, característica o punto de encuentro, gestiones de ambos interlocutores que igualmente se ajustan a la legalidad y son esperables por cierto de quienes tienen a cargo la investigación de los delitos.*

*(...) y en especial de lo expuesto por ambos testigos, cuyos testimonios se valoraron como veraces, sin que fuere debidamente mermada su credibilidad, es posible sostener que actuaron apegados a la ley, ya que Silva dio cuenta al fiscal de una información, luego recibió instrucciones de éste para esclarecer los hechos y en cumplimiento de ella es que ingresó a las 15:10 horas de ese día a la aplicación Grindr, llamándole la atención el perfil de un usuario que a simple vista ofrecía drogas, se contactó con él y obtuvo el lugar en el que se encontraría a las cuatro de la tarde, cumpliendo de inmediato con la segunda instrucción otorgada telefónicamente por el señor fiscal, cual era solicitarle la autorización para utilizar la figura de agente revelador, lo que practica a las 15:47 horas y por un medio también expedito como es el correo electrónico, cuya copia la defensa incorporó, por lo que no es efectivo que*



HDFXXXZPXK





*haya realizado diligencias que le estaban prohibidas por la normativa ya transcrita.*

*(...) De las normas en comento, se puede concluir que la autorización para esta especial técnica de investigación recae en forma exclusiva en el ente persecutor, por ende es él el llamado a analizar los antecedentes que se le comuniquen y decidir, en su mérito, y soberanamente, sobre la utilización o no de la figura, no exigiendo dicha normativa especial de la Ley 20.000 un registro escrito de tal autorización, menos el registro de la relación de los antecedentes previos o la necesidad de que en ella conste la individualización del policía que la practicará o el lugar de encuentro al que concurrirá (...)."*

**Sexto:** Que, como es posible advertir, las conclusiones fácticas alcanzadas por los juzgadores arrancan de la convicción que les produce lo manifestado por el testigo de cargo Sr. Francisco Silva Saavedra, quien aseguró en estrados que la autorización para proceder con la técnica de agente revelador fue verbal y anterior a la coordinación para la compra de droga; no obstante, admite que no existe registro de ello. De esto surge que se incumplió la obligación prevista en el artículo 227 del Código Procesal Penal, que impone al Ministerio Público el registro de todas las actuaciones de la investigación -incluidas las autorizaciones verbales-, omisión que no puede ser subsanada por las aseveraciones del funcionario policial que participó en el procedimiento.

Así las cosas, es dable concluir que no está demostrada la existencia de la autorización previa del fiscal de turno para hacer uso de la técnica de agente revelador respecto del imputado Jorge Ignacio Guzmán Gatica, pues no quedó registro de ello en la carpeta investigativa. Dicha autorización es absolutamente indispensable, no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la Ley



HDFXXXZPXK





20.000, sino porque, como ha dicho previamente esta Corte, se trata de una técnica de investigación tan violenta, que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva (SCS N° 2958-2012, de seis de junio de dos mil doce).

Tal deber es aún mayor cuando la defensa impugna la existencia de la orden previa al inicio del cometido para llevar a cabo la técnica en comento, por cuanto el persecutor es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia, a través del pertinente registro, máxime si se trata de una orden que ha dado una autoridad de ese mismo órgano. Exigir lo contrario, supone pedir la prueba de un hecho negativo.

**Séptimo:** Que a resultados de lo verificado, cuando el agente revelador se reúne con el sospechoso y adquiere el estupefaciente, actúa en cumplimiento de una orden dictada con posterioridad a las diligencias efectuadas previamente para ingresar a la aplicación Grindr, contactar al vendedor y acordar los pormenores de la transacción, diligencias que han tenido, sin duda, el carácter de ilegales. Como consecuencia de ello, el registro del imputado por los funcionarios apostados en las inmediaciones, que concluye en el hallazgo de las evidencias de cargo y la entrada y registro posteriores, que emanan de dicha pesquisa, adolecen consecuentemente de ilegalidad, pues surgen de actuaciones de investigación efectuadas en grave contravención a la normativa citada, contaminándose de la ilicitud que pesa sobre la utilización de la técnica de agente revelador, dispuesta por una instrucción verbal que debe tenerse por carente de realidad en el juicio.

De este modo, las pruebas que surgen de tales actuaciones no han podido ser empleadas en juicio y tampoco han debido ser valoradas como





elemento de prueba contra el acusado, puesto que, de lo contrario, se violenta su derecho a un proceso y una investigación previos racionales y justos.

Estas reflexiones imponen acoger el recurso, llamando la atención de esta Corte que se haya pretendido dotar de veracidad a una actuación procesalmente inexistente.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo establecido en los artículos 373 letra a), 376 y 386 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del imputado Jorge Ignacio Guzmán Gatica y, en consecuencia, se anula la sentencia definitiva dictada el doce de noviembre de dos mil diecinueve en la causa RUC N° 1900145639-6, RIT N° 392-2019, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso y se invalida, asimismo, el juicio oral que le sirvió de antecedente, debiendo excluirse del auto de apertura -complementado mediante resolución de 17 de septiembre de 2019, de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso-, toda la prueba del Ministerio Público y retrotrayéndose la causa al estado de celebrarse un nuevo juicio ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la sentencia a cargo del Ministro Sr. Künsemüller.

Rol N° 33.721-2019.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., el Ministro Suplente Sr. Juan Muñoz P., y el Abogado Integrante Sr. Antonio Barra R. No firma el Ministro Sr. Brito y el Ministro Suplente Sr. Muñoz P., no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso y por haber concluido su período de suplencia, respectivamente.





En Santiago, a diez de marzo de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.





Santiago, veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

**Vistos:**

**Se confirma** la sentencia apelada de dieciocho de julio de dos mil diecinueve, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en el Ingreso Corte N° 343-19.

No obstante lo anterior, y **actuando de oficio** esta Corte, en uso de sus facultades propias, **se deja sin efecto** la resolución de pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 3 de julio de 2019, en el ingreso N° 1579-19 en cuanto mantuvo la pena accesoria de incorporación de la huella genética del imputado adolescente en el Registro Nacional de ADN de condenados, conforme al artículo 17 de la Ley N° 19.970, y en su lugar se revoca en lo apelado la sentencia de 11 de junio de 2019 dictada por el 10° Juzgado de Garantía de Santiago en los autos Rit N° 1307-19 en tanto por ella se dispuso la referida sanción accesoria y en su lugar se decide que Job Leandro Soto Hernández **no queda condenado a ella**, teniendo para ello lo siguiente:

1°.- Que la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente, inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido. Lo anterior es consecuencia del artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, lo que encuentra reconocimiento legal en el artículo 2° de la ley ya citada, en el que se dispone que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a



QOBXLWFRBB





procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

**2°.-** Que los señalados criterios normativos son recogidos en la ley ya referida y generan un conjunto de derechos que legitiman la reacción penal. Se dispone, entonces, de normas penales especiales que sólo son aplicables a los jóvenes porque los medios punitivos y toda la actividad estatal ante el ilícito tienen en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender el interés superior del niño, esto es -brevemente- sin afectar el desarrollo del menor. Lo anterior es directa consecuencia de haberse aceptado que los destinatarios de unas y otras normas, los adolescentes y los adultos, son distintos.

**3°.-** Que, consecuentemente, ha de aceptarse que estas últimas reglas conforman el subsistema penal aplicable a los adolescentes, que tienen el carácter de especiales, y que las comunes han de entenderse como de aplicación subsidiaria.

**4°.-** Que, establecido lo anterior, corresponde precisar que la Ley N° 19.970 que previno la creación de un registro con las huellas genéticas de todos los imputados y condenados a los efectos de investigaciones futuras por hechos delictivos, y que es anterior a la N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente -esto es al estatuto penal especial-, no es aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes.

En efecto, ello es así porque la ley particular opta por la mínima intervención y porque, como se ha dicho, no obstante la sanción que se impone, y también mediante ella, se busca la reinserción social del adolescente. En este contexto normativo, no tiene cabida esta sujeción a la



QQBXLWFRBB







autoridad justificada por la sola circunstancia de la sentencia condenatoria, porque para un adolescente, no obstante los resguardos legales, no es intrascendente su inclusión para toda la vida en un registro de este tipo porque con ello se le mantiene entre infractores. Toda vez que en este subsistema el fin de la pena es la reinserción social del menor, toda acción del Estado que no tienda a este objetivo ciertamente lo contraría.

5°.- Que, en concepto de esta Corte, todo lo anterior deriva en que la decisión de extender al adolescente Job Leandro Soto Hernández, la obligación de tomarle muestras biológicas para incorporarlas al registro respectivo, importa una afectación a su respecto, toda vez que como ha quedado demostrado se le está imponiendo algo que sólo es exigible respecto de los adultos y que, además, perturba su reinserción futura, lo que evidencia que en el proceder del recurrido se han vulnerado expresas normas contenidas en una Convención Internacional y en las leyes aplicables al caso, amenazándose en forma concreta la garantía la libertad personal del amparado, lo que hace a todas luces procedente el recurso aquí interpuesto.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 20.878-19.



QOBXLWFRBB





Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R. y Abogado Integrante Jorge Lagos G. Santiago, veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

En Santiago, a veintinueve de julio de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.



QQBXLWFRBB





**Corte Suprema acoge recurso de nulidad, ello en virtud de que entiende que se ha realizado una errónea aplicación del derecho al preferir la aplicación del 369 quáter. (CS 2020.01.08 ROL 26.887-2019)**

**Norma:** CPP ART. 373 letra b; CPP ART. 385; CPR ART. 19 N°3; CP ART. 18; CP ART. 369 quáter; CP ART. 369 quinquies; CP ART. 366 ter; CP ART. 366 bis; CP ART. 93 N°6; CP ART. 361; L21160 ART. 1; L21160 ART. 5; L20084 ART. 5; L20084 ART. 2; L20084 ART. 1; CDN ART. 40 N°1.

**Tema:** Delitos sexuales; Causales de extinción responsabilidad penal; Responsabilidad penal adolescente

**Descriptor:** Abuso sexual; Ámbito temporal de la ley penal; Delito continuado; Delitos contra la indemnidad sexual; Derecho internacional; Ley penal favorable; prescripción de la acción penal;

**SINTESIS.** Corte Suprema decide acoger el recurso de nulidad deducido por la defensa, puesto que: (1) En la sentencia recurrida se aplicó erróneamente el derecho; Lo anterior se verifica, ya que: (2) la acción penal, y la pena, se encuentran prescritas, porque, respecto al recurrente, prima el estatuto especial establecido en la Ley de responsabilidad Penal Adolescente; Con lo anterior: (3) señalan que prefiere en su aplicación el artículo 5 de la ley 20.084, en desmedro del 369 quáter. Esto, en la práctica, significa que la prescripción corre desde que se produce el hecho, y no queda suspendida, como establece el 369 quáter, hasta que la víctima cumple la mayoría de edad. En contra, el Ministro Sr. Lagos esta por rechazar el recurso, puesto que: (1) El considera que el artículo 5 de la LRPA se refiere al término que debe transcurrir para que se cumpla la prescripción; (2) En cambio, el artículo del Código Penal se refiere al momento en que la prescripción comienza a correr, esto es, cuando la víctima menor de edad cumple los 18 años. (3) De lo anterior, concluye que ni la pena ni la acción penal se encuentran prescrito.

## TEXTO COMPLETO

### Sentencia Corte Suprema en que acoge el recurso

Santiago, ocho de enero de dos mil veinte.

#### VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, por sentencia de veintisiete de agosto de dos mil diecinueve, en los antecedentes RIT N° 75-2019, RUC N° 1501210042-3, condenó –por decisión de mayoría- al acusado **E.E.S.E** (*Adolescente a la fecha de ocurrencia de los hechos*) a sufrir una sanción de tres (3) años de libertad asistida especial, con programa de reinserción social, por su participación en calidad de autor del delito de abuso sexual reiterado, cometido en perjuicio de las víctimas menores de edad de iniciales K.G.L.S. y M.B.L.S., previsto y sancionado en el artículo 366 bis, en relación con el artículo 366 ter, ambos del Código Penal, perpetrado desde fines del año 2008 hasta mediados del año 2009, en la comuna de Colina.

La referida sentencia desestimó, además, la excepción de prescripción opuesta por la defensa del encartado.

En contra de dicho fallo, la Defensoría Penal Pública dedujo recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.





### CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que el recurso interpuesto se sustenta únicamente en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Lo anterior, en relación con lo preceptuado en los artículos 93 N° 6, 94, 95, 18 y 369 quáter del Código Penal y 5 de la Ley N° 20.084.

Se expone en el arbitrio que el tribunal incurrió en un error de derecho al estimar como constitutivo de delito el hecho que dio por acreditado, básicamente porque la denuncia de los hechos *-ocurridos entre fines 2008 y mediados del 2009-* se realizó en el año 2015 y la formalización de la investigación se llevó a cabo recién el 30 de agosto de 2018, por lo que, tratándose de una sanción de simple delito, desde la época de los hechos hasta la formalización *-actuación procesal que marca la suspensión de la prescripción-*, transcurrieron más de ocho años. Explica que, incluso si se considera que se trata de dos delitos en carácter de reiterados y estimáramos que se enmarcan en una sanción de crimen, aun así se excedería el límite máximo de prescripción que contempla el artículo 5 de la Ley N° 20.084.

Refiere el impugnante que de la lectura de los artículos 1 y 5 de la N° 21.160, publicada en el Diario Oficial, el 18 de julio de 2019, se desprende que las modificaciones introducidas por éstas al Código Penal, referidas a la oportunidad desde la se inicia el cómputo de la prescripción de la acción penal en el caso de delitos sexuales, no son aplicables a los adolescentes, por lo que los sentenciadores del grado yerran cuando dan aplicación al artículo 369 quáter del Código Penal y distinguen en orden a indicar que la norma del artículo 5 de la ley N° 20.084 sólo establece un plazo diverso, pero no indica desde cuando computar el plazo de prescripción, como si lo hace el artículo 369 quáter del Código Punitivo.

Arguye que el tribunal debió haber aplicado dicha normativa, más favorable al encartado, en razón del mandato contenido en el artículo 19 de la Constitución Política de Chile, precepto que indica que *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*

Indica que como corolario de dicha garantía, es que el artículo 18 del Código Penal establece, en su inciso 2°, que: *“Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”*. Finaliza solicitando que se anule la sentencia y se dicte la respectiva sentencia de reemplazo, en la que se establezca la concurrencia de la causal de extinción de responsabilidad penal del artículo 93 N° 6 del Código Penal respecto de su representado.

**SEGUNDO:** Que los hechos establecidos por la sentencia recurrida son los siguientes: *“En días y horas indeterminados, a fines del año 2008 hasta mediados del año 2009, en el domicilio ubicado en XXX, Población Santa María, comuna de Colina, E.E.S.E, tocó con sus manos la vagina y el pecho y pasó su pene por el cuerpo de la víctima de iniciales K.G.L.S., nacida el 4 de octubre de 2002, de 6 años de edad a la época de inicio de los mismos y; tocó con sus manos su vagina, pechos y glúteos, y pasó su pene por el cuerpo de la víctima de iniciales M.B.L.S., nacida el 5 de marzo de 2004, de 4 años de edad a la época de inicio de los hechos”*. Las circunstancias fácticas antes relatadas, fueron calificadas por los sentenciadores del grado como constitutivos del delito de abuso sexual reiterado, previsto y sancionado en el artículo 366 bis, en relación con el artículo 366 ter, ambos del Código Penal.

**TERCERO:** Que el recurso en estudio denuncia una errónea aplicación del derecho al haber desestimado por los sentenciadores la excepción de prescripción



alegada por la defensa, puesto que el recurrente entiende que en el caso de autos, tratándose de un imputado que a la fecha de comisión de los delitos investigados era adolescente, prima a su respecto –*por especialidad*- el estatuto contenido en la Ley N° 20.084, por sobre lo previsto en el artículo 369 quáter del Código Penal.

**CUARTO:** Que la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, fijó un régimen jurídico para el tratamiento de infracciones a la ley criminal cometidas por menores de dieciocho y mayores de catorce años de edad, superando los sistemas de inimputabilidad absoluta y relativa, limitada esta última con el trámite del discernimiento, que se aplicaban en nuestro país antes de la dictación del aludido cuerpo normativo, fijando un régimen penal diferenciado en aspectos sustantivos y procesales, relativamente más benigno en relación al sistema penal de los adultos, para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos al celebrar tratados internacionales sobre la materia, y así asegurar un modelo garantista y moderado respecto de los adolescentes infractores, principalmente emanados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No se trata, por ende, de una normativa meramente adjetiva.

**QUINTO:** Que este nuevo sistema o régimen de responsabilidad, se cimentó en torno a principios sobre los cuales esta Corte ya se ha extendido bastante en decisiones anteriores, por lo que sólo cabe traer a colación para lo que aquí interesa, que este sistema, en obediencia al artículo 40 N° 1 de la Convención sobre Derechos del Niño (*Berrios, ob. cit., pp. 165-166, identifica el proceso de adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño, como el factor predominante, tanto en el proceso pre-legislativo, como en el proceso propiamente parlamentario de elaboración de la nueva legislación*), debe tratar a los niños infractores de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, objetivo para el cual –*según prescribe el artículo 2° de la Ley N° 20.084*–, en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior de éstos, expresado en el reconocimiento y respeto de sus derechos (Sentencias Corte Suprema Rol N° 2995-12 de 18.04.2012; Rol N° 5012- 12 de 04.07.2012; Rol N° 4760-2012 de 31.07.2012; y Rol N° 7670-12 de 13.12.2012).

**SEXTO:** Que por lo expuesto, la Ley N° 20.084 debe ser mirada como un conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos.

La conclusión anterior plantea el desafío de dilucidar entonces, cómo se concilia este sistema o régimen especial, con lo prescrito en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 20.084, cuando dispone que “*en lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales*.”

De este modo y del examen de esta última norma, es posible advertir que el Código Penal y las demás leyes penales especiales, tienen únicamente un carácter “*supletorio*” respecto del sistema de responsabilidad penal consagrado en la Ley N° 20.084. Por tanto, deberá acudirse a dichas disposiciones sólo en aquello que suplan una carencia del sistema de responsabilidad penal adolescente establecido en la Ley N° 20.084, o lo complementen, para lo cual necesariamente el precepto foráneo en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente creado por dicho cuerpo normativo, descartando naturalmente toda norma que contraría no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2° del artículo 2° de La Ley N° 20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los



Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (*Sentencia Corte Suprema Rol N° 4419-2013, de 17 de septiembre de 2013*).

**SÉPTIMO:** Que ahora, atentos a lo que se ha señalado, cabe recordar que el artículo 369 quáter del Código Penal –*suprimido por la Ley N° 21.160 de 18 de julio de 2019, la que a su vez incorporó el artículo 369 quinquies, norma de similares características a la que se eliminó*–, establecía una regla de suspensión para dar inicio al cómputo del plazo de prescripción de la acción penal que busca proteger a los menores de edad que han sido víctimas de los delitos previstos en los artículo 361 y siguientes del cuerpo legal en referencia, pero no debe perderse de vista que dicho precepto integra un régimen de responsabilidad de adultos, contenido en una ley penal de carácter general, no dirigida a individuos determinados.

**OCTAVO:** Que, a su vez el artículo 5 de la Ley N° 20.084, dispone expresamente que *“La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses”*.

**NOVENO:** Que, por lo expuesto, tal y como lo ha sostenido con anterioridad esta Corte en los pronunciamientos Rol N° 20.755-2018, de 16 de octubre de 2018 y Rol N° 21.473-2019, de 13 de septiembre de 2019, encontrándose en la Ley N° 20.084, una disposición que señala de forma expresa cómo debe contarse el plazo de prescripción de la acción penal para los adolescentes infractores, por el principio de especialidad que la rige, es el artículo 5° del compendio normativo antes referido el que debe ser aplicado al caso de autos, habiéndose cumplido en las oportunidades señaladas por el recurso, el plazo de cinco años contemplado en dicha normativa para declarar la prescripción de la acción penal.

**DÉCIMO:** Que, por lo demás, debe tenerse en consideración, para reafirmar lo antes argumentado, la regla contenida en el artículo 18, inciso 2°, del Código Penal, que mandata hacer aplicación de la ley más favorable promulgada *“después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término”*, siendo aquella en la especie la contenida en el artículo 5 de la antes citada Ley N° 21.160, precepto que establece expresamente que las disposiciones de dicho cuerpo normativo, no tendrán aplicación respecto de los delitos perpetrados por adolescentes sujetos a la Ley N° 20.084, excluyendo de tal modo, la aplicación a su respecto del artículo primero transitorio de la tantas veces citada Ley N° 21.160, que mantiene vigente el artículo 396 quáter del Código Penal en lo tocante a los ilícitos cometidos con anterioridad a su publicación.

**UNDÉCIMO:** Que de lo razonado cabe concluir que en estos antecedentes, como se ha dicho, debe prevalecer el precepto contenido en el cuerpo legal especial - *artículo 5 de la Ley N° 20.084*- por sobre aquél que se consagra en el Código Penal, en razón de ello es posible concluir que existe un error de derecho al desestimar la excepción planteada por la defensa del condenado. De esta forma el yerro denunciado ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al imponer una pena toda vez que, en la especie, se encontraba de sobra cumplido el plazo para declarar la prescripción de la acción penal, lo que conduce a acoger el recurso de nulidad promovido por la defensa del sentenciado basado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal; quedando en consecuencia anulado el juicio y la sentencia, dictándose acto seguido la de reemplazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 b) y 385 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública en





favor del acusado **E.E.S.E** y, por lo tanto, se anula la sentencia de veintisiete de agosto de dos mil diecinueve, pronunciada en la causa RIT 75-2019, RUC N° 1501210042-3, por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Colina y se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo

**Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Lagos**, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad intentado por la defensa del sentenciado Sandoval Espinoza, teniendo presente para ello los siguientes fundamentos:

1.- Que el artículo 369 quáter del Código Penal, vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos, disponía que en el caso de los delitos de abuso sexual y violación en que las víctimas sean menores de edad, el plazo de prescripción comenzará a correr para el ofendido, al momento que cumpla 18 años; por su parte el artículo 5° de la Ley 20.084, establece que la acción penal y la pena respecto de los delitos que cometan adolescentes sometidos a dicha ley, prescriben en el caso de los crímenes, en 5 años, contados desde la comisión del ilícito.

2°.- Que las situaciones reguladas en las normas precedentemente enunciadas, son eminentemente distintas, ya que la establecida en la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente indica el término que debe transcurrir para que se entienda prescrita la acción penal y la pena, mientras que la consagrada en el Código Penal, se refiere a la oportunidad en que aquella empieza a correr cuando se trata de víctimas menores de edad, entendiendo que mientras ello no ocurra el término extintivo se encuentra suspendido; lo cual importa una forma especial de atender al interés superior del niño, que en este caso es la víctima.

3°.- Que, en estos antecedentes conforme se señala expresamente en el fallo en estudio, los ofendidos nacieron en los años 2002 y 2004, respectivamente, por lo que, al no haber alcanzado aún la mayoría de edad, el término de prescripción se encuentra suspendido, de conformidad a lo que disponía el artículo 369 quáter del Código Penal.

4°.- Que por lo expuesto y de acuerdo a lo antecedentes arribados al proceso, es posible concluir que conforme a lo que disponía el tantas veces citado artículo 369 quáter, el término de prescripción contenido en el artículo 5° de la Ley 20.084, al momento dirigirse el procedimiento contra el imputado y verificarse su formalización el 30 de agosto de 2018, no había comenzado a correr respecto de las víctimas, por lo que la petición de la defensa de acoger la excepción de prescripción no puede prosperar y debe ser desestimada.

5°.- Que es pertinente consignar que si bien la Ley N° 21.160, de 18 de julio de 2019, estableció la imprescriptibilidad para la persecución de determinados delitos - *entre ellos el que se ha determinado en estos antecedentes*- y derogó el artículo 369 quáter del Código Penal, ese mismo cuerpo legal, en su artículo transitorio dispone que para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esa ley - *cuyo es el caso ventilado en esta causa*-, continuará vigente dicho artículo 369 quáter, por lo que no corresponde a estos disidentes hacer relación, por ahora, a los efectos de aquella ley al razonar sobre su decisión.

Regístrese.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Gajardo, y de la disidencia, su autor.

**Rol N° 26.887-2019**

### **Sentencia de reemplazo**

Santiago, ocho de enero de dos mil veinte.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de nulidad que precede y lo estatuido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.





**Vistos:**

Se reproduce la sentencia de veintisiete de agosto de dos mil diecinueve, pronunciada en los autos RIT 75-2019, RUC N° 1501210042-3, por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Colina, con excepción de sus fundamentos duodécimo a décimo octavo, que se eliminan. Asimismo, se reproducen los motivos cuarto a décimo del fallo de nulidad que antecede.

**Considerando:**

1°) Que los hechos que han dado origen a esta investigación, según se establece en la acusación presentada por el Ministerio Público, acaecieron entre fines del año 2008 y mediados del año 2009.

Por su parte la formalización la investigación respecto de Emerson Eladio Sandoval Espinoza, se verificó el día 30 de agosto de 2018, previa denuncia de los hechos ocurrida el día 10 de abril de 2015.

2°) Que el imputado cumple con los requisitos establecidos en el artículo 96 del Código Penal, de acuerdo a la prueba rendida en la oportunidad procesal pertinente por la defensa del encausado, acompañando su extracto de filiación y el informe de salidas y entradas del país, emitido por el departamento de Extranjería de la Policía de Investigaciones de Chile.

3°) Que por lo expuesto, habiendo transcurrido el término consagrado en el artículo 5° de la Ley N° 20.084, esto es, más de 5 años desde la fecha de ocurrencia de los hechos, hasta la formalización del imputado, no cabe sino acoger la excepción de prescripción deducida por la defensa.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 93, 95, 96, 100 y 101 del Código Penal, artículos 250, 373 letra b) y 385 del Código Procesal Penal, se declara que:

Se absuelve a **E.E.S.E** de la acusación deducida en su contra en causa RIT 75-2019, RUC N° 1501210042-3, del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Colina, por encontrarse extinguida su responsabilidad penal respecto de los delitos que fueron materia de la referida acusación al haber transcurrido el plazo de prescripción respectivo.

**Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Lagos**, quien en consideración a lo expuesto en su disidencia del fallo de nulidad, estuvo por sancionar al acusado en la forma que lo hace la sentencia impugnada.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Gajardo, y de la disidencia, su autor.

**Rol N° 26.887-2019**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
 g. Karina B. Manotti V.  
 Coord. y Seg. Juicios Orales  
**23 SET. 2020**

CAUSA: "DENIS RAMON FERREIRA BENITEZ S/ ROBO AGRAVADO".  
 Identificación N° 01-01-02-01-2017-4614.-

S.D. N° 309.- *Prescripción nueva*

**PODER JUDICIAL**  
 COORDINACION SEGUIMIENTO DE JUICIOS ORALES  
**23 SET. 2020**

En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay a los veinte y tres días del mes de Setiembre del año dos mil veinte, se constituye el Tribunal de Sentencia, presidido por la Juez Penal de Sentencia N° 4; Abg. BLANCA IRENE GOROSTIAGA BEJARANO, como PRESIDENTE, como Miembros Titulares los Jueces Abg. ROSSANA MALDONADO y Abg. LOURDES PEÑA VILLALBA a objeto de dictar el veredicto que prescribe el Art. 396 y concordantes del Código Procesal Penal, en la causa penal N° 1-1-2-1-2017-4614 seguida a DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ, quien se encuentra acusado como autor penalmente responsable del Hecho Punible de ROBO AGRAVADO. Seguidamente y de acuerdo a lo establecido por el Art. 396 del Código Procesal Penal el Tribunal de Sentencia resolvió plantear y resolver las siguientes:-----

### CUESTIONES:

**PODER JUDICIAL**  
 ROSA MERCEDES OVIEDO  
**23 SET. 2020**  
 ACTUALIZADO  
 JUDISOFT  
 ESTADISTICA PENAL

- ES COMPETENTE ESTE TRIBUNAL PARA ENTENDER EN LA PRESENTE CAUSA?  
 SE HALLA PROBADA LA EXISTENCIA DEL HECHO Y SU AUTOR?  
 3- CUÁL ES LA SANCIÓN APLICABLE?

**PRIMERA CUESTIÓN:** El Tribunal de Sentencia integrado por la Abg. BLANCA IRENE GOROSTIAGA BEJARANO como PRESIDENTE, y como Miembros titulares los Jueces Abg. ROSSANA MALDONADO y Abg. LOURDES PEÑA VILLALBA dijeron que: Este Tribunal es competente para resolver en esta causa, fundado en las disposiciones de los Arts.: 31, 32, 33, 36, 37 inc.1 y Art. 41 in fine del Código Procesal Penal Ley 1286/98 y conforme a la Acordada N° 154 de fecha 21 de febrero de 2000 que reglamenta la Organización Transitoria del Fuero Penal de los cuales se desprende la competencia material para entender en la presente causa como Tribunal de Sentencia Colegiado cuya designación fue realizada a través del sorteo público de fecha 7 de Octubre de 2019, conforme consta a fojas 113 del expediente judicial, donde fue designada como Presidenta del Tribunal la Juez de Sentencia N° 04, Abg. BLANCA GOROSTIAGA BEJARANO y como miembros titulares los jueces Abg. ROSSANA MALDONADO y Abg. LOURDES PEÑA, y como miembro Suplente el Dr. MANUEL AGUIRRE RODAS. Los presupuestos fácticos descriptos en la acusación tienen relevancia jurídica y se encuentran descriptos en el Código Penal vigente, es decir son de materia penal. Este hecho fue realizado dentro del territorio delimitado para la competencia material del Tribunal que fue constituido para dirimir conflictos de esta naturaleza; el Tribunal también se declara competente materialmente y territorialmente pues los hechos punibles fueron

*[Firmas y sellos de los jueces]*  
 Abg. LOURDES E. PEÑA  
 Jueza Penal  
 Lq. y Sent. N° 1  
 Abg. Blanca I. Gorostiaga B.  
 Juez de Sentencia  
 N° 4  
 Asunción - Paraguay

Escaneado con CamScanner



realizados en la jurisdicción de la ciudad de Asunción que corresponde a la circunscripción de Capital. Cabe señalar que ninguna de las partes ha cuestionado la competencia del Tribunal en todos sus aspectos. No habiendo sido impugnado ni existiendo causal de inhibición, este Tribunal de Sentencia imprimió el trámite pertinente, y declara su competencia para entender en la presente causa.

Que, al hacer el análisis correspondiente sobre la procedencia de la acción encontramos que la acción instaurada por el Ministerio Público se halla vigente en el procedimiento, ya que el juzgamiento de la causa se produce antes los cuatro años que establece el Código como plazo para la extinción de la acción, conforme a la Ley 4391/04, que modifica el Art. 136 del Código Procesal Penal, en su antigua redacción; así también con respecto a la procedencia de la pena conforme a los artículos 101 y 102 del Código Penal, este Tribunal por unanimidad dice que tampoco se halla prescripta la pena ya que el Ministerio Público ha ejercido la acción dentro del plazo establecido para la prescripción y la misma se halla vigente y corresponde la sustanciación del presente juicio.

**SEGUNDA CUESTION:** Los Miembros del Tribunal por unanimidad dijeron: La presente causa penal se ha generado a través de la imputación y posterior acusación realizada por el representante del Ministerio Público en contra de **MARCELO DAVID LOPEZ BENEGAS** por un supuesto hecho de **ROBO AGRAVADO**, según el Art. 167 inc. 1º, en concordancia con el art. 29 inc. 1º del Código Penal, presentada y relatada asimismo en el Juicio Oral y Público, en los siguientes términos: "...Que en fecha 10 de junio del año 2017, siendo aproximadamente las 19:30 horas, **NAYELI ARAMI MARTINEZ VILLAMAYOR** se encontraba caminando sobre la calle Gral. Santos dirigiéndose a su domicilio, hasta que al llegar a la intersección de calle José Asunción Flores, **DENIS RAMON FERREIRA BENITEZ** descendió de una motocicleta agarrando por detrás el cuello de **Nayeli Arami Martínez Villamayor** y golpeándola en la cervical con un pistola diciendo que si gritaba la dispararía, a continuación **DENIS RAMON FERREIRA BENITEZ** saco la suma de cuatrocientos mil guaraníes y un cargador portátil del interior de cartera de su víctima y la habría tirado al suelo amenazándola que no haga nada porque tendría una bala para ella. Que, en fecha 20 de junio de 2017 a las 18:50 horas aproximadamente, **NAYELI ARAMI MARTINEZ VILLAMAYOR** se encontraba caminando sobre la calle Gral. Santos pasando la Universidad Uninorte, la misma observa que alguien se le acerca descubriendo que nuevamente era **DENIS RAMON FERREIRA BENITEZ** quien le puso un cuchillo por la espalda diciéndole en guaraní que si no le clavaba le metería plomo y que no estaría bien hasta que le haga alguna cosa, posteriormente **DENIS RAMON FERREIRA BENITEZ VILLAMAYOR** le dio una bofetada a **NAYELI ARAMI MARTINEZ VILLAMAYOR** y salió corriendo llevando la mochila de **NAYELI ARAMI** la cual contenía sus cuadernos de colegio y dos celulares nuevos en caja de la marca Samsung J5 y un Samsung J 7".

En cuanto a la producción de los medios probatorios en juicio, el Tribunal por unanimidad ingresa los medios expuestos y producidos en juicio, realizando la valoración de los mismos. -----

Que este Tribunal por unanimidad al realizar la valoración de los medios de prueba, llego al convencimiento sobre los mismos teniendo por probado, los siguientes extremos: -----

Que este juicio es realizado por este Tribunal por el reenvió de la causa conforme el Acuerdo y Sentencia N° 43 de fecha 8 de agosto de 2019, dictada por el Tribunal de Apelación SEGUNDA Sala integrada por los jueces VIVIANA BENITEZ FARÍA, DELIO VERA NAVARRO y JOSÉ AGUSTIN FERNANDEZ que en su parte resolutive dispone: ANULAR la Sentencia N° 151 de fecha 20 de mayo de 2019, dictada por el Tribunal de Sentencia Colegiado, de conformidad a los fundamentos expuestos en la presente resolución.-----

Que, este tribunal en forma unánime llego a la siguiente conclusión en cuanto a la existencia del hecho punible debemos decir que si bien el MINISTERIO PÚBLICO solicita e sus alegatos finales la ABSOLUCIÓN DE CULPA Y PENA DEL acusado DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ; es importante considerar los fundamentos expuestos por la representante del Ministerio Público, quien manifestando en sus Alegatos Finales cuanto sigue: " *S.S. y señoras miembros de este tribunal Colegiado luego de desarrollado este juicio y producidas todas las pruebas en este debate el Ministerio Publico ha llegado a las siguientes conclusiones, en primer lugar tenemos como lo referido inicialmente que la agente Fiscal Fátima Brito formuló una acusación contra el Sr. Denis Ramón Ferreira en base al primer hecho que ocurrió el 10 de junio de 2017, refiere este primer hecho que siendo aproximadamente las 19:30hs. Nayeli Martínez se encontraba caminando sobre la calle en Gral. Santos dirigiéndose hacia su domicilio hasta que al llegar a la intersección de la calle José Asunción Flores Denis Ramón Ferreira descendió de una motocicleta agarrándola por detrás del cuello golpeándole en la cervical con una pistola diciendo que si gritaba la dispararía, a continuación Denis le saco la suma de 400 mil guaraníes y un cargador portátil del interior de la cartera de su víctima y le había tirado al suelo amenazándola que no haga nada porque tenía una bala para ella. Que es lo que tenemos en relación a esto en el primer hecho atribuido al señor Denis declaro ante este Tribunal la señora Roxana Martínez ella conto todo lo que le comentó su hija, refirió que su hija le comento que ese día ella efectivamente fue víctima de un asalto en fecha 10 de junio cuando se encontraba caminando y que el señor Denis era el autor de este hecho y que le había robado la suma de guaraníes 400mil, que era los fondos del curso esto refirió la señora Roxana también por ello formulo denuncia y reconoció la firma de la denuncia hecha con relación a este primer hecho. el día 10 de junio. También escuchamos a la Señorita. Nayeli*

  
Abg. LOURDES E. PEÑA  
Jueza Penal  
Liq. y Sent. N° 1

  
Abg. Blanca I. Gorostiza B  
Juzgado Penal de  
Sentencia  
N° 4

  
Abg. MARCELA E. CORDERO  
Actuaria Judicial



Escaneado con CamScanner



Martínez ella refirió este hecho de fecha 10 de junio de 2017 y señaló que el señor Denis primera mente señaló que el era su pareja aproximadamente 1 año que terminaron la relación que siempre le amenazaba y que ese día 10 de junio ella tenía la suma de 400mil guaraníes y que luego llega una motocicleta, y una persona desciende de la motocicleta en calidad de acompañante, uno de ellos el conductor tenía casco, refiere que la otra persona estaba a cara descubierta y que la otra persona le agarra por detrás y que pudo observar el tatuaje un tatuaje que refiere que es del señor Denis Ferreira y que le había reconocido también por la voz ella refirió que este señor le habría apretado por la espalda con una pistola y también le había golpeado dijo no tan fuerte la parte de atrás indicando la parte del cuello, esto refirió la señorita Nayeli Martínez dijo también, que no llevó su cartera que le dejó nuevamente su cartera, en este sentido tenemos que con la declaración aportada por la señorita Nayeli Martínez, ante este tribunal específicamente todos los dichos que ella dijo ante este Tribunal en la audiencia de la fecha no arroja la certeza necesaria para que esta fiscalía solicite la condena en relación a este primer hecho con relación al Señor Denis Ramón Ferreira. En primer lugar porque ella refiere que vio a cara descubierta, y le conocía ella a esta persona porque era su pareja, y refirió a cara descubierta pero sin embargo dijo que al final no le vio no pudo distinguir si era o no Denis no pudo distinguir la cara de esa persona, entonces esa declaración y ese testimonio no arroja la certeza necesaria para decir que efectivamente esta persona pudo reconocer al señor Denis o que fue el señor Denis quien realizó este hecho en fecha 10 de junio también ella no refirió haber visto, un arma de fuego, le he preguntado para la descripción del arma y ella refirió haber sentido un objeto que sería un arma y haber sido golpeada pero no la declaración que ella arroja a esta audiencia refiere en esta fecha no aporta elementos suficientes para que la fiscalía pueda sostener con lo que ella dijo que efectivamente el señor Denis haya sido o que haya tenido un arma de fuego que le hayan amenazado o apretado o golpeado con un arma de fuego, entonces esos son los elementos o las situaciones que han surgido en esta audiencia y que no pueden dar crédito suficientes para que solicite la condena para el señor Denis en este sentido por la duda razonable de que existe en cuanto a ello en este sentido El art. 5 del Código Procesal Penal, refiere en caso de dudas los jueces decidirán lo que sea más favorable para el imputado, en concordancia con el Art. 54 del Código Procesal Penal que refiere el Ministerio Público regirá su actuación por un criterio objetivo dando por la correcta aplicación de la Ley y comando en consideración elemento de cargo y de descargo en relación del imputado. También en ese sentido, refiero algunas a la declaración prestada por la víctima en este tribunal ante este juicio oral como he referido arrojan dudas sobre la participación del señor Denis en este primer hecho en cuestión, refiriendo también la víctima también en esta audiencia que no se encontraba ninguna persona cerca del lugar del hecho, en anterior ocasión había referido que sí pudo conversar con un guardia e incluso con una señora en relación con posterioridad a este hecho, son situaciones o inconsistencias que se han dado en relación a la declaración anterior que la misma nos había aportado. También en esta audiencia que no se dieron en anotaciones anteriores en audiencia la misma no refirió haber visto el arma de fuego, eso fue lo que destaco de la declaración de la misma

1000.32890001 2017  
1000.32890001 2017  
1000.32890001 2017

En relación al hecho de fecha 20 de junio de 2017, tenemos que la acusación o la descripción fáctica atribuida al señor Denis Ferreira refiere que el 20 de junio del 2017, a las 18.50 horas aproximadamente Nayeli Martínez se encontraba caminando sobre la calle Gral. Santos pasando la universidad UNINORTE la misma observa que alguien se le acerca descubriendo nuevamente que era Denis Ramón Ferreira quien le puso un cuchillo por la espalda diciéndole e guaraní que si no le clavaba le metería plomo y no estaría bien hasta que le haga alguna cosa, posteriormente Denis Ferreira le dio una bofetada a Nayeli Arami Martínez, Villamayor y salió corriendo llevando la mochila de Nayeli con sus pertenencias y dos celulares nuevos en caja Samsung J5 y J7 en relación a este segundo hecho tenemos también la declaración de la Sra. Roxana madre de la víctima Nayeli Martínez quien conto que era una testigo de referencia lo que su hija le había comentado que nuevamente Denis le volvió a asaltar motivo por el cual ella formula también la denuncia que cuya firma fue reconocida en esta audiencia de juicio oral en este caso tenemos el testimonio de Nayeli que señalo que efectivamente este 10 de junio se encontraba caminando sobre esta calle Gral. Santos y observa a Denis que se acerca caminando hacia ella, dice le agarra por la espalda y luego le aprieta por la pared dice ella pudo ver que era Denis porque le mira de frente cuando le aprieta por la pared y ella dice que ahí siente el cuchillo por su short, siente que lo que tenía él era un cuchillo en el short. También refiere que le pidió el teléfono, que tenía en su caja en la mochila que tenía el celular y le pidió el teléfono y ella le dio no grito que le dio el teléfono celular y ella refirió antes de esta audiencia ante este juicio oral esta audiencia pública refirió que Denis le muestra después el cuchillo después y se fue con sus cosas con los aparatos celulares tirando nuevamente la mochila de ella. En este sentido tenemos que la acusación dice que o el hecho factico atribuido al señor Denis aparte de la situaciones de las pertenencias es que dice que el la amenaza que le metería plomo y también dice le puso el cuchillo por la espalda, de la declaración de la señora Nayeli no se ha escuchado que el señor Denis le haya puesto el cuchillo por la espalda al momento esta agente fiscal le pregunto de qué manera le había agarrado por la espalda y ella refirió que le agarro de la mano me tiro así de la mano y me puso por la pared de frente, no he escuchado del testimonio de la misma que le puso el cuchillo por la espalda cuestión que si ha referido en audiencias anteriores, entonces he encontrado estas inconsistencias que puede ser por el tiempo transcurrido o por situaciones pero ella no refirió esta circunstancia habiendo referido en audiencias anteriores que si le había apretado con el cuchillo por la espalda incluso refirió en este momento dijo que sintió el cuchillo y después le mostro entonces esta es una inconsistencia encontrada en la declaración que generan dudas sobre la participación efectivamente del señor Denis Ferreira también en relación a este segundo hecho. Tenemos también que la acusación refiere que Denis le había dado una bofetada a Nayeli en esa segunda ocasión, la misma no ha refirió en esta audiencia de juicio oral y público que le había dado una bofetada, en audiencias anteriores si hay constancias de haber referido que le había dado bofetadas, entonces no ha referido

Abg. Rosana Maldonado  
Jueza Penal de Sentencias

Abg. LOURDES BENITEZ  
Jueza Penal  
Liq. y Sent. N° 1



Abg. Blanca I. Gorostiza B.  
Juez de Sentencia

Abg. NA. ESTHER REBOVEDA CURRIL  
Act. Judicial



en esta audiencia esta circunstancia esto es lo que considero como una inconsistencia genera la certeza para la fiscalía que se hayan desarrollado la forma tal en que se describe en la acusación también en el primer caso y disculpe que vuelva a atrás pero en el primer hecho refiere también la acusación que le había tirado al suelo a ella le tiro la mochila y luego la había tirado al suelo amenazándole que tenía una bala para ella en este caso no he escuchado que la misma haya referido de que el 10 de junio la tiro al suelo entonces esas son circunstancias que hacen que generen dudas y que conforme al artículo 5 del código Procesal Penal debe estar en caso de duda se debe estar a favor del acusado esto lo hago conforme al Artículo 54 de la actuación del Ministerio Público también en este sentido tenemos que hay situaciones que se dieron como bien al momento de iniciar el juicio se dio lectura parcial al resuelve del Acuerdo y Sentencia de la cámara de apelaciones, aquí se había anulado el juicio anterior y se ordenó un reenvío, y se habían en aquellas ocasión se había señalado circunstancias por la testigo Nayeli que hoy día no se han señalado por ejemplo de del arma juego refirió no haber visto como indico a este tribunal haber visto el arma y también en relación a este segundo hecho no refirió por ejemplo que le haya apretado por la espalda conforme había dicho en sus declaraciones anteriores entonces es por ello en esta audiencia esta Agente Fiscal considera que si existen hechos que generan dudas sobre la participación del acusado en el hecho en este sentido el tribunal de Apelaciones en el Acuerdo y Sentencia 43 de fecha 8 de agosto del año 2019, refirió en un extracto de la resolución que hago referencia dijo que no puede estar avalado la condena con la declaración en juicio de la víctima más aun cuando han existido inconsistencias en el testimonio y se ha considerado dudas respecto al primer hecho por lo que no se baso en fundamento jurídico sostenible para fundar una sentencia condenatoria a esto había referido un extracto de lo fundamento de la cámara de apelaciones que también es atendida por esta agente fiscal y evaluado luego de haber escuchado la declaración de la víctima y también de la madre y también luego de haberse producido la lectura de todas las instrumentales en este juicio es por todo lo señalado también voy a referir la situación una cuestión señalada por la cámara de apelaciones como llamativo refirió como un dato curioso que traigo a colación en las dos ocasiones los objetos hurtados son del curso refirió una de las miembros del tribunal de apelaciones y que se adherieron los demás miembros en primer lugar el dinero para depositar en una cooperativa y en segundo lugar celulares para sorteo refirió que esta circunstancia no fueron sin embargo lo traigo a colación a los efectos de este acto de alegatos presentados por esta agente fiscal también una situación señalada por Nayeli el día de hoy que no he escuchado en otra audiencias anteriores que en el segundo hecho en fecha 10 de junio del 2017 había referido que el señor Denis le había dicho porque le dejo, voy a hacerte las cosas le quiso besar, esas situaciones no pueden darse quizás por el tiempo transcurrido pero son situaciones nuevas que han surgidos hoy en este testimonio entonces no dan el testimonio brindado por la misma no aporta elementos de convicción suficientes para poder solicitar esta fiscalía la condena del señor Denis Ramón Ferreira en base al art 5 del Código Procesal Penal solicitándose así la Absolución del mismo por dudas.”-----



También para este Tribunal la defensa solicita la ABSOLUCIÓN DE CULPA Y PENA PARA el acusado DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ en los Alegatos Finales, quien manifiesta cuanto sigue: "Sra. Presidencia y Sras. Miembros, luego de haberse desarrollado y producido todas las pruebas que incluye esta audiencia de juicio oral y público no nos quedan dudas de la inocencia de mi representado, el sr Denis Ramón Ferreira, en los supuestos hechos que le son atribuidos tanto el supuestamente ocurrido el 10 de junio de 2017 como también el supuestamente ocurrido el 20 de junio del mismo año. Esta postura lo sustentamos en las graves y serias incongruencias en que incurrieron ambas testigos que vinieron a deponer el día de hoy ante este tribunal; y no solamente el día de hoy, sino que las mismas han incurrido en estas mismas serias, graves y contundentes contradicciones ya en audiencias anteriores. Algunas de estas incongruencias que podemos referir son primeramente la Sra. Roxana manifiesta que a ella nada de lo que iba a venir a declarar le constaba de manera personal o directa sino fueron dichos que su hija le refirió, en este sentido la Sra. Roxana también manifestó conocer a Denis Ramón Ferreira porque el mismo fue pareja, novio, chico i-como la misma utilizó la expresión- de su hija por más de un año. Primamente aclaro fueron amigos, seguidamente iniciaron una relación de noviazgo sentimental y esto se prolongó más allá de un año. Durante estos un año nunca ocurrió una situación similar a esta, nunca se dio una denuncia en contra de este muchacho, este muchacho frecuentaba la casa de ellas. La joven Nayeli Arami manifestó que a los seis o siete meses él empezó consumir, y en partes de su declaración manifestó que a ellos se les conocía porque cuando suelen cometer este tipo de hechos hablan en guaraní; sin embargo, ella nunca realizó denuncia alguna de haber tenido conocimiento que el mismo se vio involucrado en algún hecho de robo o de hurto anterior; no costa, no se dio una prueba que indique que la misma tuvo conocimiento de que el mismo realizaba otro tipo de hechos y cometía delitos similares a este. También, la misma reiteró y repitió en reiteradas ocasiones, que en el primer supuesto hecho no le vio la cara a la persona, pero le reconoció por el tono de voz y el tatuaje que llevaba. Esto también nos llama la atención puesto que la misma refirió que había quedado en shock, que ni siquiera le dio posibilidad de emitir palabra alguna, a una persona por la que le mantuvo relación sentimental de más de un año no fue tan siquiera capaz de llamarle por el nombre en ese momento, de decirle 'Ramón, sos vos, ¿qué te pasa?', todas estas situaciones llaman poderosamente la atención a esta defensa porque ella refirió no haber podido reacción de ninguna manera pero, sin embargo, dijo haberlo reconocido por la voz y el tatuaje que tenía en el brazo en el lado derecho. También llama la atención que la misma manifestó que él ya le venía amenazando por Messenger, que si no volvía le iba a hacer cosas y cuestiones similares, incluso que le amenazaba que no le conocía en su faceta y que le iba a hacer cosas malas, sin embargo, ante la gravedad que engloba esta situación ella no hizo denuncia alguna de este hecho, no dejó constancia escrita, no comunicó a las autoridades pertinentes de estas amenazas que la misma

Abg. Juan Carlos Maldonado  
Jueza Penal de Sentencias

Abg. LOURDES E.  
Jueza Penal  
Liq. y Sent. N° 4



Abg. Blanca I. Gorostiaga B.  
Juez de Sentencia

Abg. María Ester Vázquez Corral  
Actuaria Judicial

supuestamente estaba recibiendo. Otra cosa que llama poderosamente la atención es que la mamá, la Sra. Roxana Vanessa Villamayor, al deponer ante este tribunal manifestó que estas situaciones ya se dieron hace mucho tiempo, incluso dicho por ella misma 'no recuerdo si fue quince días o un mes después un hecho de otro'. Creo yo, a criterio de esta defensa, que cuando uno es víctima y vive una situación como la que supuestamente involucró a esta familia, donde una persona que fue pareja te realiza en reiteradas ocasiones, uno tras otro, un robo agravado; yo creería que sabría con fecha, hora, minuto y segundo, los momentos que ocurrieron estos hechos, por más que trascurran ya varios años posteriores a ello. Estas son situaciones que realmente llama poderosamente la atención a esta defensa, así como también ciertas contradicciones que en audiencias anteriores las mismas refirieron, por ejemplo que el monto supuestamente sustraído en la primera ocasión iba a ser destinado a depositar en una cooperativa, esa situación no fue mencionada durante esta audiencia de juicio oral y público, y llama poderosamente también la atención que lo sustraído era siempre o monto recaudado del curso o celulares destinados para realizar un sorteo del curso; y que coincidentemente la mamá -tal y como manifestó Nayeli al deponer ante el tribunal- era la encargada de guardar esas sumas de dinero. Ya el primer tribunal de sentencia que estuvo al frente del desarrollo de la primera audiencia de juicio oral y público, no encontró mérito suficiente y pudo notar las graves inconsistencias e incongruencias que existieron en la declaración tanto de la supuesta víctima como de la mamá de la misma; y notaron que no existían elementos suficientes que acrediten con total certeza la supuesta participación de Denis Ramón Ferreira en el hecho ocurrido específicamente en fecha 10 de junio; y por tal motivo, han resuelto declarar no probado en juicio ese hecho. Sra. Presidenta y Sres. Miembros, la presente causa ha contado con el testimonio de tres personas, dos de ellas ofrecidos por el Ministerio Público, dos personas que vinieron a deponer ante el tribunal, una serie de pruebas documentales, y sin embargo no se ha podido probar con exactitud la supuesta participación de mi defendido en estos hechos atribuidos. Las declaraciones, como ya bien lo puntualizamos, se ven viciadas de serias y graves contradicciones e incongruencias. Las documentales por su lado, la prueba documental n°1 consiste en un acta de denuncia que efectivamente fue radicada ante una comisaria, eso no es discutido por esta defensa; también la segunda documental es la ampliación de la denuncia, tampoco discutimos que las personas hayan concurrido ante la comisaria a hacer una ampliación de esa denuncia; posteriormente, tenemos como otra prueba documental los antecedentes penales de mi asistido, donde se puede ver que se trata de un joven sin antecedente penal alguno, ya con 19 años de edad o no recuerdo exactamente cuántos años tenía al momento de ocurrir el hecho, pero una persona que nunca antes tuvo tan siquiera una sola denuncia radicada en su contra, un chico estudiante como bien lo refirió su mamá, un chico que estaba viviendo con su abuelo. Siguiendo el recuento de las pruebas documentales, la otra prueba es un certificado médico de la señorita Nayeli Arami, donde el diagnóstico es un trauma cervical, la misma refirió acá que poseía justamente problemas en la cervical debido a un accidente en moto que tuvo varios años atrás, esto no es prueba de ningún golpe sufrido en ese momento, lo único



que refiere es que la misma tenía un problema de cervical, que dicho por la misma ocurrido por un accidente de motocicleta ya un tiempo antes. Como corolario tenemos que el 21 de septiembre se le encuentra a mi representando Denis Ramón Ferreira caminando por la calle, donde proceden los oficiales del lince su aprehensión porque producto de estas dos denuncias previas existía una orden de detención por parte del Ministerio Público; estos agentes de lince hicieron constar tanto en la documental 7, 8 y 9, en la nota donde comunican su aprehensión y en las actas de procedimiento, que procedieron a su inspección y, sorpresivamente en esa ocasión no tenía nada en su poder, ningún objeto, ni arma alguna, arma de fuego o arma blanca, ni objeto punzante, nada; porque evidentemente se trataba de un chico de buen andar, que no tenía nada que esconder, que andaba caminando por la calle, que fue sorprendido por los oficiales de lince, detuvo la marcha ante el pedido de los mismos, le solicitaron que entregara su documento de identidad y así lo hizo, saltó efectivamente una orden de detención en su contra; y desde ese momento se dio esta situación tan injusta hasta el día de la fecha en que se encuentra privado en su libertad por más de dos años. A esta defensa no le quedan dudas de la inocencia de mi representado, que no ha podido ser desvirtuada ni mucho menos acreditar su participación, como bien la representante del Ministerio Público haciendo honor al criterio de objetividad establecida en nuestra legislación procesal penal que debe regir las actuaciones de los agentes fiscales, solicitando por ello mismo que se aplique la duda a su favor, legislada también en nuestra norma procesal, por tanto a nosotros tampoco nos quedan dudas de la inocencia del mismo. Queremos referir acá también que nos encontramos ante una persona joven, hoy día ya padre de familia de una niña que necesita de la presencia, del cuidado y del acompañamiento de su padre durante su crecimiento, una persona que bien pudo haber tenido problemas incluso haber caído en drogas, esa situación nosotros no negamos ni siquiera la traemos a colación porque es una realidad que lastimosamente afecta a gran parte de adolescentes y jóvenes el tema de las drogas, pero de ninguna manera y muy lejos está configurar eso un tipo penal tan grave como lo es un robo agravado, esa situación reiteramos no se demostró en esta audiencia de juicio oral y público. También queremos hacer mención, como ya lo hicimos al momento de alegar inicialmente, que la primera sentencia ya no tuvo por probado el supuesto hecho ocurrido el 10 de junio, condenándolo al mismo única y exclusivamente por el segundo hecho supuesto ocurrido el 20 de junio; y esa condena tan solo fue objeto de recurso por parte de esta defensa; por tanto, se aplica lo supuesto en el art. 457 de la prohibición de la reforma en perjuicio. En base a todos los argumentos jurídicos que ya hemos manifestado al tribunal, solicitamos que se aplique la duda a favor de mi representado, plenamente garantizado por nuestra legislación procesal penal en su art 5°; y, consecuentemente, disponga la absolución de culpa y pena del Sr. Denis Ramón Ferreira, ordenando la inmediata libertad del mismo."

  
Abg. Nayana Alfaro  
Jueza Penal de Sentencias

Abg. LOURDES E. PEÑA  
Jueza Penal  
Liq. y Sent. N° 1

  
Abg. María Elena Oviedo Curril  
Abogada Judicial



Abog. Blanca I. Gorostiaga B.  
Juez de Sentencia

Este tribunal. llega a la siguiente conclusión, respecto al análisis de la existencia del hecho punible de ROBO AGRAVADO conforme a los medios probatorios expuestos existen dos declaraciones recibidas en juicio, de la madre de la supuesta víctima la Sra. Roxana Vanesa Villamayor Ozuna y de la supuesta víctima Nayeli Mabel Martínez Villamayor. En ese sentido al analizar esas dos declaraciones precisamente encontramos el relato de dos hechos, el **primero** ocurrido en fecha 10 de junio y el **segundo** el 20 de junio todos del 2017. En ambos hechos la madre Rossana Vanessa Villamayor es una testigo de referencia del relato de la hija la víctima Nayeli Mabel Martínez Villamayor, quien le contó a su madre y realizaron las 2 denuncias ante la Comisaría. En el primer hecho denuncia ocurrido en fecha 10 de junio de 2017, la víctima dicen que cuando supuestamente ella venía por la calle Gral. Santos fue tomada por una persona que manejaba una moto y tenía casco, con un acompañante que estaba a cara descubierta quien le atacó tomándole de hacia atrás, luego dice la misma que no le llegó a ver, pero que en su brazo vio un tatuaje que ella reconoció que pertenecía a su ex novio DENIS porque tenía su nombre y fecha de aniversario y que ella también le reconoce por la voz cuando le exige que le entregué lo que tenía en este caso eran los 450.000 guaraníes que ella traía supuestamente, ¿por qué supuestamente?, porque este extremo no fue comprobado en juicio de que ella tenía ese dinero, ni de que era delegada, ni de que era tesorera; este hecho no fue comprobado por este Tribunal por ninguno de otros medios ingresados a juicio; solo existe la declaración de la víctima y su madre. Con respecto al reconocimiento, del autor ella afirma que le reconoció por un tatuaje que tenía, pero tampoco fue comprobado en juicio que el acusado tuviera dicho tatuaje solo consta sus dichos y además agrega que no le vio pero le reconoció, sin embargo, porque le agarró de hacia atrás y le escucho que hablaba en guaraní; tampoco señala que decía solo referenció que Denis hablaba en guaraní cuando realizaba estos tipos de hechos, queriendo señalar la sospecha de que se dedicaba a robar, este extremo tampoco fue corroborado por este Tribunal y fue desacreditado por que el acusado no cuenta con antecedentes penales, estudia es un chico de familia contrariamente a lo manifestado en juicio por la supuesta víctima quien en su declaración ante este Tribunal dice que entro en pánico y no grito ni había nadie en la calle; esto último según la fiscalía es contrario a lo denunciado y declarado en el otro juicio que supuestamente hablo con un guardia pero tampoco este extremo fue comprobado con el guardia; también para este Tribunal no es creíble que a las 19:30 horas no haya gente en la calle en la zona de Emergencias Médicas y de la Universidad Uninorte. También que tenía 450.000 guaraníes del curso y que venía de una reunión de delegados y ella era la encargada de guardar la plata del curso porque era la tesorera. Para este Tribunal no quedó corroborado que la víctima tenía esa suma de dinero que en su monto difiere de la acusación; tampoco quedo corroborado que era el dinero del curso no se ha ofrecido ni diligenciado ningún medio que corrobore dicho extremo como declaración de alguna compañera acta de reunión de delegados, y mucho menos que el acusado tuviera un tatuaje en el brazo. Otro extremo no comprobado y que según el ministerio Publico difiere con lo denunciado y declarado ante el mismo es que dice que le golpea en la cervical con un arma en la denuncia, otro extremo que ha creado duda en este Tribunal porque dijo que se atendió del golpe y luego afirma que tenía una lesión

Escaneado con CamScanner



cervical por un accidente en moto. Es decir para este Tribunal no quedo corroborado de que tenía ese dinero, de que en esa zona a esa hora a las 19:30 como ella pretende justificar, que no existieran otras personas en la calle para pedir auxilio, y que nadie pudo haberse enterado de esta situación de robo que estaba supuestamente sufriendo, que supuestamente ella vino corriendo hasta su casa y le contó a su mamá que ella no pudo ni gritar, que no pudo ni siquiera expresar de alguna forma cuando que se diera evidenciar que estaba siendo víctima de ese primer robo, también el supuesto golpe, que presenta un certificado médico de una lesión cervical que declara en juicio que es una lesión cervical sufrida en un accidente de moto, es decir no queda comprobado y genera duda, si esa lesión es del hecho o es una lesión anterior, tampoco ha sido asegurado y genera duda. En las declaraciones de la Srta. Nayeli y su mama existen incongruencias entre una y otra en la forma en que ocurrieron tanto el PRIMERO como SEGUNDO hecho que *"no puede avalar una condena con la declaración en juicio de la víctima más aun cuando han existido inconsistencias en el testimonio y se ha considerado dudas respecto al primer hecho porque los detalles del hecho se contradicen y no constituyen fundamento jurídico sostenible para fundar una sentencia condenatoria. Para este Tribunal existen extremos que no han sido comprobados, afirmaciones hechas en juicio que en la misma declaración se contradicen de cómo fue realizado el PRIMERO hecho y no se comprueban de que el acusado DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ haya sido el responsable del hecho de robo agravado, porque no ha sido comprobado sin lugar a dudas".* En cuanto al SEGUNDO hecho *"en aquella ocasión se había señalado circunstancias por la testigo Nayeli que hoy día no se han señalado por ejemplo la utilización del arma juego que refirió en su denuncia no haber visto y si como indico a este tribunal haber visto el arma y también en relación a este segundo hecho no refirió por ejemplo que le haya apretado por la espalda conforme había dicho en sus declaraciones anteriores; entonces para este Tribunal en esta audiencia se dijeron hecho como el cuchillo debajo del pantalón, el beso, el reclamo de la rotura de la relación y la amenaza de que iba seguir haciéndole cosas malas que fueron ya hechas por mesingerd con anterioridad y no fueron denunciadas por ella. Es decir para este Tribunal si existen hechos que generan dudas sobre la participación del acusado luego de haber escuchado la declaración de la víctima y también de la madre, luego de la lectura de las instrumentales en este juicio en primer lugar el dinero para depositar en una cooperativa y en segundo lugar celulares para sorteo refirió que esta circunstancia no fueron tampoco comprobados por ningún medio de la rifa una situación señalada por Nayeli el día de hoy y que la Fiscal dice que no he escuchado en otra audiencias anteriores que en el segundo hecho en fecha 20 de junio del 2017 había referido que el señor Denis le había dicho porque le dejo, voy a hacerte las cosas, le quiso besar, esas situaciones no pueden darse quizás por el tiempo transcurrido pero contrariamente son agregadas son situaciones nuevas que han surgidos hoy en este testimonio entonces ante el Tribunal que hacen dudas al Fiscal y no aporta elementos de convicción suficientes para poder solicitar esta fiscalía la*

*Abg. LOUISE E. ROSA*  
Jueza Penal de Lq. y Sent. N° 4

*Abg. Blanca I. Gorostiaga B.*  
Juez de Sentencia

*Abg. ESTELA DOVEDA CURRIL*  
Fiscalía Judicial

*Juzgado Penal de Sentencia N° 4*  
Asunción - Paraguay



*condena del señor Denis Ramón Ferrelra en base al art 5 del código procesal penal solicitándose así la absolución del mismo por dudas.* La víctima declara ante este Tribunal de que supuestamente el señor Denis le agarra del brazo y le pone con la espalda hacia la pared y mirando hacia adelante suyo, amenazándole que le va seguir haciendo porque le dejó y también resulta ser que ahí él ya agarró los dos celulares donde uno supuestamente era también de su curso para un sorteo, tampoco existe evidencia de que eso haya sido así de que ella verdaderamente tenía eso, si era una cuestión de la escuela, podría haber venido cualquiera de las compañeras a testificar, pero si tenemos la declaración de ella, no tenemos ningún otro elemento de juicio para poder decir es veraz ese relato con respecto a la existencia de los dos celulares J5 y J7 marca SAMSUNG ;Con respecto a que ve y reconoce al acusado el **señor DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ** no coincide con el relato fáctico de la acusación que no habla de esta situación que dice luego de la bofetada salió corriendo llevando la mochila, en ningún momento habla de los detalles totalmente contrapuestos como: que le reconoce porque le tiene de frente, que recibe amenazas y reclamos por parte del acusado **DENIS RAMÓN** porque supuestamente le dejó, también recibe amenazas para junto a su pareja actual, con la amenaza d que seguirá haciéndole mal si no vuelve con ella. Tampoco se ha podido todos estos extremos comprobar en juicio de que existieron estas amenazas previas como nos relató en su declaración, a pesar de que fueron supuestamente previas y realizadas por Messenger y mucho menos se hicieron denuncias de las mismas, ni se ha producido en juicio ningún medio que evidencie esta situación que supuestamente estaba aconteciendo. Tampoco hay evidencia del hecho de que la víctima vino corriendo, no hay filmación a pesar de que en la zona hay cámaras, del supuesto guardia, no tenemos evidencia de que haya sido así, de que alguien le haya auxiliado, en esta declaración no se refiere a nadie así, pero en la sentencia de la Cámara habla de esa situación; en la declaración ante este Tribunal habla de que supuestamente el acusado **DERLIS RAMÓN** le saca los celulares, también a parte de no existir otros medios que acrediten la posesión de dichos celulares es demasiada casualidad y poco creíble para este Tribunal de que justamente en los dos hechos ella tenía dinero por un lado y celular del curso, tampoco tenemos esos extremos asegurados dentro del juicio en donde pudieron haber venido alguna compañera o algún registro en donde ella era la depositaria de esos objetos. También, con respecto al primer caso donde le reconoce por el tatuaje, tampoco tenemos evidencias de que tipo de tatuaje, ni fotos, ni nada por el estilo, es decir, en este juicio tenemos dos declaraciones y estas declaraciones tienen detalles que no han sido corroboradas y otros hechos agregados en este juicio que genera un estado de duda primero sobre la credibilidad de dichos testimonios por diferir en la acusación y las declaraciones realizadas ante ambos Tribunales que genera un estado de DUDA que es insuperable, ¿por qué es insuperable?, porque acusar a una persona de un hecho con la cual tuvo una relación sentimental que difieren en el tiempo, a parte que tampoco son corroborados por ningún otro medio de prueba, así como tampoco no tenemos evidencias de ningún arma, no tenemos evidencias de ningún cuchillo, ella se refiere que cuando se le acercó sintió que como que era un cuchillo y después resulta ser que en la determinación de qué tipo de cuchillo, tampoco nos dice detalle sobre el mismo, como tampoco sobre el arma, no se evidencia



signos de violencia y mucho menos de la sustracción, y finalmente existen dudas de como finalmente ocurrieron los hechos, por la variación en las declaraciones con la acusación. Para este Tribunal hay duda de que haya habido esos objetos que se han sacado mediante la fuerza, que se haya utilizado un cuchillo o que se haya utilizado arma, y de que haya sido el acusado **DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ**, es decir, no podemos superar ese estado de duda con los simples relatos que no generan la convicción sobre la veracidad de los mismos, siendo insuperable el estado de dudas por la falta de otras pruebas que acrediten la existencia del hecho y la responsabilidad en los hechos acontecidos en fecha 10 y 20 de junio de 2017 del acusado **DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ** por no comprobarse en juicio, en consecuencia corresponde **ABSOLVER DE CULPA Y PENA** al acusado **DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ** por DUDA. -----

Que, el tipo penal que castiga el **ROBO AGRAVADO** está previsto en nuestro derecho positivo en el Art.167 inc. 1º numeral 1 y 2 del Código Penal, en los siguientes términos: -----

... 1º "Cuando el autor robara:

1. Portando, él u otro participante, un arma de fuego;
2. Portando, él u otro participante, un arma u otro instrumento o medio para impedir o vencer la resistencia de otro mediante fuerza o amenaza de fuerza,-----

Que, ahora corresponde preguntarnos por la punibilidad del acusado, **DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ**, en carácter de autor del conforme al Art.167 inc. 1º Numeral 1 y 2 del Código Penal, en concordancia con el art. 29 inc. 1º del mismo cuerpo legal.-----

Que, analizando la tipicidad del hecho, y en primer término el tipo objetivo, tenemos que el bien jurídico precautelado en el tipo de robo agravado son los bienes de las personas y la conducta con que se menoscaba ese bien, mediante el desapoderamiento de la cosa mueble ajena mediante utilización de la fuerza contra la persona para apropiarse de la cosa que se encuentra en poder del propietario, desapoderándolo y estableciéndose una nueva posesión sobre la cosa mueble. Para este Tribunal los hechos denunciados en el presente juicio no fueron comprobados por ningún medio de prueba sin lugar a dudas. No ha sido comprobada la existencia de la cosa mueble en poder de la víctima tanto en el primer hecho como en el segundo hecho; tampoco fue comprobada sin lugar a dudas la conducta de desapoderamiento a la víctima y mucho menos se comprobó la forma de realización y la supuesta violencia ejercida como surge del examen de los medios presentados como sustento de la acusación y que fueron uno por uno desacreditados en su valoración por parte del Tribunal por tanto corresponde **ABSOLUCION DE CULPA Y PENA** del primer y segundo hecho acusado al señor **DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ** por DUDA y corresponder en derecho.-----

  
JUEZ Penal de Sentencias

  
ABG. LOURDES E. PEÑA  
Jueza Penal  
Liq. y Sent. N° 13

  
Abg. Blanca I. Gorostiza B.  
Juez de Sentencia

  
ABG. MA. ESTELA BOVEDA CURRIL  
Abogada Judicial



Cabe recalcar que las probanzas arrimadas en el desarrollo del presente juicio, no han sido contundentes y precisas para destruir el estado de inocencia que goza toda persona sometida a juicio, las pruebas son los únicos medios para llegar a la verdad real, para descubrir y valorar los elementos probatorios en la realización del hecho punible acusado. No es posible dictar sentencia condenatoria por simples suposiciones, indicios sin suficiente fuerza probatoria o de direcciones sin razonamiento jurídico. Probar es demostrar la verdad, la prueba judicial, consiste en la confrontación de las versiones dadas por los testigos con otros medios ofrecidos y producidos. En el presente juicio; el caudal probatorio ha sido insuficiente y contradictorio para destruir el estado de inocencia del procesado. El principio «in dubio pro reo» es un apotegma jurídico que se convierte en auxiliar del Juez a la hora de interpretar y valorar la prueba, derivado del principio «favor rei», aplicable en casos en el que existiendo pruebas de signo inculpativo, éstas dan margen a una duda racional, y si la prueba practicada no es bastante para formar su convicción o apreciación en conciencia en orden a la culpabilidad o inocencia del acusado, las dudas habrán de resolverse siempre a favor del reo. El principio «in dubio pro reo» se halla previsto en el artículo 5 del Código Procesal Penal, *“En caso de duda los jueces decidirán siempre lo sea más favorable para el imputado”*, la duda favorece siempre al acusado en atención al derecho, y a la garantía de la presunción de inocencia que goza todo ciudadano, conforme a lo dispuesto por el artículo 4 del Código Procesal Penal y el Artículo 17, inc. 1º de la Constitución Nacional. En el caso en estudio, el Tribunal Juzgador no contó con contundente material probatorio que rompa con el estado de inocencia que goza el acusado **DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ**. En tales circunstancias difícilmente se, podría arribar a la conclusión de que el acusado ha participado en el hecho punible de **ROBO AGRAVADO** y mucho menos que su conducta reúna los requisitos de una conducta penalmente relevante.-----

Que este Tribunal dice que al no darse la tipicidad ya no corresponde seguir analizando los demás presupuestos de la punibilidad, por lo que corresponde **ABSOLVER DE CULPA Y PENA** al acusado **DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ** por el hecho punible de **ROBO AGRAVADO**, conforme al Art. 167 inc. 1 Numeral 1 y 2 del Código Penal, **por ser insuficiente lo probado en juicio y no superar el estado de DUDA**.-----

Que, con respecto a las costas, conforme lo dispone el art. 261 y demás concordantes del C.P.P, la misma deberá ser impuesta en el orden causado.-----

**POR TANTO**, este Tribunal Colegiado de Sentencia, por unanimidad en nombre y representación de la República del Paraguay;-----

#### RESUELVE:

1) **DECLARAR**, la competencia del Tribunal Colegiado de Sentencia integrado por la Juez Abg. **BLANCA IRENE GOROSTIAGA BEJARANO** como Presidente del mismo, y como Miembros los Jueces **ROSSANA MALDONADO** y **LOURDES PEÑA VILLALBA**, para entender en el presente juicio y la procedencia de la acción penal.

Abg. BLANCA IRENE GOROSTIAGA BEJARANO  
Jueza Penal de Sentencias

Abg. ROSSANA MALDONADO  
Jueza Penal de Sentencias

Abg. LOURDES E. PEÑA  
Jueza Penal  
Liq. y Sent. Nº 1

Abog. Blanca I. Gorostiaga B.  
Jueza de Sentencia

Juzgado Penal de Sentencia Nº 4  
Asunción - Paraguay

Escaneado con CamScanner



2) **DECLARAR** no probada la existencia del Hecho Punible de **ROBO AGRAVADO**, conforme al Art. 167 inc. 1, Numeral 1 y 2 del Código Penal respecto al acusado **DENIS RAMÓN FERREIRA BENITEZ**.-----

3) **ABSOLVER** de reproche y pena a **DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ**, con C.I. N° 5.966.949, sin sobre nombre, ni apodo, de nacionalidad paraguaya, de estado civil soltero, nacido en Asunción, el 17 de agosto de 1998, hijo de doña Nancy Adriana Ferreira Benítez, habiendo cursado hasta el séptimo grado, de profesión empaquetador, domiciliado en la vivienda del abuelo sito en la casa de las calles Acá Verá c/ Cerro Cora, Barrio Kambala de la ciudad de Asunción, por el hecho punible de **ROBO AGRAVADO**.-----

4) **LEVANTAR** las medidas cautelares impuestas a **DENIS RAMÓN FERREIRA BENÍTEZ**, con C.I. N° 5.966.949, impuesta por A.I. N° 615 de fecha 23 de setiembre del 2017.-----

5) **COSTAS**, en el orden causado.-----

6) **FIRME** esta resolución, librar oficio a la Sección de Antecedentes Penales del Poder Judicial y a la Justicia Electoral para su registro correspondiente.-----

7) **ANOTAR**, registrar, notificar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia. -----

ABG. ROSSANA MALDONADO  
MIEMBRO



ABG. LOURDES PEÑA VILLALBA  
MIEMBRO

ABG. BLANCA I. GOROSTIAGA B.  
PRESIDENTE

ANTE MÍ:

  
RODOLFO ESTELA ECHEVEDA CURRIL  
Notaría Judicial

15

EXPEDIENTE: "RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA ABG. BLANCA LILA MARTÍNEZ FLORES DEFENSORA PÚBLICA EN DEFENSA DE LOS SEÑORES ANTOLÍN AYALA, ROFINO GIMÉNEZ Y ERICH GIMÉNEZ EN LOS AUTOS: LUCIO WILFRIDO FUENTES Y OTROS S/ HOMICIDIO".-

  
Recibido  
10 JUN. 2019  
Requiere  
los autos

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO. *Trescientos sesenta y uno*

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los *10* días del mes de *Junio* del año dos mil diecinueve, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los Excmos. Señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Doctores **MANUEL DEJESÚS RAMÍREZ CANDIA, MIRYAM PEÑA y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA**, por ante mí, la Secretaria autorizante, se trajo el expediente caratulado: "LUCIO WILFRIDO FUENTES Y OTROS S/ HOMICIDIO DOLOSO", a fin de resolver el Recurso Extraordinario de Casación planteado en contra del Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de Villa Hayes de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes.-----

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes; -----

#### CUESTIONES:

¿Es admisible para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: **RAMÍREZ CANDIA, PEÑA, BENÍTEZ RIERA**.-----

Abg. Karinna Peralta  
Secretaria

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL DOCTOR MANUEL DEJESÚS RAMÍREZ CANDIA DIJO: La Abg. Defensora Pública Blanca Lila Martínez, plantea Recurso de Casación contra el Acuerdo y Sentencia N°10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, expone como motivo de casación la falta de fundamentación de la sentencia, exponiendo como agravios la violación de las reglas previstas del procedimiento para los hechos punibles relacionados con pueblos

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia  
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Candia  
Ministra



indígenas, específicamente la ausencia del consultor técnico especializado, prevista en el art. 433 numeral 1) del CPP<sup>1</sup>, el otro agravio hace referencia a lo previsto en el art. 175 del CPP<sup>2</sup>, el cumplimiento de las formas previstas para la valoración conforme a la sana crítica, específicamente el testigo de referencia o de oída y las huellas dactilares.-----

En cuanto al estudio de la primera cuestión, corresponde hacer un análisis de admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación planteado, teniendo en cuenta el principio de taxatividad objetiva que rige la materia recursiva en el proceso penal previsto en el art. 449 del CPP<sup>3</sup>, y la interposición y trámite del mismo previsto en los arts. 468<sup>4</sup> y 480 del CPP<sup>5</sup>, la regla general en materia de impugnaciones señala que solo se podrán recurrir las resoluciones judiciales en los casos expresamente establecidos siempre que causen un agravio al recurrente, de esta forma el recurso debe cumplir con los presupuestos de impugnabilidad objetiva, que la resolución recurrida sea la afectada al recurso, impugnabilidad subjetiva, que el recurrente sea la persona que tenga derecho a hacerlo.-----

Respecto al Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de Villa Hayes de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, integrado por los magistrados, Gustavo Martínez, Víctor Sánchez Cano y Celsa Rojas de Morínigo, es una Sentencia Definitiva emanada del Tribunal de Apelaciones ella, de conformidad a lo previsto en el art. 477 del CPP<sup>6</sup>, solo es impugnabile por la vía del Recurso Extraordinario de Casación.-----

<sup>1</sup> Art. 433. Etapa preparatoria. La etapa preparatoria se registrá por las disposiciones comunes, con las siguientes modificaciones:

1) La investigación fiscal será realizada con la asistencia obligatoria de un consultor técnico especializado en cuestiones indígenas, sorteado de la lista prevista en este Título.

<sup>2</sup> Art. 175. Valoración. Las pruebas obtenidas serán valoradas con arreglo a la sana crítica. El tribunal formará su convicción de la valoración conjunta y armónica de todas las pruebas.

<sup>3</sup> Art. 449. Reglas generales. Las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen agravio al recurrente.

El derecho de recurrir corresponderá tan solo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas.

<sup>4</sup> Art. 468. Interposición. El recurso de apelación se interpondrá ante el juez o tribunal que dictó la sentencia, en el término de diez días luego de notificada, y por escrito fundado, en el que se expresará, concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende.

Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo.

Si las partes estiman necesaria una audiencia pública para la fundamentación complementaria y discusión del recurso deberán solicitar expresamente.

Cuando el procedimiento se haya iniciado en una circunscripción judicial distinta al de la sede del tribunal de apelaciones, el recurrente, en el escrito de interposición, y los demás al contestar el recurso o al adherirse a él, fijarán nuevo domicilio procesal.

<sup>5</sup> Art. 480. Trámite y resolución. El recurso extraordinario de casación se interpondrá ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para el trámite y la resolución de este recurso serán aplicables analógicamente, las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia, salvo en lo relativo al plazo para resolver que se extenderá hasta un mes como máximo en todos los casos.

<sup>6</sup> Art. 477. Objeto. Solo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extinga la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

**RECIBIDO**  
**5 JUN 2019**  
**Procuraduría General de la Nación**

En relación al motivo de casación expuesto por la recurrente, es el previsto en el art. 478 numeral 3) del CPP<sup>7</sup>, también se da, en razón a que menciona concretamente el agravio que le causa la resolución recurrida y lo argumenta de manera correcta haciendo un análisis racional de los motivos expuestos por el Tribunal de Apelaciones y señala de manera precisa la norma que ha sido aplicada erróneamente

En ese sentido expone como primer agravio, la violación de las reglas del procedimiento para miembros de comunidades indígenas, específicamente la falta de un perito técnico especializado en cuestiones indígenas, la fundamentación de este agravio es extensa y señala de manera precisa cuáles son los hechos en los que se basa, además menciona concretamente cuáles fueron las normas vulneradas en el caso particular.

Como segundo agravio, la recurrente menciona la violación de las reglas de la sana crítica en la valoración de los medios de prueba por parte del Tribunal de Sentencia, y en ese contexto, también se observa que la impugnante menciona y ataca concretamente cuáles son los vicios de la resolución recurrida que le causa el agravio y los motivos por los cuáles según su parecer, se produjo el vicio en la fundamentación de la decisión del Tribunal de Alzada, cumpliéndose así las exigencias básicas de fundamentabilidad del Recurso de Casación.

En atención a todo lo mencionado precedentemente, se observa que los presupuestos formales de admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación de hallan reunidos en su totalidad, por lo tanto, corresponde declarar admisible el recurso y pasar a analizar en consecuencia la procedencia del mismo.


A su turno, la Doctora **MIRYAM PEÑA** manifiesta que se adhiere íntegramente al voto emitido por el Ministro preopinante por los mismos argumentos.

A su turno, el Doctor **LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA** manifiesta cuanto sigue: Que se presenta la Defensora Pública Blanca Lila Martínez a interponer Recurso de Casación contra el Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación Multifueros de la Circunscripción Judicial del Presidente Hayes.

Abg. Karinna Penoni  
Secretaria

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel Defensor Ramírez Candia  
MINISTRO

  
Dr. Miryam Peña Candia  
Ministra

<sup>7</sup> Art. 478. Motivos, el recurso extraordinario de casación procederá, exclusivamente:  
3) Cuando la sentencia o el auto serán manifiestamente infundados,



A tal efecto, deben ser analizadas las disposiciones contenidas en los artículos 477, 478, 480 y 468 del Código Procesal Penal, los cuales consagran las condiciones genéricas de interposición del recurso de casación estableciendo expresamente la conminación de inadmisibilidad, que se hará efectiva cuando el acto se cumpla en violación a los requisitos formales o a su contenido. En este contexto, la inadmisibilidad es una sanción procesal que consiste en la imposibilidad jurídica de que un acto ingreso al proceso, debido a su irregularidad formal, por inobservancia de una expresa disposición.

Los aspectos sobre lo que debe recaer el examen de admisibilidad son los siguientes: a) que la resolución impugnada sea recurrible (impugnabilidad objetiva); b) que quien interponga el recurso tenga derecho, es decir, que el sujeto esté legitimado para recurrir por tener interés directo en la impugnación y la capacidad legal para interponerlo con relación al agravio que la resolución le ocasiona (impugnabilidad subjetiva); y c) que concurran los requisitos formales de modo, lugar y tiempo que deben rodear el acto de interposición del recurso.

La recurrente impugna el Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de Apelación, está si evidencia el carácter de definitiva y extintiva del procedimiento, por lo que este fallo recurrido se torna pasible de ser revisado por la vía de la casación impetrada.

Con relación a la **IMPUGNABILIDAD SUJETIVA** ella refiere a la circunstancia de quienes impugnan tenga interés en recurrir. En tal sentido, recurre en casación la Defensora Pública Abg. Blanca Lila Martínez, razón por la cual puede decirse que se encuentra efectivamente cumplido este requisito de admisibilidad.

La impugnación debe interponerse ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un plazo de diez días de notificada la resolución. La recurrente plantea el recurso de casación en fecha 2 de mayo de 2017, estando dicha presentación planteada en tiempo, por lo que se halla dentro del plazo establecido.

Ahora bien, con respecto a las condiciones de modo, la ley procesal dispone claramente que **el recurso debe ser interpuesto por escrito fundado, expresando concreta y separadamente cada motivo con sus fundamentos y la solución jurídica que pretende**. Asimismo, el Art. 478 del mismo Código individualiza en sus tres incisos, los únicos y exclusivos **MOTIVOS** que hacen la procedencia del recurso extraordinario: *"El recurso extraordinario de casación procederá exclusivamente: 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad de diez años y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto*

Constitucional, 2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia, y 3) cuando la sentencia y el auto sean manifiestamente infundados".-----

En su escrito, la casacionista ha invocado como causal el inciso 3ro del artículo 478 del C.P.P., argumentando que *"la resolución es manifiestamente infundada, pues el tribunal de apelación no analizó los agravios expuestos en la apelación especial"*. Solicita se haga lugar al recurso de casación y la desvinculación definitivamente de sus defendidos.--

Debemos recordar que el acto impugnativo debe manifestarse por escrito y debe estar motivado en razones de hecho y de derecho que demuestren la existencia del vicio denunciado y la solución que corresponda al caso.-----

Al respecto, el Prof. Fernando de la Rúa, sostiene: "El recurso debe ser motivado y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente en el mismo escrito de interposición, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta" (La Casación Penal – Depalma 1994).-----

Debemos señalar que la competencia del órgano Juzgador queda limitada a los motivos invocados en el escrito de interposición del recursos de manera que los motivos no se hallan consignados en el escrito respectivo o simplemente si los mismos no son argumentados por los impugnantes, es imposible dar trámite al recurso en cuestión tronándose así inadmisibile el planteamiento. **El acto impugnativo debe bastarse a si mismo.**-----

La impugnante en autos no ha dado cumplimiento a este requisito, por demás necesario. Es más, la casación no es una instancia más, por lo que indefectiblemente deben puntualizar las bases legales que sustentan, para seguidamente concretarse los errores jurídicos de las resoluciones que resultan perjudiciales. La casacionista en su escrito de interposición debió determinar el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta y no argumentar los mismos agravios expuestos en la apelación especial, agravios que ya fueron analizados por el Tribunal de apelación y el tribunal de sentencia en su momento.-----

Abg. Narinda Penon  
Secretaria

Definitivamente, la apelante ha equivocado la forma de interponer el recurso de casación, ya que su escrito no puede asemejarse a una expresión de agravios, pues la naturaleza del recurso de casación es totalmente distinta. Debemos señalar que de la atenta lectura del agravio de la recurrente, alega la falta de respuestas a sus cuestionamientos.-----

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Caudia  
MINISTRO

Dr. Miryam Peña Caudia  
Ministra



Finalmente, cabe destacar que esta Corte Suprema de Justicia, ya ha sostenido en fallos anteriores que el Recurso de Casación, no puede considerarse una tercera instancia, es por tal razón que la ley exige de una manera imperante la expresión de motivos del recurso de casación como una de las condiciones de admisibilidad, puesto que se debe individualizar en forma clara y específica el agravio. En ese sentido, la motivación debe ser requisito FORMAL de la presentación, ya que constituye el elemento primordial de contenido crítico, valorativo y lógico, por tal razón es obligación del casacionista demostrar la violación existente, el vicio o el error del que padece el fallo atacado, el modo en que afecta a sus derechos y solución que se pretende, extremos que la recurrente no ha cumplido. En estas condiciones y sin entrar a analizar el fondo de la cuestión planteada, se tiene que el recurso interpuesto es **notoriamente inadmisibile**, ya que no reúne todos los presupuestos formales de admisión, debiendo ser declarado en tal sentido. **Es mi voto.**-----

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DOCTOR MANUEL DEJESÚS RAMÍREZ CANDIA DIJO:** En cuanto a la Procedencia del Recurso Extraordinario de Casación, habiendo el recurrente argumentado su postura en su escrito respectivo, corresponde pasar a analizar los agravios expuestos en el mismo.-----

Con respecto a los agravios expuesto por el impugnante, el Tribunal de Apelaciones no realizó una fundamentación lógica y suficiente basada en motivos de hecho y de derecho conforme lo establece nuestra normativa procesal en el **art. 125 del CPP<sup>8</sup>**, además de eso, debe indicar el valor que le otorga a cada medio de prueba, lo cual es una exigencia, puesto que la valoración de la prueba en nuestro sistema se rige por la sana crítica, y esta implica un proceso de razonamiento basado en las reglas de la lógica.-

El Tribunal de Apelaciones en vez de contestar de manera concreta los agravios del recurrente, basándose en las exigencias legales para la fundamentación de la sentencia, expone una síntesis breve de manera general de lo que fue el fallo del Tribunal de Sentencia, se pone a relatar el camino que ha seguido el mismo para dictar su sentencia repitiendo los mismos argumentos y utilizando frases de rutina para intentar fundamentar de esa manera su decisión.-----

<sup>8</sup> **Art. 125. Fundamentación.** Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión.

La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba.

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación.

RECIBIDO  
5 JUN 2019  
Boletín de Jurisprudencia

En parte de sus argumentos, el Tribunal de Apelaciones manifestó cuanto sigue: "El referido artículo limita las funciones del Tribunal de Alzada a la verificación de la correcta aplicación del derecho, al cumplimiento de las garantías constitucionales y a la forma de valoración de las pruebas por el sistema de la libre convicción o sana crítica por parte del Tribunal A quo, como así también controlar la existencia o no de nulidades absolutas por ser estas de orden público. Esta limitación permite además que los hechos las pruebas puedan ser discutidos mediante un contradictorio, en un debate oral y público".-----

De lo señalado por el Tribunal de Alzada, se observa claramente que se refiere de manera general a los principios y reglas que deben ser seguidos en el proceso penal en materia de valoración de medio de prueba, lo que el Tribunal debió hacer es explicar si la sentencia atacada cumple con esas reglas establecidas que señala de manera general, es decir, el deber de control de legalidad de la sentencia, implica un análisis de las reglas de logicidad seguidas por el Tribunal de Mérito, es justamente a esto que debe ceñirse el control, y en base a ese análisis exponer una fundamentación respecto de cada cuestión objeto del recurso.-----


El mero relato cronológico de lo ocurrido en el proceso de dictado de la sentencia, la descripción de frases que son utilizadas normalmente para referirse a ciertas figuras jurídicas o instituciones procesales, o la crítica genérica a un fallo dictado, no constituyen en ningún caso fundamentación lógica de la sentencia, al contrario, esto expresamente como señala el Código Procesal Penal, presupone un vicio de la misma de conformidad a lo establecido en el art. 403 numeral 4), justamente por apartarse de las reglas para la fundamentación de las sentencias que expresamente prevé nuestro ordenamiento.-----

Por lo tanto, teniendo en cuenta los argumentos señalados precedentemente, corresponde **ANULAR** el **Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017**, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes.-----

Abg. Karinna Penon  
Secretaría  
Con respecto a la **Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016**, dictada por el Tribunal de Sentencia de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes paso a exponer cuanto sigue.-----

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Córdia  
MINISTRO

  
Dra. Miryam Peña Candia  
Ministra



Cabe recordar que cuando se invoca como motivo de casación el **art. 478 numeral 3) del CPP**, sentencia infundada, este concuerda directamente con lo establecido en el **art. 403 numeral 4) del CPP<sup>9</sup>**, donde se menciona cuáles son los vicios de la sentencia que precisamente habilitan la apelación especial y la casación, y en el punto específico del citado artículo, define en qué casos la sentencia es infundada.-----

En ese sentido, debo mencionar respecto al primer agravio, que la **Constitución Nacional en su art. 63<sup>10</sup>**, reconoce el derecho de los pueblos indígenas y establece de manera clara e imperativa que en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta siempre el derecho consuetudinario, es decir, la aplicación del derecho consuetudinario a los miembros de comunidades indígenas es un derecho de rango constitucional, que además está taxativamente previsto en nuestra norma procesal penal.-----

De igual manera, el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales Número 169, adoptado en la ciudad de Ginebra en la 76° Reunión de la CIT en fecha 27 de junio de 1989, en sus artículos 8 al 10, hace referencia respecto al tratamiento que se deben dar a los miembros de las comunidades indígenas que son procesados penalmente.-----

El capítulo de procedimientos para los hechos punibles relacionados con pueblos indígenas, prevé el procedimiento especial para esos casos y las reglas que se deben seguir cuando un miembro de la comunidad indígena sea procesado penalmente, y de manera expresa establece que tanto en la etapa preparatoria, etapa intermedia y en el juicio oral y público, es obligatoria la presencia y el dictamen de un perito técnico especializado en cuestiones indígenas.-----

El incumplimiento de estas reglas, además de violar un derecho de rango constitucional y establecido de igual manera en Convenios Internacionales ratificados por Paraguay, y con plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, afecta un principio fundamental del sistema procesal

<sup>9</sup> **Art. 403. Vicios de la sentencia.** Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación y la casación, serán los siguientes:

4) Que carezca, se insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal. Se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales. Se entenderá que es contradictoria la fundamentación cuando no se ha observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.

<sup>10</sup> **Art. 63. De la identidad étnica.** Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar ya desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.



penal acusatorio, también consagrado constitucionalmente, que es el derecho a la defensa, señalado en el art. 6 del C.P.P.-----

Puesto que para aplicar el derecho consuetudinario que ampara la Constitución Nacional y los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Paraguay, es necesarios conocer la forma de vida, costumbres y tradiciones de la comunidad indígena del miembro que está siendo procesado penalmente, para esto, precisamente es necesario la presencia del consultor técnico especializado en cuestiones indígenas, situación que no se ha dado durante el proceso penal.-----

Esta violación a las reglas establecidas en favor del imputado, y que afectan el ejercicio de la defensa en juicio, no pueden ser subsanables de ningún modo, puesto que justamente las formas están taxativamente previstas para precautelar esos derechos fundamentales por su vital importancia, y apartarse de ellas implica la nulidad absoluta de las actuaciones, y como consecuencia, todos los actos ulteriores al vicio cometido carecen de validez, puesto que de ninguna forma estas actuaciones viciadas podrían ser subsanadas para que dicho acto tenga validez, precisamente en determinados actos procesales de gran relevancia, existen formas exigidas por la ley que deben ser cumplidas de manera que con esto se puedan precautelar los derechos consagrados.-----

La nulidad absoluta, es la sanción procesal que se aplica a una actuación cuando la misma se realiza sin las formas previstas en la norma, afectando así un principio fundamental del proceso penal, que deviene de un derecho constitucional, en el caso concreto es el derecho a la defensa en juicio, consagrado en la Carta Magna, de esta manera, el acto viciado no puede ser subsanado de ninguna forma, y como consecuencia, no se puede retrotraer el proceso a etapas anteriores con la idea de volver a repetir el acto viciado para realizarlos con las formas exigidas, esto generaría un detrimento en los derechos del acusado, que además el art. 12 del CPP<sup>11</sup> prohíbe de manera expresa.-----

Abg. Karinna Penoni  
Secretaria

En el caso concreto, se observa que durante todo el proceso penal, en la etapa preparatoria, en la etapa intermedia y en el Juicio Oral y Público, los acusados, que son miembros pertenecientes a comunidades indígenas, no han contado con el apoyo técnico de un consultor técnico especializado en cuestiones indígenas, con lo cual no pudo conocerse respecto de sus usos y costumbres relacionados a la comunidad de los mismos, tal como

Dr. Manuel Dolores Ramírez Cardia  
MINISTRO

Dr. Miryam Peña Cardia  
Ministra

<sup>11</sup> Art. 12. Inobservancia de las garantías. La inobservancia de un principio o garantía no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara. Tampoco se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, sobre la base de la violación de un principio o garantía prevista en favor del imputado, salvo cuando él lo consienta expresamente.

Luis María Benítez Riera  
Ministro



garantiza la Constitución Nacional y de la misma forma el Código Procesal Penal.-----

Esta situación no solo imposibilitó que se pueda conocer a profundidad la forma de vida y las costumbres de la comunidad en que vivían los acusados, para de esa manera poder decidir y aplicar el derecho de la manera correcta, sino que también con esto se limita el ejercicio del derecho a la defensa, ya que los acusados miembros de la comunidad debe ser asesorados de manera precisa y clara respecto de las implicancias que pudiera tener un proceso penal en su contra, y asimismo los demás intervinientes, Ministerio Público y órganos jurisdiccionales deben conocer y entender las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para así posibilitar el amplio ejercicio de la defensa en base a ellas.-----

Por lo tanto, se observa que claramente se han violado las reglas establecidas en el Código Procesal Penal para el para el juzgamiento de miembros de los Pueblos Indígenas, específicamente lo referente a obligatoriedad de la presencia de un consultor técnico durante el proceso.---

Ahora bien, con relación a las huellas de manos y pies levantadas en el lugar del hecho, que el propio tribunal concluye en base al informe técnico, haciendo el contraste de la huella con la palma de la mano de Antolín Ayala, en donde se tuvo aproximadamente ocho puntos de coincidencia, y el citado informe técnico dice claramente que recién a partir de doce puntos coincidentes con las huellas tomadas se puede colegir que corresponderían a las huellas dactilares de la misma persona.-----

Siendo así, que no se dan los puntos coincidentes necesarios que señala el informe técnico, el tribunal da por acreditado que Antolín Ayala fue el autor del hecho, aquí no se trata de volver a valorar el medio de prueba producido en juicio oral y público, como en este caso es el informe técnico de las huellas, sino que verificar si en base a la producción de esa prueba, la valoración del tribunal de mérito fue correcta rigiéndose por la regla de la sana crítica como lo establece la norma procesal.-----

La sana crítica refiere *"las pautas racionales fundadas en la lógica y la experiencia que hacen de la valoración judicial la emisión de un juicio formalmente válido (en tanto respeta la leyes lógicas del pensamiento argumentativamente sólido (en tanto apoyado en la experiencia apuntala la convicción judicial) que) y demuestra o repite en los autos, la convicción formada en base a aquellas"*<sup>22</sup>.-----

<sup>22</sup> BOGARÍN GONZÁLEZ Jorge Enrique, Manual de Derecho Procesal Penal, Segunda Edición, La Ley, págs. 642 y 643.

5 JUN 2019  
RECEIVED  
Corte Suprema de Justicia  
Este significa que deben ser aplicadas las reglas de la lógica en el momento en que los juzgadores realizan el trabajo intelectual de valorar los medios de prueba. En este caso, claramente el tribunal de mérito no siguió las reglas del razonamiento lógico al momento de valorar el medio de prueba señalado, ya que de manera contundente se concluyó en el informe técnico que científicamente a partir de doce puntos coincidentes recién se puede colegir que las huellas pertenecen a una misma persona, y el Tribunal de manera inversa estableció que Antolín Ayala fue el autor del hecho siendo que solo se han establecido ocho puntos coincidentes, y de ninguna manera, en este caso, se puede dar por acreditado tal hecho, en tal sentido, el tribunal se apartó del razonamiento lógico al momento de otorgar valor al medio de prueba, porque de ninguna manera podía arribar a tal conclusión, partiendo de la premisa establecida en el informe técnico, el cual fue claro y concluyente.-----

Este razonamiento al que arribó el tribunal de sentencia se aparta de la experiencia y las reglas de la lógica, la cual implica que de los hechos acaecidos solo se puede establecer la conclusión en un solo sentido, y el tribunal termina dando por acreditado los hechos en otro sentido distinto al que sería el correcto, teniendo en cuenta el medio de prueba valorado (el informe técnico sobre las huellas), en consecuencia, esta decisión adoptada por el Tribunal de Mérito es errada porque se aparta del razonamiento lógico que es exigido por el sistema de valoración de pruebas en nuestro ordenamiento procesal penal.-----

Otra cuestión que se suscita referente la violación de la regla de la sana crítica, se da con relación a la declaración testimonial del señor Guillermo Murillo, quien manifestó en el juicio oral y público que el propio Erich Giménez le contó en persona, que realizó el hecho con los otros acusados, es decir, los que atentaron contra la vida del señor Bernard Kheler, y que tal acontecimiento se dio por motivos económicos en virtud a la relación laboral existente entre la víctima y los acusados.-----

Esto es lo que en doctrina se denomina testigo indirecto o de referencia o testigo de oída, y lo que ocurre es que se manifiesta el relato que otro hizo respecto de un suceso, pero no la veracidad del mismo, puesto que el testigo de referencia no percibió a través de sus sentidos el hecho que se alega haber acontecido, y por ende, no existe forma de verificar que el hecho relatado por el de referencia haya acontecido precisamente de tal forma, puesto que solo relata lo manifestado por otra persona respecto de un suceso supuestamente ocurrido, que de ninguna forma puede ser corroborado por el de referencia, y solo se remite a declarar tal cual le fue narrado el suceso por la otra persona.-----

Abg. Karla Hernández  
Secretaría

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel Delgado Ramírez Candia  
MINISTRO

Dra. Angélica Peña Candia  
Ministra



Esto no significa que el testigo de oída o de referencia deba ser rechazado de manera absoluta, sino que debe ser valorado con otros medios de prueba de manera conjunta, ahora bien, en ningún caso, teniendo como único medio de prueba la declaración de un testigo de referencia, se puede generar con este el grado de certeza absoluta ya sea positiva o negativa en los miembros del tribunal respecto de los hechos objeto de juicio que pretenden ser probados.-----

El problema de las testigos de referencia radica en la casi nula eficacia demostrativa respecto de las circunstancias fácticas, ya que en la declaración, el testigo no puede acreditar el contenido de sus dichos, solo se puede acreditar verazmente lo narrado por un tercero, la persona que le contó al testigo respecto de los hechos que este declara.-----

En consecuencia el testimonio de referencia solo puede ser valorado eficazmente cuando existan otros medios de pruebas que puedan acreditar la veracidad de los acontecimientos ocurridos, y que fueron narrados por el testimonio de referencia, por ejemplo, la declaración del testigo directo del hecho que presencié por sus sentidos los hechos, o algún medio de prueba documental o pericial que demuestre de manera fehaciente que los hechos ocurrieron en el sentido expuesto, solo así cobrará relevancia y eficacia probatoria la declaración de referencia.-----

Teniendo en cuenta los vicios procesales señalados precedentemente, y los cuales no pueden ser subsanados de ninguna forma en esta etapa del proceso penal, generando así la nulidad absoluta de actuaciones, corresponde **ANULAR** la **Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016**, dictado por el Tribunal de Sentencia, y en consecuencia disponer la **ABSOLUCIÓN** de los acusados **ANTOLÍN AYALA, ERICH GIMÉNEZ y ROFINO GIMÉNEZ**, de conformidad a lo previsto en el **art. 474 del CPP<sup>13</sup>**. En cuanto a las costas, estas deben ser impuestas a la parte vencida de conformidad al artículo 261 del Código Procesal Penal. **Es mi voto.**-----

A su turno, la Doctora **PEÑA** manifiesta que se adhieren íntegramente al voto emitido por el Ministro preopinante por los mismos argumentos.-----

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por ante mí que lo certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:-----

Abg. Karinna Penoni  
Secretaría

Ante mí:

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Cordero  
MINISTRO

Dr. Miryam Peña Cordero

<sup>13</sup> Art. 474. Decisión directa. Cuando de la correcta aplicación de la ley resulta la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver, directamente sin reenvío.



ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: .....364.....

Asunción, 04, de Junio de 2019.-

RECEBIDO  
- 5 JUN. 2019  
Roque López  
S.P.D.E.P.J.

Los méritos del acuerdo que antecede, la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA PENAL  
RESUELVE:**

1.- **DECLARAR ADMISIBLE** para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación, planteado, por la Defensora Pública Abg. Blanca Lila Martínez Flores contra el **Acuerdo y Sentencia Número 10 de fecha 07 de abril de 2017**, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, y contra la **Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016**, dictada por el Tribunal de Sentencia, por las razones y con los alcances expuestos en el exordio de la presente resolución.-----

2.- **HACER LUGAR** al Recurso Extraordinario de Casación planteado contra el **Acuerdo y Sentencia Número 10 de fecha 07 de abril de 2017**, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, y contra la **Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016**, dictada por el Tribunal de Sentencia.-----

3.- **ANULAR** el **Acuerdo y Sentencia Número 10 de fecha 07 de abril de 2017**, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, y la **Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016**, dictada por el Tribunal de Sentencia, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.-----

4.- **ABSOLVER** por decisión directa a los acusados **ANTOLÍN AYALA, ERICH GIMÉNEZ y ROFINO GIMÉNEZ**, de conformidad a lo previsto en el artículo 474 del Código Procesal Penal.-----

5.- **IMPONER** las costas en el orden causado.-----

6.- **ANOTAR**, registrar y notificar.-----



Ante mí:

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel De Jesús Ramírez Caudis  
MINISTRO

Abg. Karinna Penoni  
Secretaria

Dr. Manuel De Jesús Ramírez Caudis  
Ministra

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO SeSENTA y cuatro

RECEBIDO  
22 MAR. 2019  
HONORABLE  
C. E. P. J. A.

Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a  
los 22 días, del mes de Febrero, del año dos mil diecinueve

estando reunidos en la Sala de Acuerdos los señores Ministros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, MANUEL RAMÍREZ CANDIA y MIRYAM PEÑA CANDIA ante mí la Secretaria autorizante, se trajo el expediente caratulado: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO PENAL DE ASUNCIÓN CARLOS ARCE LETELLIER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO AGRAVADO", con el fin de resolver el recurso extraordinario de casación contra el Acuerdo y Sentencia N° 15 de fecha 20 de marzo de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones, Segunda Sala de la Capital.

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, resolvió plantear las siguientes:

**CUESTIONES:**

¿Es admisible el Recurso de Casación Interpuesto?.

En su caso, ¿resulta procedente?.

A los efectos de determinar un orden para la exposición de las opiniones, se realizó un sorteo que arrojó el siguiente resultado: BENÍTEZ RIERA, RAMÍREZ CANDIA y PEÑA CANDIA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el MINISTRO BENÍTEZ RIERA, dijo: Que por Acuerdo y Sentencia N° 15 de fecha 20 de marzo de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones, Segunda Sala de la Capital, se resolvió entre otras cosas: "...///...; 3) CONFIRMAR la S.D. N° 376 del 30 de setiembre de 2016, dictado por el Tribunal de Sentencia Colegiada integrado por los Jueces Abog. Cynthia Paola Llovera Britex (Presidente); Abog. Esther Feltas y Abog. Juan Carlos Zarate (Miembros Titulares)...///...; 4) ANOTAR...///..."

Abg. Karina  
Secretaria

El Defensor Público, Abog. Carlos Arce Letellier, interpone recurso extraordinario de casación contra el fallo citado más arriba, en representación del Sr.

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel Ramírez Candia  
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Candia  
Ministra



GREGORIO MANUEL MALDONADO, y centra sus agravios en que la resolución es manifiestamente Infundada invocando los Arts. 477, 478 del C.P.P. en concordancia a los Arts. 403, 125, 165, 166, 170 y 171 del mismo digesto instrumental, unidas al Art. 256 de la Constitución Nacional.-----

El casacionista fundamenta el recurso incoado, resumiendo entre otras cosas:“///...; Como podemos ver, en la presente exposición se distinguen básicamente dos agravios que esta defensa endilga a la resolución recurrida, por un lado, la presentación fuera de plazo de la acusación (1) y por otro, la falta de fundamentación de la sentencia (2), empero ambos agravios, entendemos, a la luz de lo dispuesto en el Art. 478 del C.P.P. pueden ser analizados conjuntamente por la Sala Penal.///...; Como primer punto, hemos manifestado, y nos hemos agraviado, que la acusación del Ministerio Público fue presentada fuera de plazo de los seis meses que la propia ley otorga al órgano acusador para la presentación del requerimiento conclusivo.///...; (Sic)-----

La Fiscal Adjunta, Maria Soledad Machuca Vidal, encargada del Área Especializada en Recurso de Casación de la Fiscalía General del Estado, mediante Dictamen N° 815 de fecha 27 de junio de 2017, ha contestado el traslado corridole y en conclusión manifiesta; “ ///..., esta representación fiscal solicita a VV.EE tener por contestado el traslado dispuesto en la presente causa en los terminos precedentemente expuestos y, en consecuencia, rechazar por improcedente el Recurso Extraordinario de casación interpuesto por el defensor público Abg. Carlos Arce Letelier en representación de Gregorio Manuel Maldonado, contra le Acuerdo y Sentencia N° 15 de fecha 20 de marzo de 2017, dictado por el Tribunal de apelaciones en lo Penal, Segunda Sala de la Capital por corresponder así en estricto derecho.///..., (sic). -----

Cabe destacar que el sistema recursivo dentro del actual sistema procesal se rige principalmente por los principios de taxatividad y debida técnica, con lo cual los fallos deben ser impugnados exclusivamente por los medios y las formas impuestas por el Código Ritual.-----

En esa tesitura, corresponde efectuar en primer lugar el estudio de la admisibilidad del recurso aducido. El análisis de la procedencia se efectuará posteriormente solo y si el recurso ha sido interpuesto a) en la forma y término prescritos por la norma b) si la resolución impugnada da lugar a él (taxatividad objetiva), y; c) si fue deducido por quien tiene capacidad para ello (taxatividad subjetiva).-----



RECIBIDO  
22 FEB 2019  
López  
S.P.A.

EXPEDIENTE: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO PENAL DE ASUNCIÓN CARLOS ARCE LETELIER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO AGRAVADO".

En relación al primer punto de análisis de la admisibilidad, referido a la forma de interposición: el Artículo 468 en concordancia con el Artículo 480 del Código Procesal Penal dispone: "El recurso... se interpondrá en el término de diez días luego de notificada, y por escrito fundado, en el que se expresará concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende".

El acto impugnativo debe manifestarse por escrito y debe estar motivado en razones de hecho y de derecho que demuestren la existencia del vicio denunciado y la solución que corresponda al caso.

En tal sentido, analizado el escrito del Recurso de Casación desde el aspecto formal, constatamos que fue presentado dentro del plazo de diez días de notificada la resolución. El fallo recurrido posee la virtualidad de poner fin al procedimiento, puesto que confirma una condena. El Abog. Defensor como motivo de su impugnación incurse su planteamiento sobre los presupuestos del artículo 477 y 480 del Código Procesal Penal (C.P.P.), invocando igualmente la vulneración de diversos preceptos de orden legal. Lo mencionado por el profesional se halla debidamente desarrollado y resulta autosuficiente. Corresponde en consecuencia disponer la admisibilidad del recurso. ES MI VOTO.

A la segunda cuestión planteada, el Ministro BENÍTEZ RIERA, manifiesta lo siguiente: Puntualizados los planteamientos realizados por parte de la Defensa, partimos de que una sentencia *manifiestamente infundada* presupone una falta de motivación o fundamentación, ausencia de la exposición de los motivos que justifiquen la convicción del Juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinen la aplicación de una norma a ese hecho. No solo consiste en que el Juzgador no consigne por escrito las razones que lo determinan a declarar una concreta voluntad de la ley material que aplica, sino también en no razonar sobre los elementos introducidos en el proceso, de acuerdo con el sistema impuesto por la Ley Procesal, esto es, en no dar razones suficientes para legitimar la parte resolutive de la sentencia.

En tal sentido, la falta de motivación es aquel vicio que detectado en el fallo Sentencia Judicial reviste al mismo de tal entidad que priva a lo resuelto de inferencias y razones suficientes para argumentar y justificar las conclusiones respecto de cada una de las cuestiones sometidas a consideración del órgano jurisdiccional pertinente.

Abg. Karinna Penabaz

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel Defensor Público  
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Candia  
Ministra

Que, dentro de este contexto jurídico-procesal y ya entrando en materia, observado el considerando de la resolución cuestionada, resulta acertado mencionar que el Tribunal de Apelación ha tenido eficacia en contestar los agravios del apelante. El Tribunal contestó de manera fundada todos los puntos apelados, sin dejar agravio alguno sin dar una respuesta, lo cual se colige de la simple lectura del Acuerdo y Sentencia impugnado.....

Por lo que, para dar mayor énfasis y certeza a lo ya referido más arriba, en cuanto a la presentación extemporánea de la acusación por parte de la Fiscalía, primeramente ya fue analizado por el Tribunal de Sentencia manifestando lo siguiente *"referido a la nulidad de la acusación, el Tribunal ha constatado las actuaciones obrante en el expediente judicial y entiende que corresponde no hacer lugar al planteamiento de la defensa técnica en razón a las disposiciones contenidas en los art. 168 inc. 2º, art. 169 inc. 2º del Código Procesal Penal, el tribunal ha constatado de que el acusado ha contado con una defensa técnica que lo asistió a lo largo de todo este proceso y de haber existido una suerte de error ha sido convalidada por la defensa y a estas instancias ya se encuentra precluida esa posibilidad de planteamiento, motivo por el cual el tribunal resuelve en base a los artículos mencionados rechazar el incidente planteado por la Defensa (sic)."*.....

En cuanto al análisis de los agravios, hecho por el Tribunal de Apelaciones, los mismos manifestaron lo siguiente; *"... Del análisis de los agravios expuestos por la defensa de GREGORIO DANIEL MANDONADO vemos que la misma cuestiona la decisión del Tribunal de Sentencia con relación al rechazo del incidente planteado, cual es la nulidad de la acusación por presentación extemporánea, por lo que peticiona que se declare la nulidad absoluta de la Sentencia..."* ...//...; Así las cosas, tenemos que, el artículo 166 del Código Procesal Penal dispone: **"NULIDADES ABSOLUTAS.** Además de los casos expresamente señalados en este código, serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución, el derecho internacional y este código...//...;.....

Igualmente el artículo 168 del Código Procesal Penal dice: **"SANEAMIENTO DE LAS NULIDADES RELATIVAS.** Exceptos los casos de nulidad absoluta, sólo podrá solicitar el saneamiento de la nulidad: 1) mientras se realiza el acto o dentro de las veinticuatro horas de realizado, cuando quien lo solicita haya estado presente en él; y, 2) antes de



22 FEB 2019  
Rosa López  
S.P.

EXPEDIENTE: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO PENAL DE ASUNCIÓN CARLOS ARCE LETELLIER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO AGRAVADO".—

conoce la decisión impugnada, cuando no haya estado presente. Si por las circunstancias del acto ha sido imposible advertir oportunamente su nulidad, el interesado deberá reclamarla dentro de las veinticuatro horas después de conocerla. La solicitud de saneamiento describirá la irregularidad, individualizará el acto viciado u omitido y propondrá la solución. Asimismo el artículo 169 del mismo cuerpo legal dice: "CONVALIDACION. Las nulidades relativas quedarán convalidadas: 1) cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento; 2) cuando quienes tengan derecho a solicitarla hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; y, 3) si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados...///... (sic);-----

De conformidad a las disposiciones citadas más arriba, podemos observar a fs. 60 de autos, consta la providencia de fecha 19 de agosto de 2014, en donde el Juzgado Penal de Garantías puso de manifiesto en la Secretaría el escrito de ACUSACIÓN presentado por la Fiscalía, como también de las actuaciones, evidencias y medios de prueba reunidos por el Ministerio Público durante la investigación preliminar, siendo notificada por cedula al representante de la defensa técnica de esta providencia, en fecha 07 de octubre de 2014 (fs. 66). (sic).-----

Con respecto a la objeción en cuanto a la presentación tardía de la Acusación, el Tribunal de Sentencia se ha expedido correctamente al manifestar que, al no ser objetado en la etapa procesal oportuna, en la audiencia preliminar, no ha sido vulnerado ningún derecho a la defensa, por lo que el planteamiento de la nulidad deviene extemporáneo. (sic).-----

El Abog. Defensor Público, en cuanto a lo que expresa específicamente (presentación fuera del plazo de la acusación) y ( falta de fundamentación), el mismo pretende que se vuelvan a estudiar cuestiones fácticas al intentar convencer con sus palabras, que sus reclamos no fueron atendidos, tanto por el Tribunal de Sentencia como por el Tribunal de Apelaciones. Por lo que, la resolución en crisis no reviste ninguna irregularidad y fue dictada en el marco de la competencia decisoria donde el órgano revisor actuó conforme a su competencia material, puesto que se limitó al control de la corrección jurídica del fallo, la lógica de la sentencia y la observancia de la ley, en base a todo lo mencionado, no se constatan causales de nulidad o defectos que invaliden la resolución del Tribunal de Apelaciones, por lo que no se configuran los

Abg. Karina Penoni  
Secretaría

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia  
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Candia  
Ministra

presupuestos del art. 478 del C. P. P., dado que la fundamentación expuesta en la misma resulta ajustada a derecho, por lo cual corresponde el rechazo del planteo recursivo por improcedente.-----

**POR TANTO**, en atención a los fundamentos expuestos y con sustento legal en el Art. 256 de la Constitución Nacional, así como el y 478 inciso 3) del Código Procesal Penal, el Recurso Extraordinario de Casación planteado por la defensa del Sr. Gregorio Manuel Maldonado, debe ser rechazado. **ES MI VOTO**.-----

Las costas deben ser impuestas a la parte perdedora en base a los Art. 261, en concordancia con el Art. 269, ambos del Código Procesal Penal. **ES MI VOTO**.-----

A su turno, el Ministro **RAMÍREZ CANDIA**, manifiesta lo siguiente:

**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA:** me adhiero a la opinión del Ministro preopinante.-----

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA:** manifiesto que disiento respetuosamente de la opinión del Ministro preopinante.-----

Para analizar el presente recurso, es menester comenzar a estudiar cuales son los agravios del recurrente, a fin de corroborar las respuestas de la Cámara de Apelación al mismo. Debemos indicar que, si bien el recurrente invocó dos causales del artículo 478 del CPP, se ve claramente que todos sus agravios pueden ser derivados de cada una de las causales, por lo que resulta innecesario estudiarlas por separado, ya que una situación por él elevada ante la Corte, es suficientemente explicada a la luz de cualquier causal, quedando las demás como refuerzo a sus expresiones, dando mayor fuerza a sus fundamentos.-----

El casacionista se agravia contra la resolución del Tribunal de Apelación porque lo considera infundada en razón de no haber contestado sus agravios contra la sentencia de primera instancia.-----

El impugnante centra sus agravios contra el Tribunal de Sentencia en haber convalidado la acusación fiscal presentada fuera del plazo fijado para ello. Al respecto el Tribunal de Apelaciones manifestó que: "el Tribunal de Sentencia se ha expedido correctamente al manifestar que, al no ser objetado en la etapa procesal oportuna, en la audiencia preliminar, no ha sido vulnerado ningún derecho a la defensa, por lo que el planteamiento de nulidad deviene extemporánea".-----

Considero que tanto el Tribunal de Apelación como el Tribunal de Sentencia incurrieron en errores in procedendo al resolver el agravio planteado.-----





EXPEDIENTE: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO PENAL DE ASUNCIÓN CARLOS ARCE LETELLER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO AGRAVADO".—

RECIBIDO  
22 FEB 2019  
Rozado  
S.D.P.

ando así a resolver los ítems planteados, en cuanto al primer agravio del mismo, el mismo indica que la acusación se ha presentado a destiempo, es decir, fuera del plazo de seis meses que la ley otorga para su presentación.-----

Para resolver este aspecto, cotejamos los actos procesales vinculados con el mismo, que son en primer lugar la presentación de la imputación, la cual fue realizada en fecha 6 de febrero de 2014; posteriormente a ella, a fojas 26, se encuentra la providencia del juzgado que tiene por presentada dicha imputación, ordenándose que la acusación se presente en fecha 6 de agosto de 2014.-----

Así, conforme a fojas 59 de autos, la acusación fiscal fue presentada el día 12 de agosto de 2014 y no el día 6 del mismo mes, como indicara el juez de la causa.-----

Es innegable que la acusación fue presentada a destiempo, lo cual constituye una violación al principio de plazo razonable se encuentra reconocido por el artículo 8.12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual señala que "toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable" coincidente con nuestro art. 135 del CPP. El debido proceso indica el derecho de los justiciables de acceder a una tutela judicial efectiva, a través del desarrollo de un procedimiento reglado, en el cual se observen una serie de principios y garantías, cuya finalidad última es alcanzar justicia. A su vez, este derecho lleva implícito una serie de "derechos filiales" reconocidos como fundamentales y que incluye el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, publicidad, celeridad y presunción de inocencia.-----

El derecho al plazo razonable es propiamente una "manifestación implícita" del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana. Así, el principio de plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurarse que ésta se decida prontamente. Cabe precisar que el hecho de que el derecho al plazo razonable sea considerado como un "contenido implícito" del derecho al debido proceso trae como consecuencia que aquel pueda ser identificado como un derecho fundamental de configuración autónoma.-----

En la presente causa, el Ministerio Público presentó su acusación seis días después del plazo fijado por el Juez de Garantías lo cual per se viola el principio mencionado, no admitiendo convalidación alguna. Ante la falta de acusación el Juez de

Abg. Karina Rodríguez  
Secretaría

Luis María Benítez Riera  
Ministro

Dr. Manuel Delgado Rodríguez Candia  
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Candia  
Ministra

garantías debió imprimir el trámite previsto en el art. 139 del CPP, lo cual no lo hizo y tampoco fue solucionado por el Tribunal de Sentencia.-----

Es innegable que la acusación fue presentada a destiempo. Esta situación nos obliga a ingresar decididamente en el campo de la teoría de la nulidad, puesto que es de ella que la defensa tacha al acto entredicho; la misma indica pormenorizadamente no solo los principios de la materia, sino que incluso expresa que su silencio en los momentos procesales de primera y segunda instancia, no significan nada, puesto que el acto es nulo, revestido de lo que él llama, nulidad absoluta.-----

Considero que el tratamiento de una nulidad, y para llegar a una sanción como ella, debe pasar por varias etapas; la primera de ellas, es detectar el vicio o el acto de resolución, llamando quebrantamiento formal; luego, observar si dicho quebrantamiento produjo un agravio, posteriormente, observar si existió una convalidación, para luego ver si el acto puede ser objeto de subsanación, declarar la nulidad solicitada o detectada.-----

En el caso sometido a estudio, vemos que existe claramente un quebrantamiento formal, aplicando el artículo 139 del CPP, notando que dicha inobservancia provocó un incumplimiento del Juez de Garantías, en el sentido de no intimar al Fiscal General del Estado a requerimiento alguno. Notamos también que existe un claro agravio, o daño, ya que con el dicho acto de presentación de acusación extemporánea, se basa todo el proceso posterior del recurrente, que termina en la condena del mismo.-----

Pasando a la convalidación, vemos que estamos en presencia de una nulidad llamada absoluta, la presencia de la convalidación carece de sentido, pudiendo ella estar presente como no. Será considerada nulidad absoluta, tal como lo dice la Ley, aquellas que afecten al Derecho a la Defensa, o a la vulneración de todo principio o garantías consagrados en el Derecho Positivo. En este caso se halla aquejado el Principio del Plazo Razonable y del Debido Proceso, y así se puede catalogar esta presentación extemporánea de la Acusación como una nulidad absoluta, siendo innecesaria la convalidación.-----

En cuanto a la Subsanción, ya la Corte ha dicho en varios fallos, como ser Víctor Hugo Rolón s/ Exacción en la Sentencia Definitiva N° 552 del 29 de julio de 2009 y Elida Hein, s/ Homicidio Doloso en el Acuerdo y Sentencia N° 840 del 28 de agosto de 2017, que toda clase de nulidades pueden ser subsanadas, corregidas o sus actos repetidos. Lo único que debe tenerse presente en esta situación, y ya ante el evidente carácter



RECEBIDO  
22 de Mayo de 2019  
H. Carlos Arce Letelier  
S. P. 1990

EXPEDIENTE: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO PENAL DE ASUNCIÓN CARLOS ARCE LETELIER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO AGRAVADO".—

Acto, es para la subsanación no se retrotraiga el proceso en contra del mismo

Entonces, para la Subsanción, debe observarse los artículos 12, 167 y 171 del CPP, que indica que para corregir el acto no se puede retrotraer el proceso a etapas anteriores, salvo casos expresos señalados por el Código.

Los artículos 12 y 171 del CPP, al unísono, dan un caso señalado por la ley, indicando que el proceso no puede retroceder cuando afecta a "Garantías" o "Principios" dados en favor del procesado.

Por todas estas argumentaciones, corresponde hacer lugar al recurso de casación anulando los fallos de primera y segunda instancia correspondiendo en consecuencia el sobreseimiento del acusado de conformidad a los art. 12, 139 y 474 del CPP.

Igualmente corresponde remitir los antecedentes de la causa a la Dirección de Auditoría de Gestión Judicial y al Fiscal General del Estado a fin de deslindar las responsabilidades de los órganos intervinientes.

Las COSTAS se impondrán al Agente Fiscal interviniente por las actuaciones negligentes del Agente Fiscal de la causa; por la presentación extemporánea de la acusación. ES MI VOTO.

A su turno, la Ministra PEÑA CANDIA manifiesta que se adhiere al voto del Ministro RAMIREZ CANDIA, por corresponder a estricto derecho.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

Ante mí:

Euse María Benítez Riera  
Ministro

Abg. Karina Penoni  
Secretaria

Dra. Miryam Peña Candia  
Ministra

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO 64-Asunción, 20- de Febrero de 2014.-

Y VISTOS. Los méritos del Acuerdo que antecede, la-

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

## SALA PENAL

## RESUELVE:

1.- DECLARAR ADMISIBLE el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Defensor Público Abog. Carlos Arce Letelier, por la defensa del Sr. GREGORIO MANUEL MALDONADO.....

2.- HACER LUGAR el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Defensor Público Abog. Carlos Arce Letelier, por la defensa del Sr. GREGORIO MANUEL MALDONADO, contra el Acuerdo y Sentencia N° 15 de fecha 20 de marzo de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones, Segunda Sala de la Capital, ANULANDO los fallos de primera y segunda instancia correspondiendo en consecuencia el SOBRESEIMIENTO del acusado de conformidad a los art. 12, 139 y 474 del CPP.....

3.- COSTAS, al Agente Fiscal interviniente en la presente causa.....

4.- REMITIR estos autos al juzgado competente.....

5.- ANOTAR, notificar y registrar.....

Ante mí:

Luis María González Riera  
MinistroDr. Manuel Domingo Ramírez Candiá  
MINISTRODra. Miryam Peña Candiá  
MinistraAbog. Verónica Herón  
Secretaría



Validado por el PODER JUDICIAL  
23/09/2020

Tribunal Apelaciones Penal 1º Tº

Yf 1523/25 1er Piso - Montevideo  
Tel. 1907 Int. (1º) 4867 - (2º) 4868

## CEDULON

Montevideo, 23 de Septiembre de 2020

**CEDULÓN Nro. 154/2020**

**NOMBRE:** Dres. Baladon Waldis, Ana Lia y Gamba Maneiro, Joaquín Andrés

**DOMICILIO:** Misiones 1295

En autos caratulados: " **MILKA YANELA GOMEZ ALMEIDA JORGE NERINSON SILVA ALMEIDA**, En expediente IUE 395-60/2019 INCIDENTE DE NULIDAD", IUE 395-229/2019 tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la/s providencia/s que a continuación se transcribe/n:

**Sentencia Nro. 612/2020**

Montevideo, 18 de Septiembre de 2020

Ministro Redactor: Dr. Sergio Torres Collazo.- VISTOS para interlocutoria de segunda instancia estos autos: "Milka Yanela GÓMEZ ALMEIDA y Jorge Nerinson SILVA ALMEIDA. Testimonio IUE. 395-60/2019" (IUE. 395-229/2019); venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de 1º Turno, en virtud del recurso interpuesto por los representantes de la víctima con el patrocinio del Dr. Fabricio Herrera, contra la resolución N° 968 dictada el 20.12.2019 por la Dra. Ivanna Marcela Combe Santos, con intervención del Ministerio Público (Dra. Angela Yanina Böhnke) y la Defensa Pública del encausado (Dr. Joaquín Gamba).- RESULTANDO I) La hostilizada (fs. 18-20) desestimó el incidente de nulidad planteado por los apelantes con el siguiente fundamento: "En atención a la normativa que regula la materia, no se hará lugar a la nulidad planteada por los representantes de la víctima. En efecto, el incidentalista plantea



<https://validaciones.poderjudicial.gub.uy>

CVE: 003030139592376E00C7

Página 1 de 12



que se vulneraron sus derechos aunque no especifica cuáles de los mismos preceptuados en el art. 81 del C.P.P. fue vulnerado" (Numeral 6º de fs. 18).- II) Al interponer apelación (fs. 22-23vto.) el perdedor abogó por la solución revocatoria.- En su fundada pieza de agravios sostuvo que el argumento de la Sede de instancia para fundar su decisión no condice con lo que emerge de la demanda incidental planteada.- En ella se precisa -con claridad- que el art. 81 NCPP otorga a la víctima el derecho a intervenir en el proceso penal y a ser oída. Y la nulidad se incoó, precisamente, porque la Sede A-quo irrespetó tal disposición cuando omitió notificar a los comparecientes de la audiencia que se celebró en el expediente IUE. 395-60/2019, impidiéndole ejercer el derecho a comparecer y a ser escuchados antes que se dictara la sentencia (art. 273.4 NCPP), siendo que habían previamente comparecido (fs. 70 del principal) y constituido domicilio electrónico con ese fin.- Tal irregularidad implicó la vulneración de "los derechos de las víctimas otorgados por imperativo legal, desarrollándose sin las garantías del debido proceso, resultando las mismas ofendidas por el delito como por el proceso mismo (absolutamente irregular desde fs. 74 y siguientes)".- III) Al evacuar el traslado (fs. 25-29), la Defensa Pública del encausado Pablo González, luego de admitir que no se notificó a los representantes de la víctima de las audiencias celebradas, se pronunció en sentido contrario.- Argumentó que éstos no tienen legitimación para oponerse al acuerdo del proceso abreviado o interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada, por cuanto no se los puede considerar directamente afectados (perjudicados) por ella.- IV) A su turno el Ministerio Público siguió esa misma línea de razonamiento (fs. 32-34).- Sin perjuicio de también reconocer que se omitió convocar "a las audiencias a "la víctima" de autos (en el caso los hermanos del fallecido Edinson Gómez)", dijo que dado que su comparecencia no es preceptiva no se habría causado nulidad, en tanto "está expresamente previsto en el Código la posibilidad de que la víctima no estuviere presente, estableciéndose en ese caso notificar la Sentencia".- Agregó que dadas las limitaciones que tiene su intervención en el proceso penal en general y en el proceso abreviado en particular (imposibilidad de oponerse al acuerdo, etc.), su inasistencia no puede afectar la validez de los actos procesales cumplidos sin su concurso.- V) Por resolución N° 519 de 29.5.2020 (fs. 30), la Sede A-quo franqueó la Alzada. Recibida la presente pieza, se citó para sentencia, que se acordó previo pasaje a estudio.- CONSIDERANDO I) Se habrá de amparar la incidencia de nulidad incoada en virtud de los fundamentos que se explicitarán.- II) Como tiene dicho la Corte IDH y es valor universalmente entendido, todos los órganos que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales -sin excepción- "tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías judiciales del debido proceso estipuladas en el artículo 8 de la Convención" (Caso Ivcher Bronstein, 6.2.2011, párrafo 104, entre otros).- Tales garantías, aun cuando se visualizan con mayor intensidad en relación al imputado, también alcanzan a otros sujetos que intervienen en el proceso (entre los que se ubica la víctima o sus familiares), habida cuenta de lo que del artículo citado diáfananamente se desprende: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro



<https://validaciones.poderjudicial.gub.uy>

CVE: 003030139592376E00C7

Página 2 de 12



de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (el destaque nos pertenece).- Norma que tiene su correlato en lo que consagra el art. 25 de la citada Convención: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".- Es por tanto de franco rechazo la afirmación de la Defensa Pública (al parecer, con la aquiescencia de la Fiscalía y la Sede A-quo) que "las garantías del debido proceso en materia penal, y específicamente el derecho a ser oído juega a favor del imputado o acusado" y no de la víctima, por cuanto ésta no es parte principal en el proceso, sino coadyuvante del Ministerio Público (fs. 26-27).- Hecha esta breve precisión, también corresponde señalar que entre las salvaguardas judiciales que el juez debe resguardar en el ejercicio de su imperium se inscribe la obligación de motivar sus decisiones, expresando en el documento de la sentencia las razones por las que se inclina por una solución determinada, tal como lo consagra el art. 112 del NCPP: "La Ley se lo impone como una manera defiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria" (Couture, Fundamentos, p. 286).- Porque lo que hay que entender es que toda decisión judicial es -en esencia- un acto de autoridad. Por ende, cuando se pronuncia en un Estado de Derecho, donde la arbitrariedad está proscripta, su dictado debe respetar a rajatabla el principio de legalidad y ello impone -al juez- el deber de dar cuenta de la forma como ha ejercido ese poder que le fue confiado por la ciudadanía: a la comunidad en general, a los sujetos que intervienen en el proceso en particular y a los tribunales superiores que posteriormente habrán de revisar sus decisiones: "La fundamentación también se exige ... para garantizar la posibilidad de recurrir, que implica la de analizar las conclusiones a que arriban los tribunales, discutiendo sus fundamentos, lo que hace imprescindible que éstos se exterioricen, que se expresen, pues sólo así se podrá conocerlos y por tanto criticarlos; la motivación de las resoluciones de los jueces, entonces, hace no sólo a la publicidad de los actos de gobierno que exige la publicidad de la decisión y de sus "por qué", sino también al derecho de defensa (derecho al recurso) ..." (Cafferata, Proceso Penal y derechos humanos, pp. 139-140).- En este orden, la Sala se permite observar que la escueta fundamentación que dio el fallo (como destaca el apelante, ni siquiera se compagina con lo que éste argumentó y expuso con la demanda



<https://validaciones.poderjudicial.gub.uy>

CVE: 003030139592376E00C7

Página 3 de 12



incidental de nulidad), se encuentra en frontal pugna con los postulados mencionados.-

III) Dicho esto, cabe ahora abordar el tema del papel concreto que se asigna a la víctima en el proceso en general y dentro del proceso abreviado en particular, y cuál sería la consecuencia de no permitirle ejercer los derechos que allí se le consagran.- Como tiene dicho este Tribunal (S.380/2010 y 319/2013, entre otras) en vigencia del antiguo régimen adjetivo (ley No.15.032) y hoy, con la sanción del nuevo Código (Ley No. 19.293) lo reitera: "... la sanción al culpable de un delito constituye un derecho humano de la víctima (o sus dolientes), que amerita una tutela efectiva. La Convención Americana sobre DDHH ratificada por la Ley 15.737, e incorporada aún antes de ella a la Constitución por vía de su art. 72 (cfm. SCJ, S.365/09), consagra la obligación de cada Estado de proveer a los sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos ha sido violado: "La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos" (SCJ, Sentencia cit.)".- Razón por la cual emerge con claridad que: "el denunciante o la víctima, tienen derecho de reclamar al Estado que agote los medios para esclarecer los hechos con apariencia delictiva que ha puesto en su conocimiento: <La sanción al culpable de un delito constituye un derecho humano de la víctima, que amerita una tutela efectiva. La Convención Americana sobre DDHH ratificada por la Ley 15.737, o aún antes, incorporada a la Constitución por vía de su art. 72 (cfm. SCJ, S. 365/09), establece la obligación de cada Estado de proveer a los sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado. En el caso de la víctima, se trata de una expectativa que el propio Estado debe satisfacer (Corte IDH, Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005 y Blanco Romero y otros vs. Venezuela, 18/11/2005, y De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2008). Se dice que el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan si corresponde a los autores (Comisión IDH, Informe 32/04, caso 11.556, de 11/3/04) ... la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un "recurso" sencillo y rápido (Comisión IDH, Informe 52/97, caso 11.218 de 18/11/98), con el alcance que ese término ("recurso"), es sinónimo de acceso, vía judicial o proceso (Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional, t. III, Bs. Aires, 1986, pp. 517 y 526)" (Cafferata, Proceso penal y DDH, CELS, 2007, p. 54)>" (de la Sala, S. 380/2010)".- "Tal actitud era la que jurídicamente correspondía, en virtud del acatamiento de las normas nacionales y supranacionales a las que el país está indisolublemente ligado, que ponen el énfasis en la obligación de la Justicia de actuar informada por un norte que apunta, inequívocamente, a lograr el esclarecimiento de los hechos y a sancionar a sus responsables: "La Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o espera con su accionar ... debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables" (S. de la Corte IDH en Gelman vs. Uruguay, Ap.194); "... la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un



<https://validaciones.poderjudicial.gub.uy>

CVE: 003030139592376E00C7

Página 4 de 12



<recurso> sencillo y rápido (Comisión IDH, Informe 52/97, caso 11.218 de 18/11/98), con el alcance que ese término ("recurso"), es sinónimo de acceso, vía judicial o proceso (Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional, t. III, Bs. Aires, 1986, pp. 517 y 526)". (Cafferata, Proceso penal y DDHH, CELS, 2007, p.54)" (de la Sala, S. 36/2014).- Esto quiere decir que al igual que el imputado o el acusado, la víctima (directa) o sus familiares (víctimas indirectas), también tienen derecho a una tutela judicial efectiva en el proceso, y por ende en ningún caso podrán verse privados arbitrariamente de ella, so pena cercenar de manera flagrante la garantía de la defensa que les asiste.- A la luz de esta concepción, para la Sala, el argüido argumento sobre el limitado papel que el Código asigna a la víctima en el proceso abreviado con el que el Ministerio Público y la Defensa del imputado buscan impulsar el rechazo de la pretensión incidental, resulta inadmisibles.- A estar a lo que emerge del debate, es muy claro que el tracto procesal que la Sede A-quo siguió en la especie, lisa y llanamente obvió -sin una justificación plausible- aplicar la reforma que al proceso abreviado legislado en el art. 273 NCPP imprimió la Ley No. 19.653, que en cumplimiento de la normativa supranacional antes mencionada, otorgó a la víctima el derecho a comparecer y a hacer oír su voz antes que se dicte la sentencia: "273.4 "En la misma audiencia, el juez dictará sentencia, luego de oír a la víctima si esta estuviera presente en la audiencia".- Y ello, para peor, cuando ya los demandantes incidentales habían comparecido: "con la intención de participar en este proceso, con los derechos y facultades que el Código del Proceso Penal nos asigna, de acuerdo a los artículos 79 y siguientes del mismo", y constituido "domicilio electrónico, tal cual lo prescribe el artículo 79.3 del C.P.P.".- Sin embargo, como mencionan los actores incidentales y no fue controvertido, en el curso del proceso, en dos oportunidades se convocó a audiencia (30/7 y 19/8) y en ninguna de éstas se les notificó de ello, tomando conocimiento del resultado de manera absolutamente casual, cuando "el letrado patrocinante concurre a la Sede encontrando el expediente disponible (en esta oportunidad), enterándose de la totalidad de las actuaciones realizadas, sin su conocimiento".- En este marco, donde de manera injusta se les privó del derecho a una tutela judicial efectiva, no es posible invocar la inexistencia de perjuicio o su falta de legitimación para reclamar el reconocimiento de una garantía que, es notorio, no constituye una graciosa concesión de la jurisdicción, sino que se encuentra explícitamente consagrada y reconocida por el Estado.- Porque más allá de la limitada participación que se les asigna, lo real y lo concreto es que de la forma como se los ignoró, y lo que es más relevante, de la manera como procesalmente se los pretende seguir ignorando, es evidente, en un enfoque pro homine, que inequívocamente se configuró un supuesto de vulneración de un derecho fundamental inalienable, consagrado por principios y normas de orden público (arts. 9.1 y 25 de la Convención, arts. 3, 8, 48, 79 y ss., 273 NCPP, arts. 7, 8, 12 de la Constitución), que no tiene otra sanción más que la solicitada, en tanto se trata de un supuesto de nulidad insanable.- POR CUYOS FUNDAMENTOS y lo dispuesto en las normas citadas, EL TRIBUNAL, RESUELVE: DECRÉTASE LA NULIDAD DE LAS ACTUACIONES DE FS. 74 EN ADELANTE, Y



<https://validaciones.poderjudicial.gub.uy>

CVE: 003030139592376E00C7

Página 5 de 12

DEVUÉLVASE A LA SEDE A-QUO, A SUS EFECTOS.- NOTIFÍQUESE Y  
DEVUÉLVASE.- Dr. Sergio Torres Collazo Ministro Dr. Alberto Reyes Oehninger Ministro  
Dra. Graciela Gatti Santana Ministra Esc. María Laura Machín Montañez Secretaria

ESC. MARÍA LAURA MACHÍN  
SECRETARIA LETRADA

Copias simples \_\_\_\_\_

23 SET. 2020

Por comisión de la Oficina, el día ..... me constituí en el domicilio  
indicado y no encontrándolo procedí a efectuar la NOTIFICACIÓN dispuesta,  
dejando el cedulón en forma.-



Notificador



<https://validaciones.poderjudicial.gub.uy>

CVE: 003030139592376E00C7

Página 6 de 12





## **MAGISTRADO PONENTE: LUIS FERNANDO DAMIANI BUSTILLOS**

El 23 de noviembre de 2017, se recibió en esta Sala Constitucional, escrito contentivo de la acción de amparo constitucional interpuesta por el abogado William Alberto Ramos Aguilar, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 85.041, actuando en su carácter de Defensor Público Tercero con competencia para actuar ante las Salas Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Casación Civil y Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia y Corte Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, asistiendo a la ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, titular de la cédula de identidad N° 12.351.757, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida el 4 de agosto de 2017, que declaró inadmisibile la demanda por desalojo de inmueble destinado a vivienda con fundamento en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda y revocó el fallo dictado por el Tribunal Cuarto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Marquina de esa misma Circunscripción Judicial el 4 de julio de 2017, que había declarado con lugar la demanda de desalojo incoada por la ciudadana Silvana Yadira Villegas Ramírez contra el ciudadano Juan Abelino Peroza Plana.

El 23 de noviembre de 2017, se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado Luis Fernando Damiani Bustillos, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 21 de febrero, 11 de junio, 8 de noviembre de 2018 y 12 de abril de 2019, el abogado William Alberto Ramos Aguilar, en su carácter de autos, consignó escrito formulando alegatos y efectuando pedimentos.

Realizado el estudio individual del expediente, esta Sala pasa a decidir, previas las siguientes consideraciones.

### **I**

## **DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL**

La parte accionante fundamentó su pretensión en los siguientes términos:

Alegó “[ser] legítima (sic) propietaria de un inmueble, constituido por un apartamento con sus anexos destinado para la vivienda principal ubicada en el Sexto Piso del Edificio N° 11[,] apartamento 11-63[,] del Conjunto Residencial Serranía Casa Club, Segunda Etapa, de la Urbanización la (sic) Mata, Sector Norte [,] Calle N° 8 con calle N°21 (sic), Parroquia Juan Rodríguez Suarez (sic), del Municipio Libertador, del Estado Mérida (...)”.





Que “[ejerce] la presente acción de Amparo (sic) Constitucional (sic) en (sic) contra de la decisión dictada por parte del Juzgado Superior Primero en lo Civil; (sic) Mercantil y del Transito (sic) De (sic) la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida (...) en la sentencia de fecha 04 de Agosto (sic) del año 2017; sentencia en la cual se decidió inadmisble [su] pretensión de desalojo del inmueble (ya descrito) en (sic) contra del (sic) ciudadano JUAN AVELINO (sic) PEROZA PLANA Suficientemente (sic) identificado en autos del TRIBUNAL CUARTO DE MUNICIPIO ORDINARIO Y EJECUTOR DE MEDIDAS DE LOS MUNICIPIOS LIBERTADOR Y SANTOS MARQUINA DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO BOLIVARIANO DE MERIDA (sic)” (Mayúsculas del escrito).

Que “(...) [la referida] sentencia incurrió en las siguientes violaciones de derechos constitucionales: 1.- Grave violación del derecho a la defensa, consagrado en los artículos: 49 ordinal 8 (sic) y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 117 en su ultimo (sic) aparte, y 123 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, Artículos (sic) 4 y 5 de la Ley (sic) de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales [y] 2.- Violación al debido proceso [establecido en] el artículo 49 de la nuestra (sic) Carta Magna (...)”.

Que “ (...) el texto del [referido] artículo (...) ofrece al particular o al funcionario (sic) la oportunidad real y efectiva de hacer valer su derecho como es el caso que nos ocupa siendo que por segunda vez se demanda ante las instancias correspondientes, y en la apelación solicitada por esta segunda vez en este otro juicio la parte demandada apelo (sic) a la decisión de fecha 04 de Julio (sic) de 2017, en su recurso de apelación no asistió a la audiencia fijada para el día y la hora señalada por el tribunal superior (...)”.

Que “(...) observando la ausencia del recurrente el Tribunal Superior (...) debió declarar desistida su pretensión y debió inmediatamente ordenar su remisión al tribunal de la causa [sin embargo] [p]or el contrario, [d]el Acta (sic) de fecha 28/07/2017 (sic), se observa que el Tribunal lo declaró como desierto, alegando la ausencia de las partes”.

Que “[e]l Juez Superior aplicó en forma errónea y mal interpreto (sic) la norma al justificar por extenso (sic) el Artículo (sic) 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, cuando el artículo (sic) 117 de la ley especial que regula la materia (ley (sic) orgánica (sic) para la Regulación (sic) y control (sic) de arrendamiento (sic) Inmobiliarios (sic)) indica claramente, que quien manda (sic) en el proceso es el principio de la oralidad, pues siendo así, que si la parte apelante al no asistir a la audiencia se entenderá por desistida la pretensión”.

Que “[t]omando en consideración que el tribunal a (sic) emitir esta sentencia estaría incurriendo en una (sic) Ultra (sic) petita ya que al decidir al (sic) fondo de la demanda no le estaba atribuido en la referida ley y pretendiendo asumir por extenso (sic) del artículo (sic) 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, una vía distinta al de la ley especial, artículo (sic) 117 que le establece el procedimiento, es clara la parcialidad hacia una de las partes”.

Que “(...) tomando en cuenta que la única vía para solicitar el restablecimiento de este acto podría ser bajo la figura del artículo (sic) 123 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamiento (sic) de vivienda (sic), esta única vía [l]e queda excluida por la cuantía, por lo que



no [l]e queda otro camino (sic) mas (sic) expedito que es (sic) la acción de Amparo (sic) Constitucional (sic) para solicitar la nulidad de la decisión de fecha 04 de Agosto (sic) de 2017 y se confirme la decisión justamente emanada del tribunal (sic) Cuarto 4to (sic) de municipio (sic), siendo que la infracción de tales derechos constituye la violación del debido proceso”.

Que “todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental. (sic) Y (sic) principalmente el referido numeral 8 (sic) establece que el debido proceso es un derecho aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en el restablecimiento o (sic) la situación jurídica lesionada por error judicial”.

Que “(...) el caso que hoy [les] ocupa, es un procedimiento judicial, para determinar si efectivamente se cumplen con las garantías consagradas en los artículo 49 numeral 8 y 115 Constitucional [y que] (...) solo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”.

Que “se [ve] imposibilitado en [su] derecho de usar gozar disfrutar y disponer de [sus] bienes ya que desde ya casi ocho años y luego de haber demandado por segunda vez, (VIOLACIÓN AL DERECHO DE LA PROPIEDAD) no h[a] tenido la posibilidad ni por la vía judicial de obtener una debida respuesta a los fines de poder vivir en [su] propiedad junto a [su] núcleo familiar, cumpliendo con todas las formalidades de ley ha sido infructuoso ya que [s]e encuentra en estado de indefensión (...)” (Mayúsculas del escrito).

Que “(...) tanto la doctrina como la jurisprudencia han dejado por sentado que la única forma para que la violación al debido proceso produzca la nulidad absoluta de un acto administrativo o judicial es que con tal violación se vulnere el derecho a la defensa, tal como ocurrió en el caso de marras, (sic) juzgado (sic) Superior Primero en lo Civil; (sic) Mercantil y del Transito (sic) De (sic) la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, ‘Tomando (sic) en cuenta que se toma también como referencia de la sentencia 2013-E (sic) de fecha 05 de Julio (sic) de 2013 (sic) amparo contra sentencia’ (...)”.

Que “(...) vistas las violaciones de los derechos y garantías constitucionales por parte del Juzgado Superior Primero en lo Civil; (sic) Mercantil y del Transito De (sic) la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida en (...) la sentencia definitiva de fecha 04 de Julio (sic) de 2017 por el (sic) proferida, por (sic) el TRIBUNAL CUARTO DE MUNICIPIO ORDINARIO Y EJECUTOR DE MEDIDAS DE LOS MUNICIPIOS LIBERTADOR Y SANTOS MARQUINA DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO BOLIVARIANO DE MERIDA expuestas, fundamenta la Acción (sic) de Amparo (sic) Constitucional (sic) en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre (sic) Derechos y Garantías Constitucionales, en concordancia con los artículos 26, 27, 49 y 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, procediendo como en efecto lo ha[ce], a ejercer la Acción (sic) de Amparo (sic) Constitucional (sic) en virtud de que es la vía más expedita para restablecer



inmediatamente el derecho y las garantías constitucionales infringidas por el Juzgado (sic) antes identificado” (Mayúsculas del escrito).

Finalmente, “solicitó que el presente RECURSO (sic) DE AMPARO CONSTITUCIONAL sea admitido y sustanciado conforme a derecho, a los fines de que surta todos los efectos legales pertinentes” (Mayúsculas del escrito).

## II

### DEL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, fundamentó su sentencia del 4 de agosto de 2017, en los siguientes términos:

“(…)

## IV

### CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Planteada la presente controversia, en los términos que se dejaron sucintamente expuestos, pasa este Tribunal Superior a dilucidar si resulta o no procedente en derecho la apelación propuesta en fecha 10 de julio de 2017 (f. 196), por el ciudadano JUAN ABELINO PEROZA PLANA, parte demandada, contra la sentencia dictada en fecha 10 de julio de 2017 (f. 196), por el TRIBUNAL CUARTO DE MUNICIPIO ORDINARIO Y EJECUTOR DE MEDIDAS DE LOS MUNICIPIOS LIBERTADOR Y SANTOS MARQUINA DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO BOLIVARIANO DE MÉRIDA y, en consecuencia, si dicha decisión debe ser confirmada, modificada, revocada o anulada. A cuyo efecto, se observa:

De la revisión de las actas que integran el presente expediente, se evidencia que la ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, demandó al ciudadano JUAN ABELINO PEROZA PLANA, por desalojo de un inmueble destinado a vivienda, pretensión que fundamentó en la causal de necesidad de ocupar el inmueble prevista en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, ‘... por cuanto no tienen [mos] (sic) otro que ocupar y el que actualmente acupan [mos] (sic) y la necesidad que tienen [mos] (sic) mis hijos [cuya identificación se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes] de 8 y 12 años respectivamente y yo viven [mos] (sic) en una habitación en casa de su [mi] (sic) mamá necesitando urgente nuestra vivienda al hecho de que me encuentro en muy malas condiciones de vida, al igual que requiriendo un ambiente sosegado y tranquilo para ella [mi] (sic) y sus [mis] (sic) hijos y visto que ese inmueble es el único bien de nuestra propiedad requerimos el mismo con urgencia...’.

Por su parte, el demandado ciudadano JUAN ABELINO PEROZA PLANA, convino en los hechos siguientes: la existencia del contrato de arrendamiento; en el monto del canon de arrendamiento



mensual del inmueble cuyo desalojo pretende la parte demandante y, que ‘... se realizo (sic) por ante EL SUNAVI-MERIDA, (sic) procedimiento administrativo de desalojo según consta y se evidencia en auto (sic) en los folios 38 al 48 del EXPEDIENTE N°. 0491-2016...’. Asimismo, rechazó la demanda al negar que, ‘... la ARENDADORA (sic), tenga necesidad de ocupar el inmueble arrendado, (...) porque ella con sus DOS (02) hijos tienen su vivienda principal en un inmueble propiedad de su padre (hoy difunto) SILVIO DEL CARMEN VILLEGAS,... ubicado en la Avenida Universidad en la Urbanización Santa María, Conjunto Residencial ‘Los Caciques’,.... (sic) Por lo tanto a la ARRENDADORA, no le asiste el interés jurídico actual, para ejercer la pretensión de la acción de desalojo del inmueble por necesidad de ocupar el inmueble arrendado, porque no reúne los TRES (03) requisitos esenciales previsto y sancionado (sic) en el ARTÍCULO (sic) 91 Numeral 2º (sic) de Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, en concordancia con lo señalado en el ARTÍCULO (sic) 16 del Código de Procedimiento Civil...’.

Conforme con las anteriores premisas fácticas, el problema judicial sometido al conocimiento de este Tribunal Superior se centra en verificar si se demostró en la presente causa la causal de desalojo del bien inmueble arrendado invocada por la parte accionante y contradicha por la parte demandada, a saber si la parte demandante logró demostrar por medio de ‘... prueba contundente...’, la necesidad justificada de ocupar el inmueble.

Expuesto lo anterior, pasa este Tribunal Superior a decidir previas las siguientes consideraciones.

#### PUNTO PREVIO

Antes de emitir pronunciamiento en cuanto al mérito de la causa, este Juzgador considera menester pronunciarse previamente en cuanto al aspecto siguiente:

En el libelo de la demanda, la parte accionante hace referencia a la circunstancia siguiente: 1) Que, cursó por ante el Juzgado Primero de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del estado (sic) Bolivariano de Mérida, causa distinguida con el número 8645-2013, instaurada por ella en contra del aquí arrendatario, por DESALOJO con fundamento en la necesidad de ocupar el mismo inmueble objeto de la presente causa, que fue declarada CON LUGAR; 2) Que, contra la referida decisión la parte demandada ciudadano JUAN ABELINO PEROZA PLANA, ejerció recurso de apelación que fue conocido por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta Circunscripción Judicial del estado (sic) Bolivariano de Mérida, en la causa distinguida con el Nro. 4.213, que declaró con lugar la apelación, inadmisibile la demanda y revocó la sentencia apelada; 3) Que, ‘... según el criterio del juez la parte demandante alego (sic) un procedimiento distinto al del acto administrativo alegado en la instancia administrativa del (sic) Sunavi, (sic) solamente por hacer referencia a los cánones de arrendamiento vencidos hasta la fecha al igual que la enorme deuda que mantenía con el condominio por lo que se le hizo la observación de esos puntos. Teniendo como consecuencia que este juez quisiera adoptar criterios distintos pretendiendo crear jurisprudencia nueva en inobservancia a la Jurisprudencia de la Sala Constitucional (...) de Fecha (sic) 24 de Abril (sic) de 2015 (...)’.





Como se observa, según la transcripción anterior, la parte demandante aduce que en un juicio anterior seguido por las mismas partes y con el mismo objeto, a saber: Desalojo de inmueble destinado a vivienda por la causal de necesidad justificada que tiene el propietario de ocupar el inmueble arrendado, un juzgado superior de esta Circunscripción Judicial, declaró inadmisble la demanda en virtud que el procedimiento administrativo seguido ante la Superintendencia Nacional de Arrendamientos de Vivienda (SUNAVI) fue sustanciado conforme a una causal de desalojo diferente a la causal por la cual se siguió el procedimiento judicial, toda vez que, el procedimiento administrativo se sustanció por la causal de desalojo prevista en el numeral 1ro. del artículo 91 de la Ley de Control (sic) y Regularización (sic) de Arrendamiento de Viviendas (falta de pago de cuatro cánones de arrendamiento sin causa justificada) y el procedimiento judicial fue sustanciado por la causal prevista por el numeral 2do. eiusdem (necesidad justificada de ocupar el inmueble).

En el presente caso, a juicio de la parte demandante con ese proceder el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta Circunscripción Judicial del estado (sic) Bolivariano de Mérida, pretendió ‘... crear jurisprudencia nueva en inobservancia a la Jurisprudencia de la Sala Constitucional (...) Fecha (sic) 24 de Abril (sic) de 2015 (...)...’.

La sentencia que según la parte demandante, constituye el criterio jurisprudencial que el Juzgado Superior, ‘... inobservó...’, fue proferida por la Sala de (sic) Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 24 de abril 2015, (...) en los términos siguientes:

(...)

Como puede evidenciarse a partir de la revisión de la documentación que se acaba de referir, es falsa la afirmación del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, consistente en que al momento de la presentación de la solicitud del procedimiento administrativo, no se había alegado la causal contenida en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda (aseveración que de manera inexplicable también es hecha en algún momento por la parte accionante, a pesar de que las actas procesales demuestran lo contrario). Inclusive, durante la tramitación de la solicitud de procedimiento administrativo, insistió en varias oportunidades en dicha causal, consignó documental con el objeto de demostrarla y la arrendataria presentó pruebas a fin de desvirtuarla. De lo anterior se deriva que efectivamente, el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, procedió erróneamente al declarar inadmisble la demanda de desalojo en el fallo proferido el 4 de agosto de 2014, partiendo de la falsa premisa de que no se había agotado el procedimiento administrativo respecto de la causal contenida en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, situación que debe ser analizada bajo la perspectiva de lo que dispone el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que establece literalmente lo siguiente: (...)



Asimismo, se advierte que el propio fallo bajo examen, realiza un análisis incompleto de los elementos probatorios contenidos en los expedientes administrativo y judicial, de los cuales se desprende, que la parte presuntamente agraviada consignó en sede administrativa y judicial copia certificada del acta de matrimonio N° 27 de fecha 9 de agosto de 2012, registrada ante el Registro Civil de la Parroquia Arias, Municipio Libertador del Estado Mérida, bajo el folio 27 y su vuelto, en la que se lee que la ciudadana Karolimar Di Giorgi Vivas hija de Giuseppe Di Giorgi Tortomasi y Agripina Carolina Vivas de Di Giorgi contrajo nupcias con el ciudadano Junior Xavier Trejo Araque, tal como se desprende de los folios 100 y 176 cursantes en autos, sin que exista pronunciamiento alguno al respecto, lo que generó un análisis aislado del objeto del procedimiento administrativo y del efectivo ejercicio del derecho a la defensa de las partes en el mismo, todo lo cual generó una incongruencia omisiva en los términos establecidos por la jurisprudencia reiterada de esta Sala (Cfr., entre otras, sentencia N° 896 del 12 de julio de 2013).

En consecuencia, visto que el presente asunto fue declarado de mero derecho, lo cual permite que se resuelva inmediatamente el fondo de la presente controversia, la Sala, dada la evidente violación de los derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, declara procedente in limine litis la acción de amparo constitucional interpuesta contra la sentencia dictada el 4 de agosto de 2014, por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, anula el referido fallo y a los fines de restablecer la situación jurídica infringida por el prenombrado Juzgado, le ordena que dicte una nueva decisión sin incurrir en las violaciones constitucionales delatadas en el presente fallo. Así se declara...'. (...)

(<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/176698-484-24415-2015-15-0184.HTML>).

La sentencia antes parcialmente transcrita, declaró NULO el fallo dictado en fecha 4 de agosto de 2014, por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, por considerar que el referido órgano jurisdiccional procedió erróneamente al declarar inadmisibile la demanda de desalojo, partiendo de la falsa premisa de que no se había agotado el procedimiento administrativo respecto de la causal contenida en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda.

De tal resolución se puede extraer como ratio decidendi que en el procedimiento administrativo previo a las demandas de desalojo de viviendas, pueden incorporarse hechos nuevos que permitan fundamentar la solicitud en una nueva causal de desalojo, siempre que la misma sea discutida en la audiencia de conciliación por ante la instancia administrativa.

En efecto, de conformidad con el numeral 5 del artículo 35 del Reglamento de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, la solicitud escrita a que se refiere el artículo 94 de la mencionada Ley, debe hacer constar lo siguiente: '... 5. Los hechos, razones y pedimentos correspondientes, expresando con toda claridad la materia objeto de la solicitud...'.



Adicionalmente, según el criterio jurisprudencial antes descrito, para el supuesto que luego de la interposición de la solicitud ante la instancia administrativa, surja un hecho nuevo que configure una nueva causal, la misma debe ser discutida en la audiencia conciliatoria ante el órgano administrativo.

Conforme con las premisas antes expuestas, este Tribunal Superior debe verificar si en la presente causa, la causal con base en la que la ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, pretende el desalojo del inmueble arrendado a saber: la necesidad de ocupar el inmueble prevista en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, ‘... por cuanto no tienen [mos] (sic) otro que ocupar y el que actualmente acupan [mos] (sic) y la necesidad que tienen [mos] (sic) mis hijos de nombres SILVIO ANTONIO Y FABIANA VICTORIA SANCHEZ VILLEGAS de 8 y 12 años respectivamente y yo viven [mos] (sic) en una habitación en casa de su [mi] (sic) mamá ...’, se hizo constar en la solicitud escrita presentada ante la Superintendencia Nacional del Arrendamiento de Viviendas (SUNAVI), o, en su defecto, fue alegada como un hecho, razón o pedimento antes de la audiencia de conciliación o en la misma audiencia conciliatoria celebrada por ante la referida instancia administrativa.

De la revisión exhaustiva de las actas que integran el presente expediente, se puede constatar que obra agregada a los folios 38 al 48, copia certificada emanada por el Director de la Coordinación Estatal de la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda del Estado Mérida, de fecha 22 de noviembre de 2016, de las actuaciones contenidas en el expediente distinguido con el alfanumérico N° MC 368/12, ‘... contentivas de la Providencia Administrativa N° 368/12 y el acta de audiencia de mediación de fecha 13 de agosto de 2012...’.

Del análisis detenido de estos instrumentos, se puede constatar que se trata de la copia certificada de documentos públicos administrativos, por lo que antes de proceder a su valoración este Tribunal precisa realizar las consideraciones siguientes:

En relación a la definición del documento público administrativo, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 14 de octubre de 2004, (...) (caso: Corporación Coleco, C.A. contra Inversiones Patricelli, C.A. Sent. 1207. Exp. 03-979), dejó sentado:

Ahora bien, en cuanto a la definición del documento público administrativo, la Sala en sentencia de fecha 16 de mayo 2003, caso: Henry José Parra Velásquez c/ Rubén Gilberto Ruiz Bermúdez, dejó sentado que los documentos públicos administrativos ‘...son aquellos realizados por un funcionario competente actuando en el ejercicio de sus funciones, pero que no se refiere a negocios jurídicos de los particulares, sino que tratan de actuaciones de los referidos funcionarios que versan, bien sobre manifestaciones de voluntad del órgano administrativo que la suscribe, conformando la extensa gama de los actos constitutivos (concesiones, autorizaciones, habilitaciones, admisiones, suspensiones, sanciones, etc), o bien constituyen manifestaciones de certeza jurídica que son las declaraciones de ciencia y conocimiento, que a su vez, conforman la amplia gama de los actos declarativos (certificaciones, verificaciones, registros, etc.), y que por tener la firma de un funcionario administrativo están dotados de una presunción desvirtuable de veracidad y legitimidad de su contenido, en razón del principio de ejecutividad y ejecutoriedad



que le atribuye el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y por tanto deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario...’.

De acuerdo con el precedente jurisprudencial, la Sala concluye que los documentos públicos administrativos son aquellos que emanan de funcionarios de la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones y en las formas exigidas por la ley (...). (<http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>).

Sentada la anterior premisa jurisprudencial, la cual acoge quien sentencia de conformidad con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, en el caso del medio de prueba subexamine, (sic) en principio, goza de una presunción de certeza, de veracidad y legalidad que le viene impreso con la actuación del funcionario público administrativo en el ejercicio de sus funciones.

Por consiguiente, los instrumentos públicos administrativos, tienen pleno valor probatorio o eficacia probatoria, siempre que no se haya desvirtuado mediante prueba en contrario.

Así las cosas, de la revisión de las actas que integran el presente expediente observa quien sentencia, que no consta que la parte demandada, haya desvirtuado mediante prueba en contrario la presunción de certeza de los referidos documentos públicos administrativos presentados en copia certificada, el cual fue acompañado junto con el libelo de la demanda en la oportunidad procesal pertinente.

En tal sentido, este Tribunal Superior les otorga valor y mérito jurídico probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 1.363 del Código Civil, en concordancia con el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, el documento público subexamine (sic) hace plena prueba que la parte demandante ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, tramitó por ante la Superintendencia Nacional de Arrendamientos de Vivienda, el procedimiento descrito en los artículos 94, 95 y 96 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda. ASÍ SE DECIDE.-

Ahora bien, del detenido análisis tanto de la Providencia Administrativa N° 368/12 como del acta de audiencia de mediación de fecha 13 de agosto de 2012, quien sentencia puede verificar que en ningún momento la solicitante ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, hace constar hechos, razones y pedimentos correspondientes a la misma causal de desalojo invocada en la presente causa, vale decir, la prevista en el numeral 2 del artículo 91 eiusdem.

En efecto, de la lectura detenida, pormenorizada y exhaustiva de la Providencia Administrativa dictada en el expediente N° 368/12, signada con el Numero (sic) 00003, de fecha 18 de julio de 2012, se evidencia que la solicitante ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, en su condición de arrendadora de un inmueble ubicado en la urbanización La Mata, sector norte, calle N° 8 con calle N° 21, Conjunto Residencial Serranía Casa Club, edificio 11, sexto piso signado con el número 11-6-3, Parroquia Juan Rodríguez Suárez, Municipio Libertador del estado (sic) Mérida, requiere que el ciudadano JUAN ABELINO PEROZA PLANA, ‘... en su condición de arrendatario del bien inmueble referido, cancele o a ello sea compelido por esta Instancia Administrativa la



cantidad de VEINTIUN MIL DOSCIENTOS ONCE BOLIVARES CON TREINTA Y CUATRO CENTIMOS (Bs. 21.211,34), por concepto de cánones de arrendamiento y condominio adeudados y referidos...’.

Asimismo, de la lectura detenida, pormenorizada y exhaustiva del acta de audiencia de mediación de fecha 13 de agosto de 2012, se evidencia que comparecen ambas partes con la debida asistencia jurídica y al concederse el derecho de palabra a la parte demandante ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, expuso: ‘... que ratifica su solicitud y desea escuchar la propuesta de la parte arrendataria, igualmente mantiene la solicitud de Restitución (sic) del Inmueble (sic)...’.

Como se observa de las documentales antes analizadas, la aquí demandante ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, no alegó ante la autoridad administrativa competente los mismos hechos por los que demandó en este procedimiento jurisdiccional a saber: la necesidad de ocupar el inmueble prevista en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, ‘... por cuanto no tienen [mos] (sic) otro que ocupar y el que actualmente acupan [mos] (sic) y la necesidad que tienen [mos] (sic) mis hijos de nombres SILVIO ANTONIO Y FABIANA VICTORIA SANCHEZ VILLEGAS de 8 y 12 años respectivamente y yo viven [mos] (sic) en una habitación en casa de su [mi] (sic) mamá ...’,

En fuerza de las consideraciones anteriores es forzoso para este Tribunal Superior concluir que la HABILITACIÓN (sic) DE LA VÍA JUDICIAL que resultó como consecuencia del procedimiento administrativo seguido a solicitud de la ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, en fecha 10 de julio de 2012, ante la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda del Estado Mérida, lo es para incoar la pretensión jurisdiccional de desalojo con fundamento en la causal de falta de pago de cánones de arrendamiento sin causa justificada, prevista en el numeral 1 del artículo 91 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, y no como lo pretendió en este procedimiento jurisdiccional con fundamento en la causal de necesidad justificada de ocupar el inmueble arrendado prevista en el numeral 2 del artículo 91 eiusdem, para lo cual no estaba habilitada la vía judicial por no haberse tramitado el procedimiento administrativo previo. ASÍ SE DECIDE.-

Debe hacerse notar, que tal exigencia de coincidencia entre las causas invocadas en el procedimiento administrativo y las causales invocadas para el desalojo en el procedimiento jurisdiccional, la requiere de manera expresa el legislador cuando se invoca la causal de necesidad justificada de ocupar el inmueble arrendado.

Así, el Parágrafo (sic) único del artículo 91 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, en su primera parte expresa: ‘Parágrafo único. En el caso de desalojo establecido en el numeral 2, el arrendador deberá demostrarlo por medio de prueba contundente ante la autoridad administrativa y judicial...’ (...).

Según resulta de la norma jurídica transcrita, el arrendador debe demostrar la necesidad justificada que tenga el propietario o alguno de sus parientes de ocupar el inmueble, mediante ‘prueba contundente’ ante la autoridad administrativa y judicial.





En el presente caso, de la revisión de las actas que integran el presente expediente, específicamente de los documentos públicos administrativos contentivos de las actuaciones llevadas a cabo por ante la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Viviendas del Estado Mérida, valorados supra, no se observa que la arrendadora ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, hubiere cumplido con su deber legal de demostrar ‘... por medio de prueba contundente ante la autoridad administrativa...’, la necesidad justificada de ocupar el inmueble.

En conclusión, la arrendadora ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, no tenía HABILITADA LA VÍA JUDICIAL para demandar el desalojo del inmueble de su propiedad, por cuanto no alegó ni fue objeto de prueba su necesidad y la de sus hijos de ocupar el inmueble arrendado por el ciudadano JUAN ABELINO PEROZA PLANA. ASÍ SE DECIDE.-

Establecido lo anterior, el presente procedimiento jurisdiccional resultaba inadmisibile in limine litis (sic), de conformidad artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, por ser contrario a una disposición expresa de ley, específicamente a las normas contenidas en los artículos 5 y siguientes del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, y 94 y siguientes de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, lo cual puede declarar este Tribunal procediendo oficiosamente con fundamento en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, según los artículos 94, 95 y 96 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda:

(...)

Con respecto a este procedimiento administrativo, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 17 de abril de 2013, en ponencia conjunta (caso: Jesús Sierra Añón. Sent. 175. Exp. 12-712), interpretó los artículos 1, 3, 5 y 12 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, y en tal sentido dejó sentada la siguiente doctrina:

Asimismo, obsérvese que en la culminación de este procedimiento previo a la acción judicial, particularmente en la audiencia conciliatoria; esta es la finalidad del procedimiento previo administrativo, instar a las partes mediante la conciliación a resolver el asunto, sin embargo, la resolución administrativa que se dictare puede ser inclusive desfavorable al solicitante del desalojo –futuro demandante en causa civil-, sin que menoscabe en forma alguna su derecho de acudir a la vía jurisdiccional para obtener la debida tutela a su pretensión.

Precisamente, el referido Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley estableció un procedimiento especial previo al ejercicio de la acción contenida en el artículo 5° y siguientes del referido cuerpo legal, tendente a examinar objetivamente y en sede administrativa las razones por la cuales se solicita la ‘restitución de la posesión y consiguiente desalojo o desocupación del inmueble’ destinado exclusivamente a vivienda principal, (...) En todo caso, para comprender el supuesto previsto en la norma es fundamental distinguir entre la pretensión civil y la administrativa, toda



vez que la primera sin duda debe ser examinada por sus jueces naturales, es decir, la jurisdicción ordinaria, mientras que la segunda, compete en primer orden al Ministerio del Poder Popular en materia de Vivienda y Hábitat, a través de la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda, la cual ejerce la supervisión y control por parte del Estado en relación con las solicitudes de ocupación del inmueble destinado a vivienda familiar y, en todo caso, analizará y ponderará objetivamente las razones que invoquen los interesados para ocupar el inmueble en cuestión y solicitar la restitución de la posesión o el desalojo.

Ciertamente, los motivos ofrecidos por el legislador conducen a ponderar la resolución del asunto con una visión social y real del caso sometido a su consideración, en el que se cumplan las normas de protección respecto de los sujetos amparados por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, todo de 'cara a la construcción de una sociedad más justa y equitativa en los términos que exige el artículo 2° del Texto Constitucional'. (...)

Luego de verificado lo anterior, el artículo 5° y siguientes objeto de interpretación sin duda contienen el procedimiento previo a las demandas, que pudiera derivar en una decisión cuya práctica material comporte la pérdida de posesión o tenencia de los sujetos amparados por la Ley, por lo que su exigencia constituye un requisito de admisibilidad sine qua non para acudir a la vía jurisdiccional (...).

(<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RI.000175-17413-2013-12-712.HTML>).

Como se observa, según la interpretación antes transcrita, el procedimiento previo a las demandas previsto por las disposiciones supra transcritas, y cuya tramitación ordena la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Viviendas, '... constituye un requisito de admisibilidad sine qua non para acudir a la vía jurisdiccional....'.

Así las cosas, resulta forzoso para este Tribunal Superior declarar la INADMISIBILIDAD de la pretensión presentada, con fundamento en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa de la Disposición Final Segunda de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, por ser contraria a una disposición expresa de Ley, específicamente por falta del agotamiento del procedimiento administrativo previo, conforme a lo establecido en los artículos 94 al 96 eiusdem, en concordancia con los artículos 5 al 11 del Decreto Nº 8.190 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas.

En atención a las consideraciones expuestas, por cuanto la pretensión de desalojo sub examine, interpuesta por la ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ contra el ciudadano JUAN ABELINO PEROZA PLANA, basada en la necesidad de ocupar el inmueble, no satisface los presupuestos legales de admisión a que se refieren las normas ut supra citadas, la consecuencia jurídica lógica que deriva de ello es su inadmisibilidad, como así se hará en el dispositivo del fallo. ASÍ SE DECIDE.-



Sin embargo, lo anteriormente expuesto no obstaculiza a la parte actora para replantear su pretensión, a través de las normas que disciplinen la tramitación del procedimiento establecido en la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda.

Por las razones expuestas anteriormente, en el dispositivo del presente fallo, será revocada en todas y cada una de sus partes, la sentencia definitiva recurrida, de fecha 4 de julio de 2017. Así se decide.-

#### DISPOSITIVO

En mérito de las consideraciones expuestas, este Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, actuando en sede civil, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, dicta sentencia en los términos siguientes:

PRIMERO: Se declara la INADMISIBILIDAD de la pretensión interpuesta por la ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, venezolana, mayor de edad, titular de la cédula de identidad número 12.351.757, contra el ciudadano JUAN ABELINO PEROZA PLANA, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad número 8.186.109, por desalojo de inmueble destinado a vivienda, con fundamento en la causal de necesidad de ocupar el inmueble prevista en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda.

SEGUNDO: Como consecuencia del pronunciamiento anterior se REVOCA en todas y cada una de sus partes, la sentencia definitiva de fecha 4 de julio de 2017, proferida por el TRIBUNAL CUARTO DE MUNICIPIO ORDINARIO Y EJECUTOR DE MEDIDAS DE LOS MUNICIPIOS LIBERTADOR Y SANTOS MARQUINA DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO BOLIVARIANO DE MÉRIDA.

TERCERO: Por la índole del fallo no hay pronunciamiento en costas del recurso.

Queda en estos términos REVOCADA la sentencia definitiva. ASÍ SE DECIDE. (...)” (Mayúsculas, del fallo).

#### III

#### DE LA COMPETENCIA

En primer lugar debe esta Sala determinar su competencia para conocer de la presente acción de amparo, y a tal efecto observa:

De conformidad con el criterio de competencia establecido en esta materia en la sentencia N° 1 del 20 de enero de 2000, a esta Sala le corresponde conocer de las acciones de amparo que se intenten contra decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República.

Por su parte, el numeral 20 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone que esta Sala Constitucional es competente para “Conocer de las demandas de amparo



constitucional autónomo contra las decisiones que dicten, en última instancia, los juzgados superiores de la República, salvo de las que se incoen contra la de los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo”.

Siendo que en el presente caso, se somete al conocimiento de la Sala, una acción de amparo constitucional interpuesta contra el fallo dictado por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, esta Sala declara su competencia para resolver la presente acción en única instancia. Así se decide.

#### **IV**

#### **DE LA ADMISIBILIDAD**

Determinada la competencia, pasa la Sala a pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción de amparo constitucional interpuesta y, al efecto, observa del análisis de la demanda de amparo que la misma cumple con los requisitos exigidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

De igual modo, en cuanto a la admisibilidad de la acción sub examine, a la luz de las causales de inadmisibilidad que establecen los artículos 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala concluye que, por cuanto no se halla incurrida prima facie en tales causales, la misma es admisible. Así se declara.

#### **V**

#### **DE LA PROCEDENCIA IN LIMINE LITIS**

Sobre la procedencia in limine litis de la acción de amparo, esta Sala Constitucional mediante sentencia número 993 del 16 de julio de 2013, (caso: “Daniel Guédez Hernández y otros”), declaró que:

“(…) la exigencia de la celebración de la audiencia oral, a juicio de la Sala en realidad se justifica en aquellos procedimientos de amparo constitucional en los cuales debe oírse ineludiblemente a las partes intervinientes, lo que coincide además con lo señalado en el artículo 49.3 constitucional que establece: ‘toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso’.

(…)

De modo que, es la inmediatez y el restablecimiento de la situación jurídica infringida lo que debe prevalecer en la ponderación con otros derechos constitucionales de igual rango como lo sería el derecho a la defensa.



Así pues, tanto la acción de amparo como el derecho al amparo llevan implícita la celeridad y el restablecimiento inmediato de la situación jurídica lesionada constitucionalmente, razón por la cual el artículo 27 constitucional, conforme con el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, refieren que la autoridad judicial competente tendrá la potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; de allí que pueda o no hacerse exigible el contradictorio en el procedimiento de amparo, dependiendo ello del hecho de que el juez constitucional estime el procedimiento más conveniente para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida que es lo medular en la vía del amparo; si ello no fuese así, el amparo carecería de eficacia. Por lo tanto, cuando el mandamiento de amparo se fundamente en un medio de prueba fehaciente constitutivo de presunción grave de la violación constitucional, debe repararse inmediatamente, en forma definitiva, y sin dilaciones la situación infringida, sin que se haga necesario abrir el contradictorio, el cual, sólo en caso de duda o de hechos controvertidos, justificará la realización de una audiencia oral contradictoria. Si ello no fuera así se desvirtuaría la inmediatez y eficacia del amparo.

(...)

La Sala considera que el procedimiento de amparo constitucional, en aras de la celeridad, inmediatez, urgencia y gravedad del derecho constitucional infringido debe ser distinto, cuando se discute un punto netamente jurídico que no necesita ser complementado por algún medio probatorio ni requiere de un alegato nuevo para decidir la controversia constitucional. En estos casos, a juicio de la Sala, no es necesario celebrar la audiencia oral, toda vez que lo alegado con la solicitud del amparo y lo aportado con la consignación del documento fundamental en el momento en que se incoa la demanda, es suficiente para resolver el amparo en forma inmediata y definitiva.

Así pues, la Sala considera que la celebración de la audiencia oral en estos tipos de acciones de amparo constitucional, en las que se planteen la resolución de puntos de mero derecho, sería antagónico con lo señalado en el artículo 27 de la Carta Magna, que establece que: el 'procedimiento de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella' (destacado de este fallo); debido a que el Juez constitucional debe esperar, aun cuando cuenta con todo lo necesario en autos para dictar la decisión de fondo en forma inmediata, la celebración de la audiencia oral que no va a aportar nada nuevo a la controversia. Se trataría, entonces, de una audiencia inútil o redundante que crearía una dilación innecesaria en el procedimiento de amparo incompatible con su naturaleza.

De modo que, condicionar la resolución del fondo del amparo a la celebración de la audiencia oral sería inútil en aquellos casos en los cuales se intenta el amparo contra una decisión judicial por un asunto de mero derecho o de obvia violación constitucional, toda vez que ello ocasionaría la violación del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 eiusdem, que se





concreta en materia de amparo constitucional en el artículo 27 ibidem, debido a que el Estado no garantizaría, en estos casos, una justicia ‘expedita’.

(...)

Se establece, con carácter vinculante, que, en las demandas de amparos en las cuales se ventile la resolución de un punto de mero derecho, el Juez constitucional podrá, en la oportunidad de la admisión de la solicitud de amparo, decretar el caso como de mero derecho y pasar a dictar, sin necesidad de convocar y celebrar la audiencia oral, la decisión de fondo que permita restablecer inmediatamente y en forma definitiva la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella (...). (Destacado del fallo original).

Ahora bien, la Sala, tomando en cuenta la anterior doctrina procede a verificar si, en el caso bajo estudio, lo alegado por la accionante se refiere a la resolución de un punto de mero derecho y, a tal efecto, observa:

En este sentido, la parte accionante alegó como motivo esencial de la interposición del amparo que “(...) [la referida] sentencia incurrió en las en las siguientes violaciones de derechos constitucionales: 1.- Grave violación del derecho a la defensa, consagrado en los artículos: 49 ordinal 8 (sic) y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 117 en su ultimo (sic) aparte, y 123 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, Artículos 4 y 5 de la Ley (sic) de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales [y] 2.- Violación al debido proceso [establecido en] el artículo 49 de la nuestra (sic) Carta Magna (...) [ya que] (...) la parte demandada apelo (sic) a la decisión de fecha 04 de Julio (sic) de 2017, en su recurso de apelación no asistió a la audiencia fijada para el día y la hora señalada por el tribunal superior [y en este sentido] observando la ausencia del recurrente el Tribunal Superior (...) debió declarar desistida su pretensión y debió inmediatamente ordenar su remisión al tribunal de la causa [sin embargo] por el contrario, del Acta (sic) de fecha 28/07/2017 (sic), se observa que el Tribunal lo declaró como desierto, alegando la ausencia de las partes”.

Ahora bien, la Sala precisa que el presente caso versa exclusivamente sobre un punto de mero derecho, esto es, sobre la existencia de una lesión de orden constitucional al debido proceso, a la defensa y a la propiedad, producto de la presunta configuración del vicio de “(...) Ultra (sic) petita ya que al decidir al (sic) fondo de la demanda no le estaba atribuido en la referida ley y pretendiendo asumir por extenso (sic) del articulo (sic) 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, una vía distinta al de la ley especial, articulo (sic) 117 [de la Ley Orgánica para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda] que le establece el procedimiento (...)”, por tanto lo señalado en la solicitud de amparo y el contenido de las actas del expediente original que en copia certificada consignó la parte actora, constituyen elementos suficientes para que la Sala se pronuncie inmediatamente sobre el fondo de la presente controversia, dado que las partes involucradas no aportarían nada nuevo en la audiencia oral. Así se declara.



## VI

### CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Una vez analizado el contenido de la acción propuesta, se observa que la misma está dirigida a impugnar la decisión dictada el 4 de agosto de 2017, por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, que declaró la inadmisibilidad de la pretensión de desalojo de inmueble destinado a vivienda interpuesta por la ciudadana Silvana Yadira Villegas Ramírez, ya identificada, ante el Tribunal Cuarto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, con fundamento en la causal referida a la necesidad de ocupar el inmueble prevista en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda y revocó en todas y cada una de sus partes, la sentencia definitiva dictada el 4 de julio de 2017, por el referido Tribunal de Municipio que declaró con lugar la demanda de desalojo incoada, por la hoy accionante en amparo contra el ciudadano Juan Abelino Peroza Plana, supra identificado.

La accionante en amparo delató como fundamento de la acción de amparo:

- 1.- Que la sentencia objeto de amparo incurrió en la violación de los derechos a la defensa, al debido proceso y a la propiedad, consagrados en los artículos 49 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; en contravención del último aparte del artículo 117 y 123 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, y los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.
- 2.- Asimismo denunció que la parte demandada en el juicio primigenio apeló de la decisión proferida por el Tribunal Cuarto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida el 4 de julio de 2017, que declaró con lugar la demanda de desalojo incoada, por la hoy accionante en amparo y que posteriormente no asistió a la audiencia de apelación fijada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, para el 28 de julio de 2017.
- 3.- Que “(...) observando la ausencia del recurrente el Tribunal Superior (...) debió declarar desistida su pretensión y debió inmediatamente ordenar su remisión al tribunal de la causa [sin embargo] por el contrario, [d]el Acta (sic) de fecha 28/07/2017 (sic), se observa que el Tribunal lo declaró como desierto, alegando la ausencia de las partes”.
- 4.- Que, en este sentido “[e]l Juez Superior aplicó en forma errónea y mal interpreto (sic) la norma al justificar por extenso (sic) el Artículo (sic) 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, cuando el artículo (sic) 117 de la ley especial que regula la materia (ley (sic) orgánica (sic) para la Regulación (sic) y control (sic) de arrendamiento (sic) Inmobiliarios (sic)) indica claramente, que quien manda (sic) en el proceso es el principio de la oralidad, pues siendo así, que si la parte apelante al no asistir a la audiencia se entenderá por desistida la pretensión”.



5.- Que “tomando en consideración que el tribunal a (sic) emitir esta sentencia estaría incurriendo en una (sic) Ultra (sic) petita ya que al decidir al (sic) fondo de la demanda no le estaba atribuido en la referida ley y pretendiendo asumir por extenso (sic) del artículo (sic) 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, una vía distinta al (sic) de la ley especial, artículo (sic) 117 que le establece el procedimiento, es clara la parcialidad hacia una de las partes”.

6.- Finalmente, justificó el uso de la vía del amparo constitucional señalando que “(...) tomando en cuenta que la única vía para solicitar el restablecimiento de este acto podría ser bajo la figura del artículo (sic) 123 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamiento (sic) de vivienda (sic), esta única vía [l]e queda excluida por la cuantía, por lo que no [l]e queda otro camino (sic) mas (sic) expedito que es (sic) la acción de Amparo (sic) Constitucional (sic) para solicitar la nulidad de la decisión de fecha 04 de Agosto (sic) de 2017 y se confirme la decisión justamente emanada del tribunal (sic) Cuarto 4to (sic) de municipio (sic), siendo que la infracción de tales derechos constituye la violación del debido proceso”.

Precisado lo anterior, la Sala advierte al folio diecisiete (17) de las copias certificadas que acompañan el escrito de solicitud, las cuales se limitan a reproducir la sentencia objeto de amparo, un extracto de la sentencia proferida por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida el 4 de agosto de 2017, referido al título III de la sentencia identificado como “DE LA AUDIENCIA DE APELACIÓN”, en el cual se transcribe el contenido de la aludida audiencia celebrada el 28 de julio de 2017, de conformidad con lo establecido en el artículo 123 de la Ley para la Regulación y Control de los Arrendamientos de Vivienda, del cual se evidencia que “[l]a Secretaria del Tribunal igualmente informó que no se encuentran presentes en la Sala de Audiencias de este Tribunal ni la parte demandada-recurrente, ciudadano JUAN PEROZA PLANA, ... ni la ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RODRÍGUEZ, ... ni por sí ni por medio de apoderado judicial, en virtud de lo cual se declara desierto el acto. El Juez deja constancia en esta acta, que no obstante que el artículo 123 de la ... (sic) (Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda) (sic) dispone que, oída la apelación, el Tribunal Superior al dar entrada al expediente fijará la audiencia de apelación para el tercer día de despacho siguiente, fecha en la cual se debe dictar la sentencia definitiva, en virtud de la extrema brevedad que impone la exhaustiva revisión de las actas procesales, así como la sustanciación y decisión de la causa en segunda instancia, por aplicación extensiva de lo dispuesto en el artículo 165 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por práctica forense los Juzgados difieren la publicación de la sentencia para dentro de los cinco (05) días siguientes a la celebración de la audiencia de apelación, por tanto la sentencia definitiva no será publicada in extenso en el expediente en esta misma fecha, sino dentro de los cinco (05) días a que se contrae el referido texto normativo. Finalmente, la Secretaria dio lectura a la presente acta, dándose así por concluido el presente acto (...)” (Mayúsculas del original, resaltado de la Sala), es decir, el Tribunal de Alzada dejó constancia de dos circunstancias determinantes para el análisis de la situación planteada por la accionante en amparo, a saber: 1.- Que ninguna de las partes asistió a la audiencia de apelación y; 2.- Que la audiencia de apelación efectivamente se tramitó conforme



a lo establecido en el artículo 123 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda.

En tal sentido, el artículo 123 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda establece:

“Artículo 123. De la sentencia definitiva se oirá apelación en ambos efectos, independiente de su cuantía; debiendo ser propuesta dentro de los cinco días de despacho siguientes a la publicación del fallo.

Oída la apelación, el Tribunal Superior dará entrada al expediente y fijará la audiencia oral para el tercer día de despacho siguiente, en el cual se dictará la sentencia definitiva.

Contra la decisión del Tribunal Superior se podrá anunciar recurso de casación, dentro de los cinco días de despacho siguientes a la publicación del fallo, y siempre que por la cuantía de la demanda esta sea recurrible.

Si solamente concurre una de las partes, se oirá su exposición oral y se evacuarán las pruebas que le hayan sido admitidas, pero no se evacuarán las pruebas de la parte ausente, sin perjuicio de que la parte presente solicite la evacuación o valoración de una prueba conforme al principio de la comunidad de la prueba”.

Sin embargo, la norma antes citada no establece expresamente la consecuencia jurídica a la inasistencia de las partes a la audiencia de apelación, por lo que debe acudir a la disposición establecida en el artículo 98 eiusdem, la cual instituye que en “[l]as demandas por desalojo, cumplimiento o resolución de contrato de arrendamiento, reintegro de sobrealquileres, preferencia ofertiva, preferencia arrendaticia, retracto legal arrendaticio, arrendamientos ilícitos y cualquier otra acción derivada de una relación arrendaticia sobre inmuebles destinados a vivienda, habitación o pensión, se sustanciarán y sentenciarán conforme a las disposiciones establecidas en el procedimiento oral contenido en la presente Ley, independientemente de su cuantía, y supletoriamente se aplicarán las disposiciones relativas al juicio oral establecidas en el Código de Procedimiento Civil” (Resaltado de la Sala).

Ahora bien, el artículo 871 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 98 supra citado, señala que “[l]a audiencia se celebrará con la presencia de las partes o de sus apoderados. Si ninguna de las partes compareciere a la audiencia, el proceso se extingue, con los efectos que indica el artículo 271. Si solamente concurre una de las partes, se oirá su exposición oral y se practicarán las pruebas que le hayan sido admitidas, pero no se practicarán las pruebas de la parte ausente” (Resaltado de la Sala).

Del contenido del artículo antes citado, en relación a la problemática expuesta, la Sala advierte que el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, erró en su sentencia del 4 de agosto de 2017, al emitir un pronunciamiento de fondo de la causa, conociendo en apelación y verificándose, como dejó sentado la Secretaría del Tribunal en el acta levantada con ocasión de la audiencia apelación del



28 de julio de 2017 (folio 17 del expediente), que ninguna de las partes acudió a la celebración de la referida audiencia, lo cual traía como consecuencia la extinción del proceso.

Tal conclusión, es cónsona con el criterio sostenido por la Sala en un caso similar (Vid. Sentencia de esta Sala N° 339 del 2 de mayo de 2016, caso: “Jaqueline Linares Sánchez”), en el que conociendo de una acción de amparo contra una sentencia que declaró desierto el acto de la apelación por la incomparecencia de las partes a la audiencia oral, en un juicio de desalojo tramitado conforme a las disposiciones de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, señaló que “esta Sala no advierte que el fallo accionado haya causado el quebrantamiento de los derechos constitucionales señalados, como desatinadamente señaló el accionante, pues lo pertinente era fijar la audiencia de apelación conforme lo prevé el artículo 123 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, esto es al tercer día siguiente de haberse dado entrada al expediente, acto al que no asistieron las partes en juicio. Por tanto, el fallo accionado aplicó la consecuencia jurídica que correspondía en los supuestos previstos en la ley, sin que ello ponga de manifiesto que el Tribunal denunciado como agravante haya actuado fuera de su competencia, o en abuso de autoridad o con extralimitación de sus funciones, ni en detrimento de los derechos constitucionales de las partes (...)” (Resaltado de la Sala).

En razón de lo anterior, se evidencia que el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida, actuó fuera de su competencia e infringió el debido proceso, por cuanto no consideró –habida cuenta de la inasistencia de las partes a la audiencia de apelación– aplicar la consecuencia jurídica que correspondía en los supuestos previstos en la ley, es decir, la extinción del proceso por la incomparecencia de las partes a la audiencia de apelación, incurriendo además en una clara vulneración del criterio establecido por esta Sala respecto del artículo 123 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda en el fallo N° 339/2016 supra referido.

Finalmente, esta Sala a los fines de restablecer la situación jurídica infringida y conforme a los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a las consideraciones antes expuestas, anula el fallo proferido por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida el 4 de agosto de 2017, declara desistido el recurso de apelación intentado el 10 de julio de 2017, por el ciudadano José Abelino Peroza Plana y en consecuencia, firme la sentencia dictada por el Tribunal Cuarto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Marquina de esa misma Circunscripción Judicial el 4 de julio de 2017. Así se decide.

## VII

### DECISIÓN







Por las razones que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la ley, declara:

1.- Que es COMPETENTE para conocer de la presente acción de amparo constitucional ejercida por la ciudadana SILVANA YADIRA VILLEGAS RAMÍREZ, asistida por el abogado William Alberto Ramos Aguilar, ya identificados, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida el 4 de agosto de 2017.

2.- ADMITE la acción de amparo constitucional.

3.- DE MERO DERECHO la resolución del presente amparo.

4.- PROCEDENTE IN LIMINE LITIS la presente acción de amparo constitucional.

5.- ANULA la decisión dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida el 4 de agosto de 2017.

6.- DESISTIDO el recurso de apelación intentado el 10 de julio de 2017, por el ciudadano José Abelino Peroza Plana y en consecuencia, FIRME la sentencia dictada por el Tribunal Cuarto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Marquina de esa misma Circunscripción Judicial el 4 de julio de 2017.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Remítase copia certificada del presente fallo al Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Mérida y al Tribunal Cuarto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Marquina de esa misma Circunscripción Judicial. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Sesiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 18 días del mes de Junio de dos mil diecinueve (2019). Años: 209° de la Independencia y 160° de la Federación.

El Presidente de la Sala,

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

El Vicepresidente,

ARCADIO DELGADO ROSALES

Los Magistrados,

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO





CALIXTO ORTEGA RÍOS

LUIS FERNANDO DAMIANI BUSTILLOS

Ponente

LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON

La Secretaria,

MÓNICA ANDREA RODRÍGUEZ FLORES

17-1189

LFDB.-





REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE  
JUZGADO SUPERIOR ESTADAL DÉCIMO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA  
CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL  
DE LA REGIÓN CAPITAL  
208° y 160°  
PARTE QUERELLANTE: JAIME ENRIQUE OVALLES, titular de la cédula de identidad N°  
9.996.544.  
REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE LA PARTE QUERELLANTE: RAUL DÍAZ VALENCIA, en su  
carácter de Defensor Público Primero con competencia en Materia Administrativa, Contencioso-  
Administrativa y Penal del Estado Vargas para los Funcionarios y Funcionarias Policiales, inscrito en  
el Inpreabogado bajo el No. 201.163.  
PARTE QUERELLADA: POLICÍA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO VARGAS DEL ESTADO  
VARGAS.  
APODERADO JUDICIAL DE LA PARTE QUERELLADA: ALBERTO JOSÉ BELLORÍN, inscrito  
en el Inpreabogado bajo el No. 40.456, actuando en su carácter de Síndico Procurador Municipal del  
Municipio Vargas del Estado Vargas, consignó escrito de contestación.  
MOTIVO: RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL.  
EXPEDIENTE N°: 3029-18.  
TIPO DE SENTENCIA: DEFINITIVA

-I-

#### ANTECEDENTES

Se inicia la presente causa mediante escrito presentado en fecha 06 de febrero de 2018, por ante el Juzgado Superior Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, actuando como Sede Distribuidora. Por distribución realizada en fecha 08 de febrero del mismo año, correspondió a este Tribunal el conocimiento de la causa, que le recibe y distingue con el número 3029-18.

Mediante auto de fecha 19 de febrero de 2018, se admitió el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto y se ordenó su trámite conforme al procedimiento especial contencioso administrativo funcional previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Dentro del lapso procesal de ley correspondiente, el abogado ALBERTO JOSÉ BELLORÍN, inscrito en el Inpreabogado bajo el No. 40.456, actuando en su carácter de Síndico Procurador Municipal del Municipio Vargas del estado Vargas, consignó escrito de contestación.

Notificadas como se encontraron las partes, se llevó a cabo la Audiencia Preliminar en fecha 31 de mayo de 2018, dejándose constancia de la comparecencia del abogado RAUL DÍAZ, inscrito en el Inpreabogado bajo el No. 21.163, actuando en su carácter de Defensor Público Primero con Competencia Especial en materia Contencioso-Administrativo del Estado Vargas, de la parte querellante, y del abogado ALBERTO JOSÉ BELLORÍN, en su carácter de Síndico Procurador Municipal del Municipio Vargas, representante judicial de la parte querellada. Finalmente, ambas partes solicitaron la apertura del lapso a pruebas.

En fecha 25 de junio de 2018, se dictó auto mediante el cual se emitió pronunciamiento en cuanto a la admisibilidad de las pruebas promovidas por las partes.



Cumplido el iter procesal garantizando a las partes el derecho a la defensa, en fecha 22 de mayo de 2019, se celebró la Audiencia Definitiva dejándose constancia de la comparecencia del ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, antes identificado, parte querellante, asistido por el abogado RAUL DÍAZ, antes identificado, asimismo, se dejó constancia de la incomparecencia de la parte querellada, finalmente fue diferida la publicación del dispositivo del fallo, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes.

Mediante auto de fecha 03 de junio de 2019, este Tribunal manifestó que el dispositivo del presente fallo forma parte indisoluble de la sentencia, motivo por el cual se ordenaría publicar el texto íntegro del fallo dentro de los diez (10) días de despacho siguientes, ello conforme a lo preceptuado en el artículo 108 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Ahora bien, conforme a lo que prevé el artículo 108 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se procede a dictar el fallo respectivo bajo los siguientes términos:

-II-

## TÉRMINOS DE LA LITIS

### ALEGATOS DE LA PARTE QUERELLANTE

El abogado RAUL DÍAZ VALENCIA, antes identificado, en su carácter de Defensor Público Primero (1ro) con Competencia en materia Administrativa, Contencioso-Administrativa y Penal del Estado Vargas, para los Funcionarios y Funcionarias Policiales, del ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, titular de la cédula de identidad Nro. 9.996.544, presentó escrito de recurso contencioso administrativo funcional bajo los siguientes términos:

Indicó en primer lugar que, su representado inició funciones de policía con el rango de “Oficial” adscrito al “IAPMV” luego de tomar juramento en fecha 15 de enero de 1997; en fecha 15 de junio de 2011, el referido funcionario, luego de subordinarse al Proceso de Homologación y Reclasificación de Grados y Jerarquías de los Funcionarios y Funcionarias Policiales, para adecuarse a la nueva organización jerárquica única de la carrera policial establecida en la Ley del Estatuto de la Función Policial que estaba vigente en esa oportunidad, a lo cual fue homologado al rango de “Supervisor Agregado”.

Sostuvo que, en fecha 18 de agosto de 2014, el ciudadano querellante concursó en el proceso de ascensos ordinarios y luego de ser valorado por el Equipo Técnico y cumplir con el baremo del protocolo, fue ascendido al rango de “Supervisor Jefe”.

Indicó que, en fecha 11 de julio de 2017, el ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, antes identificado, vale decir el hoy querellante, fue convocado a una reunión con las autoridades directivas del IAPMV, en la que se le informó que a partir de ese momento las personas convocadas a dicha reunión, estaban siendo retiradas de la carrera policial y se les otorgaba el beneficio de la jubilación.

Mantuvo que, al culminar la reunión supra mencionada, le fue entregado a los participantes, la notificación de retiro de la carrera policial bajo la supuesta figura de otorgamiento del beneficio de jubilación, con la excusa del déficit presupuestario existente para el funcionamiento del Instituto de Policía Municipal, así como la estructura actual del mismo, por lo que resultaba necesaria su modificación mediante un proceso de Reestructuración, tal como supuestamente se dispuso mediante un desconocido Decreto denominado “06-2017”, presuntamente emitido en fecha 30 de marzo de 2017; no obstante posterior a ello, la Administración Policial procedió a realizar actos de ascenso a cuarenta y tres funcionarios policiales así como a decretar aumento salarial de ochenta y cinco por ciento (85%).

Arguyó que, de la arbitraria decisión administrativa por parte de la Directiva Policial Municipal, excusada con base a la inexistente resolución derivada por un inexistente procedimiento administrativo organizativo, producto de un Decreto de Reestructuración del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas, emanado del Alcalde de esa Municipalidad, el “Supervisor Jefe” JAIME OVALLES, fue retirado del servicio sin la existencia de un proceso administrativo previo como lo ordena la ley, donde fuese examinada su eficiencia y eficacia individual en el cumplimiento de sus deberes funcionariales y que sus resultados concluyeran con el fallo de su retiro de la carrera policial siendo lesionada su estabilidad absoluta de su carrera policial.

Manifestó que, con la arbitraria Decisión Administrativa, el ciudadano querellante, fue perjudicado socialmente en la disminución inmediata de sus ingresos salariales mensuales consecutivos de un veinte por ciento (20%), sumado a la pérdida o descuento de los beneficios extensivos que gozaba de la Convención Colectiva Definitiva de Trabajo, existente entre el Sindicato Único Municipal de Empleados y Funcionarios Públicos del Municipio Vargas y la Alcaldía del Municipio Vargas.

Sostuvo que, una de las razones que justifican el presente Recurso se encuentra en el hecho de que su representado nunca solicitó voluntariamente su retiro de la carrera policial por vía de jubilación normal o especial.

Alegó que, de la notificación entregada por el Director General del Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas, donde se le comunicó al hoy querellante, su retiro de la carrera policial bajo la modalidad de “jubilación”, narra que ejecuta dicho Acto bajo la tutela legal del artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, siendo que dicha actuación administrativa



adolece del vicio de notificación defectuosa y sus efectos son procesalmente ineficaces, causándole indefensión al querellante y vulneración de sus Derechos Constitucionales de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia, así como con el principio pro-actione, ya que no fue correctamente notificado del acto que afecta sus derechos o intereses, porque no se le informó sobre los recursos que proceden contra el acto notificado, así como el tribunal competente y el lapso para su interposición, pues de lo contrario, no comienza a transcurrir ningún lapso procesal y menos su caducidad, además, la notificación carece de la información pertinente que (sic) el Superior Jerárquico debe ilustrarle sobre los diversos recursos y medios de defensa que proceden contra la decisión administrativa dictada por el ciudadano Alcalde del Municipio Vargas, los lapsos o términos de tiempo para ejercerlos y de los órganos administrativos y judiciales ante los cuales deban interponerse, manifestándose entonces vulnerabilidad y perjuicio a los derechos a la defensa y tutela efectiva de las garantías laborales funcionariales del querellante, materializándose así un acto administrativo de efectos particulares defectuoso, siendo entonces inválido su caducidad por vulnerar lo garantizado en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procesos Administrativos y evidenciándose entonces lo regulado en el artículo 74 eiusdem.

Informó que, del contenido de la notificación suscrita por el Director General del Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas, se desprende que justifica su actuación basándose en lo regulado en el numeral 2 del artículo 17 de la Ordenanza de Policía Municipal, referente a las atribuciones del Director General, donde regula que ejerce representación legal del Instituto Autónomo de Policía Municipal, pero, resulta ser que para que pueda accionar algún acto administrativo sobre remoción o destitución del personal administrativo o policial, debe previamente estar autorizado por el Consejo Directivo del Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas, situación que no está en el contexto de la notificación entregada al ciudadano querellante, como tampoco de que estaba facultado para ejecutar o no dicha notificación en representación del Alcalde del Municipio Vargas.

Expresó que, de la notificación en cuestión, se desprende que su contenido informa extractos de un acto de efectos particulares, suscrito y emitido en fecha 11 de julio de 2017 por el Alcalde del Municipio Vargas, denominado “Resolución N° 015-17”, y que presuntamente otorga el beneficio de jubilación a varios funcionarios policiales dentro del “Proceso de Reestructuración del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas”, cuando lo correcto era entregar al querellante un original o tenor de dicho acto jurídico municipal, para su discernimiento íntegro y constatar que su contenido cumpliera o no con los requisitos de forma y de fondo en conjunto con la motivación que fundamente su legalidad administrativa con la particularidad de que si presuntamente dicho acto está dirigido a un colectivo de treinta y uno funcionarios policiales adscritos al IAPMV, es decir, que interesa a una pluralidad de sujetos de derecho, el deber ser es que sea publicado en la Gaceta Municipal de acuerdo con el principio de publicidad del acto administrativo.

Expuso que, de la indicada notificación entregada al querellante, se desprende que su contenido informa falazmente que el ciudadano Alcalde del Municipio Vargas, está facultado para ejercer la rectoría de la función policial y con equivocado fundamento emitió un inexistente Decreto Ejecutivo Municipal para supuestamente reestructurar al Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas, consideración que es incorrecta ya que la única autoridad administrativa que tiene la facultad de rectoría de la función policial en Venezuela, es el Presidente de la República, conforme a la garantía de Rectoría y Dirección de la Función Policial a que se refiere el artículo 17 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley del Estatuto de la Función Policial.

Destacó que, de la indicada notificación, al efectuarse el análisis concatenado sobre los presuntos considerados que justifican a la indicada supuesta Resolución, es debido a que el retiro del ciudadano querellante bajo la figura del beneficio de jubilación se debe a una reestructuración sobre las bases de eficacia y eficiencia de la prestación de los servicios públicos policiales, es decir, que de este supuesto acto administrativo municipal, se infiere entonces que a dicho colectivo funcional, supuestamente no cumplían en prestar un eficiente servicio policial, llevándose entonces a la decisión del retiro de la carrera policial.

Mantuvo que, la inexistente Resolución deriva de un desconocido proceso administrativo iniciado de un irreal acto administrativo municipal de efectos generales llamado “Decreto” presuntamente emanando del Alcalde del Municipio Vargas para ése momento, donde supuestamente ordenó el fingido proceso de reestructuración del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas, que (sic) nunca fue divulgado en Gaceta Municipal, desconociéndose por parte de los interesados el contenido fáctico y jurídico, por lo que es inefectiva su validez y eficacia jurídica; del mismo Decreto agregó que, se desconoce la fecha de en que se llevó a cabo la sesión en la cual se promulgó.

Sostuvo que, no existe Gaceta Municipal que refrende la publicación de Acuerdo alguno celebrado por el Concejo Municipal del Municipio Vargas del Estado Vargas, donde luego a que hipotéticamente escuchara las resultas o diagnóstico técnico por parte de un inexistente equipo técnico que diagnosticara una presunta reorganización administrativa por la disponibilidad presupuestaria, lo que implica la necesidad de afectar al personal policial y que determinara en procederse a ejecutar un proceso de reducción de personal de los funcionarios con nivel jerárquico táctico y/o estratégico







adscritos al Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas, y concluyéndose con el dictamen legislativo municipal en autorizar al ciudadano Alcalde de la referida Municipalidad, para proceder al retiro de la carrera policial del personal afectado, entre ellos el hoy querellante, por vía de jubilación debido a la reestructuración, situación que a su decir, nunca ocurrió.

Adujo que, se desconoce la existencia o no de expedientes técnicos individuales sobre la valoración y estudio de la procedencia o no a los funcionarios con nivel jerárquico táctico y/o estratégico adscritos al Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas para su egreso bajo la modalidad (sic) y de la decisión administrativa en ser jubilados; si efectivamente contienen los elementos de convicción con su debida motivación y justificación probatoria, que obligue a la decisión en prescindir individualmente de cada uno de ellos y retirarlos de la carrera policial por medio de la jubilación.

Esgrimió que, aunado a todo este procedimiento administrativo irritado de la cual fue víctima su representado, las autoridades municipales que decidieron arbitrariamente egresar de la carrera policial a varios funcionarios tomando como parámetro la supuesta valoración de su eficacia y eficiencia en la prestación del servicio policial y así fingir justificar la reducción del personal táctico y/o estratégico, proceso administrativo que fue la alternativa del diagnóstico inexistente para la reestructuración de la Institución Policial; ignoraron o descataron lo que ordena la legislación policial en materia de recursos humanos con respecto al servicio de policía, que se presta en un estado o municipio, y que pueda evidenciar necesidades de valoraciones técnicas y es que por ley el ente facultado para evaluar a las instituciones policiales es el órgano rector en materia de seguridad ciudadana, agregó que, de la actuación fáctica teórica narrada, está subordinada a los artículos 3 y 18 en sus numerales 13, 15, 19, 74 y 76 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, situación que no ocurrió así, ya que no hubo un criterio técnico que valorara la eficiencia y/o eficacia del servicio policial que prestaba el ciudadano querellante, por lo que se infiere que su egreso fue en condiciones arbitrarias y con un criterio subjetivo que vulneró la esfera de sus derechos funcionariales con la agravante de perjudicar a su grupo familiar.

Detalló que, luego de la notificación en cuestión, le descontaron un veinte por ciento (20%) del ingreso mensual al ciudadano querellante, conceptualizando al referido ciudadano como pensionado, cuando en teoría está jubilado.

Informó que, el ciudadano JAIME OVALLES, fue objeto de un proceso administrativo turbio, donde se le cercenó su estabilidad absoluta funcional y a su vez, cortándole el desarrollo de su carrera policial, ya que la Ley del Estatuto de la Función Policial establece los requisitos para la procedencia de la jubilación, los cuales son que el funcionario tenga la edad de sesenta años (60) en el caso de los funcionarios, y haber cumplido veinticinco (25) años de servicio, pero resulta ser que el prenombrado ciudadano, cuenta con la edad de cuarenta y ocho (48) años y su antigüedad en el servicio policial para el momento en que fue víctima de esta mala praxis jurídica evidente, era de veinte (20) años y seis (06) meses, por lo que está apto para su continuidad en labores de funcionario policial con el rango que ostentaba de “Supervisor Jefe” y factiblemente en ser evaluado por el equipo técnico para sus ascensos siguientes en la continuidad de su carrera policial.

Agregó también que, de las razones y alegatos expresados en el presente Recurso, se evidencia sin duda alguna actuaciones cometidas por las autoridades ejecutivas de la Administración Municipal, sin ajustarse ni realizar los procedimientos previamente establecidos en la Ley con el agravante del abuso de poder de las acciones materiales viciadas denunciadas hechas por los jerarcas policiales, causando perjuicio a las garantías fundamentales de la esfera jurídica del hoy querellante, y de los derechos sociales de su familia.

Finalmente, solicitó la nulidad judicial por parte del Tribunal de la notificación recibida por el querellante, de parte del Director de la Policía Municipal del Municipio Vargas del Estado Vargas, referente a la denunciada e ilegal jubilación otorgada en fecha 11 de julio de 2017, así como cualquier acto administrativo del ejecutivo municipal, incurrido en dicho proceso ilegítimo; el reintegro inmediato del querellante a las labores inherentes al servicio policial dentro del Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas, reingresando a la carrera policial con el rango que ostentaba “Supervisor Jefe”, al momento del ilegal o ilegítimo acto material ejecutado por la Administración Policial Municipal que lo retiró indebidamente de su carrera policial; la cancelación de sus beneficios salariales que dejó de percibir luego de la ilegal decisión de su retiro de la carrera policial, con las incidencias correspondientes a los diferentes aumentos y beneficios que a tal efecto ha decretado el gobierno nacional dirigidos a los trabajadores de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal entre la fecha del evidente egreso ilegal de jubilación y la fecha de efectivo reingreso a la carrera policial, con la debida indexación y los pagos de los intereses moratorios propios, asimismo, para no incurrir en errores de cálculos, solicitó a este Tribunal, que se calculen las prestaciones sociales y los intereses generados por medio de una experticia complementaria del fallo de conformidad con lo establecido en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil; el pago de los beneficios otorgados por la Convención Colectiva de Trabajo existente entre el Sindicato Único Municipal de Empleados y Funcionarios de la Alcaldía, Contraloría, Personal Administrativo del Instituto Autónomo de la Policía Municipal y Concejo Municipal del Municipio Vargas y la Alcaldía del Municipio Vargas, que de ser





funcionario policial era beneficiario de manera extensiva y los recibía periódicamente por ser empleado público del Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas; luego de que el ciudadano querellante sea reincorporado a sus labores policiales con el rango de “Supervisor Jefe”, se designe un equipo técnico de ascensos por parte del Viceministerio del Sistema Integrado de Policía adscrito al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, para que evalúe su trayectoria profesional a los fines de su ascenso al rango policial siguiente, conforme a su nivel académico y tiempo de servicio en la carrera policial; ubicar al hoy querellante en el caso de que sea ascendido al rango superior siguiente, donde ejerza labores en dirigir, supervisar, orientar y asesorar en tareas ordinarias de elevada y muy elevada complejidad al personal de primer y segundo nivel jerárquico, bajo la dirección, supervisión, orientación y asesoría del superior jerárquico correspondiente, realizando otras tareas de coordinación, supervisión y organización, bajo directrices generales del servicio de policía, de las autoridades del cuerpo de policía o contenidas en manuales y protocolos de servicio, bajo revisión y control por parte de las autoridades del cuerpo de policía o del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana.

#### ALEGATOS DE LA PARTE QUERELLADA:

El abogado ALBERTO JOSÉ BELLORÍN, inscrito en el Inpreabogado bajo el No. 40.456, actuando en su carácter de Síndico Procurador Municipal del Municipio Vargas del Estado Vargas, dio contestación al presente recurso funcional en los siguientes términos:

Alegó en primer lugar que, se opone como defensa perentoria previa, que la demanda o querella funcional interpuesta por la parte accionante querellante ha incurrido patentemente, por falta de aplicación en la vulneración y quebrantamiento de las normas legales establecidas en los artículos 95 numerales 2 y 4 y artículo 96 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en los artículos 33 numeral 4 y artículo 36 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y los artículos 171, 340 numeral 4, y artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, en tanto y en cuanto la misma adolece de los vicios del incumplimiento de los requisitos formales que la ley exige para ser interpuesta o de defecto de forma e incurre en expresiones injuriosas, resultando por ello el escrito que la contiene como ininteligible, confuso, impreciso y repetitivo de hechos y circunstancias, razón por la cual la querella en cuestión debió ser declarada inadmisibles desde el inicio de la presente causa, por parte del Tribunal que conoce de la misma, en aras de garantizar efectivamente al accionado su derecho a la defensa, permitiéndole conocer con exactitud lo que pretende el querellante, y de esta manera, poder preparar una defensa consona con la claridad de lo demandado, agregó que, en este contexto, cabe señalar que el recurso contencioso administrativo funcional propuesto, se realiza en términos confusos, contradictorios, ininteligibles e imprecisos, lo cual es producto de una técnica deficiente de argumentación jurídica, no pudiéndose deducir con autenticidad prima facie en forma clara y precisa los argumentos en los cuales se fundamenta el mismo, siendo que en el caso que nos ocupa, tratándose de un proceso contencioso administrativo funcional, no pudiera identificarse de manera diáfana el acto administrativo objeto de la acción.

Esgrimió, que opone como defensa perentoria previa, que la demanda o querella funcional interpuesta por la parte querellante ha incurrido manifiestamente en la vulneración y quebrantamiento de las normas legales establecidas en los artículos 94 y 98 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en los artículos 35 numeral 1 y artículo 36 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el artículo 346 numeral 10 del Código de Procedimiento Civil, en tanto y en cuanto con respecto a la misma ha operado la caducidad de la acción, al haber transcurrido en exceso el lapso de tres (03) meses dentro del cual ha podido ser ejercido válidamente el recurso contencioso funcional correspondiente, tal como lo establece el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, razón por la cual la querella en cuestión debió ser declarada inadmisibles desde el inicio de la presente causa, por parte del tribunal que conoce de la misma, en aras de garantizar efectivamente los intereses particulares y colectivos vinculados a la activación de los órganos jurisdiccionales en un tiempo estimado y razonable, y para prevenir atentar contra el principio de la seguridad jurídica que debe privar en el desarrollo de la actividad Estatal.

Sostuvo con relación a los alegatos presentados por la parte querellante en su capítulo cuarto y quinto, que, el mismo querellante reconoce expresamente que en la circunstancia de la reunión del personal policial con las autoridades superiores policiales de fecha 11 de julio de 2017, fue objeto de una notificación verbal o informativa, sobre el beneficio de la jubilación de la cual había sido objeto, siendo entonces que si se toma dicha fecha como la del hecho cierto que da origen al recurso contra la notificación que le fue verbalmente informada al querellante y que fue interpuesto en fecha 06 de febrero de 2018, se observa que desde aquella fecha a ésta transcurrieron casi siete (07) meses, que superan con creces los tres (03) meses legalmente establecido por la ley como lapso de caducidad.

Con relación a la defensa de fondo, alegó que en primer lugar, con relación a la convalidación de la notificación defectuosa, alegó y opuso que, respecto a dicha notificación defectuosa, ha operado la convalidación en tanto y en cuanto, esta cumplió cabalmente con su intrínseca finalidad o razón de ser



que es el de poner en conocimiento del destinatario del acto notificado la voluntad de la Administración, y así se deriva manifiestamente de los dichos del querellante en su libelo.

Detalló que, ciertamente ha de admitirse que en la notificación recibida por el querellante en fecha 12 de julio de 2017, a pesar de contener el texto íntegro del acto notificado no se indicó por omisión involuntaria los recursos procedentes contra el mismo con expresión de los términos para ejercerlos, ni los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse, tal como es exigido por el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sin embargo, ello no fue óbice para que el querellante se hiciera del pleno conocimiento del contenido del acto notificado, ni para dejar de plantear argumentos y ejercer la acción correspondiente por ante un tribunal competente.

Arguyó que, resulta importante destacar lo que doctrinariamente se ha expuesto sobre la convalidación de las notificaciones defectuosas, deficientes o mal hechas, aceptándose que esta convalidación ocurre cuando la notificación contenga el texto íntegro de la resolución que se notifica; cuando el interesado en la notificación defectuosa suscribe la misma dándose por enterado y notificado sin formular protesta ante la Administración notificante de que, por estar mal hecha la notificación, debe subsanarse la deficiencia y; cuando el notificado en forma deficiente utiliza contra la resolución notificada el recurso pertinente por ante los organismos competentes, circunstancias estas que suponen que el interesado se ha impuesto del conocimiento del contenido del acto notificado, como finalidad última de la notificación realizada del mismo.

Argumentó que, en el caso que nos ocupa, acontece que con respecto a la notificación denunciada como defectuosa, en la misma se dan plenamente los supuestos antes referidos para que se considere convalidada, en tanto y en cuanto, contiene el texto íntegro del acto notificado, esta recibida y suscrita por el interesado en condición expresa del notificado, y se ha utilizado el recurso pertinente para su impugnación por ante un tribunal competente, y sobre todo ha cumplido con su finalidad última, la cuales poner en conocimiento del interesado el contenido del acto notificado, en razón de ello, solicitó a este Tribunal se sirva estimar y decidir que en el caso que nos ocupa, dadas las circunstancias objetivas que han sido expuestas, opera la convalidación de la notificación denunciada por el querellante como defectuosa, revistiéndola de eficacia para producir los efectos correspondientes, y en tal sentido, declarar sin lugar el recurso contencioso funcional contra la notificación defectuosa y vías de hecho concebidas por la Administración del Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas, interpuesto por la parte querellante.

Con relación a la actuación reglada y legal de la Administración Municipal, alegó y se opuso al planteamiento esgrimido por la parte querellante en su escrito libelar por vías de hecho, alegó y opuso que son inciertas e infundadas las consideraciones del querellante sobre actuaciones de las autoridades policiales municipales calificadas de arbitrarias, discrecionales, caprichosas e inmotivadas, siendo que la actuación administrativa de dichas autoridades en el caso del otorgamiento del beneficio de jubilación al querellante, están justificadas, fundamentadas y motivadas en normas legales aplicables sobre la materia debidamente interpretadas, procedimientos y actos administrativos formales y motivados, emanados de la jerarquía funcional correspondiente con base a sus competencias, que no afectan derechos o intereses constitucionales individuales o colectivos, sino por el contrario reivindican el derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de lo que se infiere que se trató de una actuación administrativa reglada y no por vías de hecho como afirma de forma temeraria el querellante, quien deliberadamente miente con la intención de confundir al Tribunal de la causa sobre la verdad verdadera de los hechos.

Sostuvo que, en el caso que nos ocupa el beneficio de jubilación que se le otorgara al querellante por medio del Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas, está fundamentado en normas legales tales como la Ley Orgánica del Poder Municipal, la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana y la Ley del Estatuto de la Función Policial, que rigen lo relativo a la organización y funcionamiento de los Cuerpos Policiales Municipales, las competencias y atribuciones de sus autoridades jerárquicas y el régimen de personal o recursos humanos aplicable a los funcionarios policiales; y constituyen el fundamento legal de las decisiones y actos administrativos que al respecto han emanado formalmente.

Expuso que, en tal sentido, negó, rechazó y contradijo tanto los hechos como en el derecho que la resolución que otorga el beneficio de jubilación al querellante, haya sido el resultado de un falso y desconocido decreto supuestamente emitido durante el mes de marzo del año 2017, por el ciudadano Alcalde del Municipio Vargas, referente a un presunto e ignorado proceso de reestructuración del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas; negó, rechazó y contradijo tanto en los hechos como en el derecho que sea arbitraria la decisión administrativa por parte de la directiva Policial Municipal, y que la misma haya estado excusada con base a la inexistente resolución derivada por un inexistente procedimiento administrativo organizativo producto de un Decreto de reestructuración del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas, asimismo, negó, rechazó y contradijo todas las enunciaciones del querellante que de manera incoherente y repetitiva se refieren a la inexistencia, ficción, quimera, utópica de los actos administrativos anteriormente mencionados, por ser inciertas e infundadas, por lo cual solicitó a este Tribunal su desestimación, dado que ha quedado plenamente





demostrado su existencia.

De igual manera, negó, rechazó y contradijo tanto en los hechos como en el derecho que el ciudadano querellante fuese retirado del servicio sin la existencia de un proceso administrativo previo como lo ordena la ley, y que haya sido a su vez perjudicado socialmente en la disminución inmediata de sus ingresos salariales mensuales consecutivos de un veinte por ciento (20%), sumado a la pérdida o descuento de los beneficios extensivos que gozaba de la convención colectiva definitiva de trabajo existente entre el Sindicato Único Municipal de Empleados y Funcionarios Público del Municipio Vargas y la Alcaldía del Municipio Vargas.

Finalmente, solicitó al Tribunal sea desestimado y denegado todo valor argumentativo desfavorable a esta causa, de todas y cada una de las enunciaciones suposiciones o elucubraciones, que dio por negadas, rechazadas y contradichas, que con respecto a la legalidad, eficacia y contenido del Decreto N° 06 mediante el cual se ordena la Reestructuración de la Estructura Policial y Administrativa del Instituto de Policía Municipal de Vargas, que ha explanado infundadamente el querellante en su escrito libelar, toda vez que dicho acto administrativo no es objeto de revisión y control jurisdiccional en la presente causa, dado que no ha sido, expresa, clara, inteligible y definidamente solicitada su impugnación, pues de lo concretamente solicitado en el libelo contra la notificación defectuosa y vías de hecho, se observa que el demandante, en concreto, no le formuló al órgano jurisdiccional competente, pretensión de nulidad de dicho acto, presumiblemente por conocer y estar consciente de la existencia de la caducidad de la acción respecto al mismo, por lo que mal resultaría entrar a conocer y decidir sobre aspectos y pretensiones que no le han sido peticionadas; de igual manera solicitó que, en el caso que nos ocupa dadas las circunstancias objetivas que expuso, no está dada posibilidad alguna de considerar que existe en la actuación administrativa objeto de estudio vías de hecho, por lo que solicitó sea declarado Sin Lugar el presente Recurso contra la notificación defectuosa y vías de hecho concebidas por la Administración del Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas.

Con relación a la medida cautelar innominada solicitada por la parte querellante, expuso que, la querellante se ha limitado a realizar una simple solicitud de la medida sin indicar con exactitud y precisión el tipo de daño presuntamente irreparable que la justifique, para que este Órgano Jurisdiccional pueda considerar objetivamente la necesidad de acordar en forma inmediata la cautela por temor al daño irreparable que podría ocasionarle al solicitante mientras no se dicte la sentencia definitiva, agregó que la parte en cuestión no aportó a los autos algún medio probatorio idóneo para crear la convicción al Juzgador de que efectivamente existen hechos o circunstancias perjudiciales que le producirían un daño irreparable o de difícil reparación.

Indicó que, en el caso que nos ocupa no se ha establecida una estricta relación entre la procedencia de la medida cautelar y los alegatos y pruebas que el solicitante ha producido en los autos, a fin de demostrar los requisitos establecidos por la ley para otorgar la medida, siendo entonces que conforme a lo expuesto, es evidente que en el caso examinado no se verifica el *periculum in mora*, ni la existencia del *fumus boni iuris*, requisitos estos que deben ser concurrentes para el otorgamiento de las medidas cautelares, y así solicitó sea estimado por éste Tribunal.

Agregó que, la inspección judicial es un medio de prueba y no una medida cautelar, por lo que darle el tratamiento procesal de medida cautelar, como lo pretende el querellante, implicaría estar desnaturalizando la prueba de inspección judicial, tal como está concebido en nuestro ordenamiento jurídico procesal, y así solicitó sea estimado y declarado por éste Tribunal.

Finalmente, solicitó que el presente escrito sea admitido y apreciado su contenido y argumentos en justo y valor objetivo, y sobre la base de los mismo y los elementos probatorios que le sustentan, de igual manera, solicitó la desestimación total de los argumentos, suposiciones y elucubraciones del querellante, sea declarado Sin Lugar el presente recurso.

-III-

### MOTIVACIÓN PARA DECIDIR

#### PUNTO PREVIO

#### DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Realizado el análisis precedente en cuanto a los alegatos de la parte querellada a los fines de revisar la procedencia de la presente acción, esta Juzgadora considera pertinente examinar la caducidad, requisito éste que por ser materia de estricto orden público puede ser declarada incluso de oficio en cualquier estado y grado de la causa y al respecto observa:

Sobre esta materia ha expresado, el Dr. Melich Orsini, que la prescripción y la caducidad están sobre dos planos diversos y tienden a revestir exigencias diferentes. Ambas figuras refieren a la inercia del legitimado activo en ejercer actos tendentes a lograr su objetivo, la primera es susceptible de suspensión o interrupción; mientras que la caducidad solo atiende al inútil transcurso del tiempo considerado objetivamente, sin tomar en cuenta, en principio, los motivos que hayan podido justificar la referida inercia, cuya duración sin ejercer la acción o el recurso transcurre inexorablemente, y sólo puede ser evitada mediante el cumplimiento oportuno de la carga que pesa sobre el interesado, mientras que en materia de prescripción, el término puede ser móvil siempre que concurren circunstancias que permitan su interrupción o suspensión, la caducidad por el contrario opera







fatalmente.

En tal sentido, de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el ejercicio de la acción es manifestación del acceso a la justicia, y se considera como el derecho de la persona de exigir de los órganos jurisdiccionales mediante un proceso determinado proceda a la resolución de una controversia o una petición; en ese sentido, la Ley exige que este derecho sea ejercido en un determinado lapso y que, en caso de no ser incoada acción alguna en dicho tiempo la acción deviene en inadmisibile y la tutela jurídica del Estado invocada por la accionante, no tiene lugar si ella es presentada luego de vencido el plazo; pues la caducidad es un término fatal y es un término en el cual se debe realizar la actividad que la Ley previno para ello; es decir, se debe interponer formalmente la acción con la pretensión que mediante ella se hace valer, y si esto no ocurre la acción caduca y se extingue. El legislador ha previsto la institución de la caducidad por razones de seguridad jurídica, y establece un límite temporal para hacer valer derechos y acciones; es por ello que, la falta de ejercicio de la acción dentro del plazo prefijado impide su ejercicio en el marco del derecho procesal.

Asimismo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia de fecha 30 de mayo de 2011, expediente AP42-R-2011-000208, ha reiterado el criterio sentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Nro. 06-1012, de fecha 09 de octubre de 2006, en la cual se pronunció en los siguientes términos:

“(…) La caducidad, es un presupuesto procesal de orden público, puesto que regula el derecho de acceso a la jurisdicción en el ámbito contencioso administrativo, presupone la existencia de un plazo legalmente previsto para el ejercicio de la acción jurisdiccional que no admite interrupción o suspensión y que, por tanto, discurre de forma fatal. Tal plazo, que no extingue o menoscaba el derecho material debatido, puesto que sólo incide en el tiempo para ejercer los mecanismos jurisdiccionales a que haya lugar, constituye una de las causales de inadmisibilidad del proceso contencioso administrativo previstas en el párrafo quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y se aplica al proceso contencioso administrativo funcional por remisión del artículo 98 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, sin perjuicio del reexamen de las mismas que pueda realizar el juez en la oportunidad de dictar la sentencia definitiva, como lo prescribe el artículo 101 eiusdem.(…)”

De conformidad con la decisión parcialmente transcrita se evidencia, que los lapsos procesales, como es el de la caducidad para el ejercicio de la acción, son de obligatoria observancia por parte del Juzgador, toda vez que formando parte de los derechos de acceso a la justicia, defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva, deben ser protegidos en su globalidad por los Tribunales, pero corresponde en la misma medida al respeto y aplicación de las reglas predeterminadas; por lo que la misma podrá ser declarada incluso en la oportunidad del dictamen de la sentencia definitiva.

Ahora bien, por cuanto en el presente caso nos encontramos ante una reclamación con fundamento a lo dispuesto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, ejercida mediante la acción respectiva, es decir, la querrela funcional, es necesario señalar lo establecido en el artículo 94 del referido instrumento legal, en relación al lapso de caducidad a los fines de interponer acciones, y cuyo texto es el siguiente:

“(…) Artículo 94. Todo recurso con fundamento en esta Ley sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de tres meses contado a partir del día en que se produjo el hecho que dio lugar a él, o desde el día en que el interesado fue notificado del acto (…)”

Por su parte, el artículo 35 numeral 1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece:

“(…) Artículo 35. La demanda se declarará inadmisibile en los supuestos siguientes:

1. Caducidad de la acción. (…)”

Del análisis precedente, se desprende que toda acción intentada deberá ser interpuesta ante los Órganos Jurisdiccionales competentes en el lapso que establece la Ley para la cual se rige; lo cual en el caso de autos se refiere específicamente a las causas intentadas con motivo a reclamaciones de índole funcional tuteladas jurídicamente por la Ley del Estatuto de la Función Pública, que establece un lapso de tres (03) meses para incoar la querrela contados a partir del día en que se produjo el hecho que dio lugar a la reclamación, lo cual debe ser necesariamente analizado en concatenación con el párrafo segundo del artículo 42 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que señala:

“Artículo 42.

(…)

Los términos y plazos que se fijaren por meses o años, concluirán el día igual al de la fecha del acto del mes o año que corresponda para completar el número de meses o años fijados en el lapso (…)”

De igual forma debe esta Juzgadora reiterar que el término de la caducidad es de orden público, y un plazo fatal que no está sujeto a interrupción, a diferencia de la prescripción que efectivamente puede ser interrumpida o suspendida, dicho término de caducidad al vencer, conlleva necesariamente la pérdida de la posibilidad de accionar ante los Órganos Jurisdiccionales.

Asimismo, respecto al lapso de caducidad en materia de prestaciones sociales generadas a funcionarios públicos, las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, anteriormente aplicaban el





lapso de caducidad de un (01) año y no el de tres (03) meses; sin embargo, dicho criterio fue abandonado, tal y como se desprende de sentencia dictada el 19 de junio de 2013, por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en el Exp. N° AP42-R-2013-000597, en la cual estableció:

“(…) resulta necesario traer a colación el criterio establecido mediante Sentencia Número 2007-01764 dictada por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en fecha 18 de octubre de 2007, caso: Mary Consuelo Romero Yépez contra Fondo Único Social), en los términos siguientes:

“[...] debe establecer esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que el lapso de caducidad, independientemente de cuál sea éste (6 meses de la Ley de Carrera Administrativa, 1 año de la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 9 de julio de 2003 o, 3 meses de la Ley del Estatuto de la Función Pública), ha de aplicarse -sin excepción- tomando en consideración el criterio vigente para el momento en que se verifique el hecho que genere la lesión, es decir, el hecho que dé motivo a la interposición de la querella funcionarial (en términos de la derogada Ley de Carrera Administrativa) o del correspondiente recurso contencioso administrativo funcionarial (haciendo referencia a la Ley del Estatuto de la Función Pública), excluyéndose así la posibilidad de que se aplique el criterio vigente para el momento de la interposición del recurso.

[...Omissis...]

Una vez precisado que el hecho generador es el punto a partir del cual se comienza a contar el lapso de caducidad para el ejercicio del recurso respectivo con ocasión del reclamo de pago de prestaciones sociales, así como la diferencia de las mismas, es menester en este punto hacer referencia a que, tal como se indicó en líneas anteriores, existen en la materia tres (3) lapsos de caducidad distintos, los cuales a su vez, han generado varios supuestos en su aplicación. A saber:

[...Omissis...]

**TERCER SUPUESTO:** El hecho generador se produce estando en vigencia la Ley del Estatuto de la Función Pública, una vez superado el criterio del año por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, mediante decisión N° 2006-516, publicada el 15 de marzo de 2006, caso: Blanca Aurora García vs. Gobernación del Estado Táchira), sentencia en la cual se abandonó el criterio de un (1) año de caducidad, establecido previamente por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En casos como el descrito, se aplicará el lapso de caducidad de tres (3) meses prevista en la Ley del Estatuto de la Función Pública, dado su efecto inmediato en las situaciones por ella previstas y que hayan acaecido luego de su entrada en vigencia (efecto ex nunc)”. (Destacado del original, subrayado y negrillas de esta Corte).

Del criterio supra transcrito, se evidencia que el lapso de caducidad que ha de aplicarse al reclamo del pago de prestaciones sociales será aquel que se encuentre vigente para el momento en que se verifique el hecho que genere la lesión, es decir, el hecho que de motivo a la interposición de la querella funcionarial. (...)”

En éste sentido, observa ésta Juzgadora que la representación de la parte querellada alegó que “... SEGUNDO: DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PROPUESTA. Alego y opongo, como defensa perentoria previa, que la demanda o querella funcionarial interpuesta por la parte querellante ha incurrido manifiestamente, en la vulneración y quebrantamiento de las normas legales establecidas en los artículos 94 y 98 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en los artículos 35 (numeral 1) y 36 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y el artículo 346 (numeral 10°) del Código de Procedimiento Civil; en tanto y en cuanto, con respecto a la misma ha operado la CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, al haber transcurrido en exceso el lapso de tres (3) meses dentro del cual ha podido ser ejercido válidamente el recurso contencioso funcionarial correspondiente, tal como lo establece el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, razón por la cual la querella en cuestión debió ser declarada inadmisibile desde el inicio de la presente causa, por parte del tribunal que conoce de la misma, en aras de garantizar efectivamente los intereses particulares y colectivos vinculados a la activación de los órganos jurisdiccionales en un tiempo estimado y razonable, y para prevenir atentar contra el principio de seguridad jurídica que debe privar en el desarrollo de la actividad Estatal. ...”. (Mayúsculas del texto).

Así las cosas, en función del alegato presentado por la representación judicial de la parte querellada, esta Juzgadora debe advertir sobre la obligatoriedad de informar en los actos administrativos al destinatario sobre los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse, como lo establece el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo cual en el caso de autos ha sido omitido por la Administración toda vez que de la lectura del folio 26 y su vuelto inserto en la pieza número uno del expediente principal, informar al ciudadano querellante sobre los recursos procedentes para la impugnación del Acto Administrativo Jubilatorio, así como el término para interponerlo y los Órganos ante los cuales debe interponerse.

Con relación a la trascendencia de la falta de notificación del acto administrativo o de los defectos de la misma, ya la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido un criterio vinculante y acogido por este Tribunal, referido a la no nulidad del acto administrativo cuando la Administración incurre en estos vicios, pero que en definitiva son subsanables por el administrado al



interponer el respectivo recurso.

Lo anterior sin embargo, no es óbice para el reconocimiento de la importancia de la expresión en la notificación del acto administrativo de los recursos, toda vez que aun cuando su influencia en la validez del acto administrativo es limitada, por otra parte sí influye en el término del cual dispone el administrado para ejercer el recurso a que haya lugar.

Por otra parte, debe tenerse presente que la notificación tiene como objetivo fundamental poner en conocimiento al administrado sobre una situación que en principio ignora, pero que sin lugar a dudas afecta a su esfera de intereses jurídicos, de igual manera, se trata de evitar colocar al destinatario del acto administrativo en una situación de menor protección de sus derechos al no contar con la información necesaria para hacerlos valer, pues el legislador al establecer en el artículo 73 eiusdem, el deber de la Administración de que sus actos contengan “el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse”, se ajusta a la realidad al evitar presumir que los administrados tienen un conocimiento de la cuestiones procesales análogo al de un abogado.

Así, el administrado mal podría caer en cuenta del inicio del cómputo desde la notificación, cuando no se ha puesto en su conocimiento del término hábil para el ejercicio de los recursos administrativos o jurisdiccionales, pues la Administración Policial en éste caso, omitió el señalamiento expreso de los recursos disponibles para la impugnación de su decisión, como se observa de la lectura del folio 26 y su vuelto, del presente expediente.

De igual manera la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, mediante Decisión N° 2017-00460, de fecha 24 de mayo de 2017, estableció que:

“Ahora bien, en primer lugar debe esta Corte señalar que la notificación de los actos administrativos de efectos particulares, constituye una de las fases finales del procedimiento administrativo, pues sin ella, los mismos no pueden surtir sus efectos, de allí que el acto administrativo de carácter particular ha de ser notificado al interesado personalmente, a fin de que este surta efecto, en su domicilio o residencia o la de su apoderado, conteniendo dicha notificación el texto íntegro del acto y la indicación de los recursos administrativos y judiciales que proceden, los lapsos para ejercerlos, así como también los órganos o tribunales ante los cuales deba interponerse, exigiéndose acuse de recibo firmado.” (Resaltado y cursiva de éste Tribunal)

Por su parte, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia número 524 del 8 de mayo de 2013, (caso: Construcciones y Asfalto Andes, C.A.), ratificó el criterio sobre la notificación defectuosa y su vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia, así como con el principio pro actione, en los términos siguientes:

“...En este orden, esta Sala en sentencia número 937 del 13 de junio de 2011, expresó lo siguiente:

‘Así las cosas, esta Sala estima oportuno reiterar, que los órganos jurisdiccionales, en atención al principio pro actione y el (sic) derecho al (sic) acceso a la justicia, no deben computar el lapso de caducidad de la acción, cuando se evidencie defecto en la notificación, en el entendido de que los requisitos procesales deben ser interpretados en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales. (S.C 1867/2006, 772/2007, 1166/2009 y 165/2010 entre otras).

Ello así, se observa que la Administración al omitir indicar al administrado cuáles son los recursos administrativos o jurisdiccionales procedentes para la impugnación del acto administrativo emanado de su seno, así como el término y los órganos competentes para su conocimiento, imposibilita al querellante el ejercicio los recursos a que haya lugar e imposibilita el inicio del cómputo del lapso de caducidad de la acción por lo cual, y al no ser posible comprobar el vencimiento del lapso de tres (03) meses previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, para la interposición del presente recurso, resulta forzoso para este Órgano Jurisdiccional declarar IMPROCEDENTE el alegato esgrimido por la parte querellada, en el cual a su decir el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto es inadmisibles por haber operado la caducidad de la acción. Así se decide.

#### -DEL FONDO DEL MÉRITO-

Precisado lo anterior, corresponde a este Juzgado Superior Estatal Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado, para lo cual se observa que el ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, antes identificado, hoy querellante, pretende la nulidad del acto administrativo contenido en la notificación recibida por él, en fecha 12 de julio de 2017, mediante la cual el Director de la Policía Municipal de Vargas hace de su conocimiento el otorgamiento de la jubilación otorgada en fecha 11 del julio del mismo año, para ello, imputó los siguientes vicios contrarios a derecho: i) notificación defectuosa; ii) violación del debido proceso; iii) abuso de poder y iv) vías de hecho.

En este sentido, este Juzgado debe analizar lo solicitado en base a lo alegado y probado por las partes en el transcurso del presente proceso; en ese orden de ideas se realiza el siguiente análisis.

#### 1. DE LA VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Con relación a este particular, la parte querellante sostuvo en su escrito libelar que: “... DÉCIMO QUINTO: Que de las razones y alegatos expresadas en este Recurso Funcional se evidencia sin duda alguna actuaciones cometidas por las Autoridades Ejecutivas de la Administración Municipal Policial





(Alcalde del Municipio Vargas Mayor General CARLOS ALCALÁ CORDONES y Comisionado Jefe MANUEL ROMERO) sin ajustarse ni realizar los procedimientos previamente establecidos en Ley...

”  
Por su parte, en la oportunidad hábil para ello, la representación judicial de la parte querellada esgrimió lo argumentado por la parte accionante, de la siguiente manera: “...2. Niego, rechazo y contradigo, tanto en los hechos como en el derecho, que sea arbitraria (sic) [la] decisión administrativa por parte de la directiva Policial Municipal, y que la misma haya estado excusada con base a la inexistente resolución derivada por un inexistente procedimiento administrativo organizativo producto de un quimérico Decreto de restructuración del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas. En este mismo orden, niego rechazo y contradigo todas las enunciaciones del querellante que de manera incoherente y repetitiva se refieren a la inexistencia, ficción, quimera utópica de los actos administrativos anteriormente mencionados, por ser inciertas e infundadas, solicitando al Tribunal su desestimación, dado que ha quedado plenamente demostrado sus existencias.”.

Así las cosas, vistos los planteamientos anteriores, este Tribunal en orden a decidir sobre la presente causa, considera imperativo señalar los siguientes particulares:

En primer lugar, con relación al debido proceso alegado por la parte querellante, este Tribunal observa que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala que:

‘Artículo 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley [...]’ (Negrilla de este Tribunal).’

De la norma supra transcrita, se desprende el derecho al debido proceso comprende una amplia noción garantista y teleológica de la protección del administrado, frente a los procedimientos que en sede administrativa se realicen, en donde estén involucrados sus intereses y expectativas legítimas, el derecho al debido proceso, así como a la defensa, es una garantía que tienen todas y cada una de las partes involucradas en toda acción administrativa o judicial, para ejercer su acción o desvirtuarla, para promover las respectivas pruebas y de ejercer recursos bien sea ordinarios o extraordinarios para la defensa de sus derechos.

Al respecto de lo anterior, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en fecha 22 de enero de 2014, con ponencia de la Juez Miriam Elena Becerra Torres, (Vid. Sentencia N° 00956 de fecha 1° de julio de 2009, caso: Juan Francisco Ramos Guédez contra la Contraloría General de la República), dejó sentado el siguiente criterio:

(Omissis)

De manera que, el derecho al debido proceso constituye la garantía constitucional otorgada a los ciudadanos y ciudadanas, ante la existencia de un procedimiento de carácter administrativo o judicial, conforme a la cual debe ser llevado a cabo de manera justa, razonable y confiable, mediante el cumplimiento o la observancia de un conjunto de derechos constitucionales procesales, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa.

(...)

En conclusión, el derecho al debido proceso no se limita por el hecho que la manifestación de voluntad concretizada en el acto administrativo que afecta al administrado, haya sido dictada luego de instruido un procedimiento, pues ello depende de las garantías y derechos que en el transcurso de éste, se hayan otorgado al administrado, tales como el derecho a alegar y a promover pruebas, entre otros. Son estos derechos los que comprenden el derecho al debido proceso y los que conllevan a sostener que éste no es una simple forma procedimental...”.

En suma de lo anterior, debe entenderse que existe violación del debido proceso cuando los interesados no conocen el procedimiento que la Administración ha iniciado en su contra; cuando se les impide participar o ejercer sus derechos en dicho procedimiento; cuando se les reduce su garantía a reproducir mecanismos probatorios y; cuando se omite notificarles de los actos que les afectan.

Por ello, este Tribunal observa que para la comprobación de la existencia del vicio denunciado debe verificarse la indefensión del interesado, que se manifiesta en el impedimento de que éste participe en el procedimiento administrativo del que emana el acto que afecta la esfera jurídica de sus intereses, así, la prohibición de obrar o reproducir en el proceso alegatos y mecanismos probatorios con la finalidad de contradecir lo sostenido por la Administración, deben ser comprobados para evaluar su procedencia. Así las cosas, en virtud del alegato esgrimido por la parte querellante y la defensa opuesta por la parte querellada, este Órgano Jurisdiccional considera necesario traer a colación el contenido del folio 26 y su vuelto del presente expediente, del cual se desprende lo siguiente:

República Bolivariana de Venezuela  
Estado Vargas





Alcaldía del Municipio Vargas  
Instituto Autónomo de Policía Municipal  
Ciudadano:  
SUPERVISOR JEFE OVALLES JAIME E.  
C.I N° V. 9.996.544

Presente.-

Me dirijo a usted, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en ejercicio de las atribuciones que me fueron delegadas por el ciudadano Alcalde del Municipio Vargas (...), según Resolución (...), en uso de las atribuciones legales que le confiere el artículo 17 numeral 2, de la Ordenanza del Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Vargas (...), y a tenor de lo establecido en el artículo 30 numeral 2 de la Ley Orgánica de Servicio de Policía y Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, a fin de notificarle del contenido de la Resolución n° 015-17, de fecha once (11) de julio de 2017, emanada del Despacho del ciudadano Alcalde de este Municipio, mediante la cual se procede a otorgarle el beneficio de Jubilación a los funcionarios y funcionarias adscritos al Instituto Autónomo de Policía Municipal de Vargas. A tal efecto se transcribe a continuación el texto íntegro, el cual es del siguiente tenor: REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, ESTADO VARGAS, ALCALDÍA DEL MUNICIPIO VARGAS, DESPACHO DEL ALCALDE, RESOLUCIÓN N° 015-17 M/G CARLOS ALCALA CORDONES. ALCALDE DEL MUNICIPIO VARGAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en uso de las atribuciones conferidas en los artículos 53, 64 y 88 numerales 2, 3, 7 y 15 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. CONSIDERANDO Que el Alcalde o Alcaldesa, es la Primera Autoridad Civil y Política en la Jurisdicción Municipal y Jefe del Ejecutivo Municipal. CONSIDERANDO Que el Alcalde o Alcaldesa es el encargado de dirigir el Gobierno y la Administración Municipal velando por la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos dentro del ámbito de su competencia y ejerce la representación del Municipio. CONSIDERANDO, que el Alcalde del Municipio Vargas, es quien está facultado para ejercer la rectoría de la Función Policial, de conformidad con el artículo 17 de la Ley del Estatuto de la Función Policial. CONSIDERANDO, Que vista la disponibilidad presupuestaria para el funcionamiento del Instituto de Policía Municipal, así como la estructura actual del mismo resulta necesaria su modificación mediante un proceso de Reestructuración, tal como dispuso mediante el Decreto 06-2017, de fecha 30 de marzo de 2017. CONSIDERANDO, Que del análisis realizado a la nómina del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas, es necesario salvaguardar los derechos laborales de los funcionarios más antiguos dentro de la Institución, sin lesionar sus derechos subjetivos. CONSIDERANDO, Que el derecho a la Jubilación es esencialmente social, irrenunciable, personalísimo, intransferible, inembargable y considerado por el Estado de orden público. CONSIDERANDO, Que los ciudadanos que se mencionaran forman parte de la primera y la segunda promoción de que conforman Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas, teniendo todos más de veinte (20) años dentro del mencionado Instituto. RESUELVE ARTICULO 1.- Otorgar el beneficio de jubilación dentro del proceso de Reestructuración del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas, establecido en el Decreto 06-2017, de fecha 30 de marzo de 2017, a los siguientes ciudadanos: .... SUPERVISOR JEFE OVALLES JAIME E. C.I N° V.-9.996.544.... ARTICULO 2.- El monto del beneficio que les corresponde es el Ochenta por ciento (80%) del salario que devengó para el momento de su jubilación, sin embargo, dicha cantidad no podrá ser inferior al salario mínimo, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. ARTICULO 3.- Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Recursos Humanos y notifíquese a los interesados”.

En consecuencia se procede a su formal Notificación, informándose que el Beneficio de Jubilación comenzará a surtir efectos, a partir de la presente notificación.

Agradeciendo su desempeño en el Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas como órgano de la Administración Pública Nacional, salvaguardando siempre la integridad física de los ciudadanos y ciudadanas, sus propiedades, el disfrute de los Derechos Humanos y la Paz Social.

Dada, firmada y sellada en la sede del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas, a los once (11) días del mes de julio del año dos mil diecisiete (2017). Años 206° de la Independencia y 158° de la Federación, en plena Revolución Bolivariana.

Sin otro particular al cual hacer referencia, se suscribe de usted  
(...) (Mayúscula y negrillas del texto).

De lo anterior, se aprecia con meridiana claridad que la Administración Policial procedió a otorgar el beneficio de jubilación al ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, antes identificado, en virtud del “... proceso de Reestructuración del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas...”, lo cual constituye a todas luces el asidero jurídico así como el fundamento fáctico para que dicho Órgano procediera a retirar de las filas de esa Institución Policial al prenombrado ciudadano, del mismo modo, debe tenerse en cuenta lo establecido en los instrumentos normativos señalados a continuación:

- Ley del Estatuto de la Función Policial:







‘Artículo 55. Las jubilaciones y pensiones de los funcionarios y funcionarias policiales se rigen por los principios de universalidad, integralidad, eficiencia, financiamiento solidario, contributivo y unitario, estando integradas al régimen prestacional de pensiones y otras asignaciones económicas del sistema de seguridad social.’

• Ley sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y las Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal:

‘Artículo 8. El derecho a la jubilación la adquiere el trabajador o trabajadora cuando hubiere cumplido los siguientes requisitos:

1. Cuando el trabajador o trabajadora haya alcanzado la edad de sesenta (60) años, si es hombre o de cincuenta y cinco (55) años si es mujer, siempre que hubiere cumplido, por lo menos, veinticinco (25) años de servicio en la Administración Pública.’

(...)

• Ley del Estatuto de la Función Policial en Materia de Administración de Personal y Desarrollo de la Carrera Policial:

‘Artículo 154. La jubilación constituye un derecho y concede un nuevo estatus de jubilado o jubilada al funcionario o funcionaria policial retirado o retirada del respectivo cuerpo de policía, el cual se materializa al cumplirse y alcanzar los requisitos de edad y de años de servicios establecidos para la adquisición del referido derecho en la legislación general que regula la materia. Con este acto se extingue su Investidura de funcionario o funcionaria público policial activo.’

De los artículos supra transcritos, se desprende los presupuestos etarios para la procedencia del beneficio de la jubilación, esto es, en el caso de los hombres, alcanzar la edad de sesenta (60) años, y haber prestado sus servicios en la Administración Pública durante al menos veinticinco (25) años, con relación a ello, la parte querellante alegó su escrito de querrela funcional que: “el ciudadano JAIME OVALLES actualmente cuenta con la edad de Cuarenta y Ocho (sic) (483) Años y su antigüedad en el servicio policial para el momento en que fue víctima de esta mala praxis jurídica evidente, era de Veinte (20) años y seis (6) meses...”.

Así, se evidencia que la Administración Policial pretendió otorgar el beneficio jubilatorio a “los ciudadanos que se mencionaran forman parte de la primera y la segunda promoción de que conforman Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas, teniendo todos más de veinte (20) años dentro del mencionado Instituto”, motivado como se dijo con anterioridad al “... proceso de Reestructuración del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas, establecido en el Decreto 06-2017, de fecha 30 de marzo de 2017 ...”.

En este sentido, se aprecia a todas luces que en el presente caso existe una violación del debido proceso toda vez que, el Instituto querrellado pretende subrogarse en la voluntad del funcionario para acordar el otorgamiento del beneficio de jubilación, sin que se configuren los presupuestos etarios y años de servicios requeridos para tal propósito los cuales están señalados en el artículo 8 Ley sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y las Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal ut supra transcrito, motivado al “... proceso de Reestructuración del Instituto de Policía Municipal del Municipio Vargas, establecido en el Decreto 06-2017, de fecha 30 de marzo de 2017...”, en este sentido, debe destacarse que al no contar el Organismo querrellado con un reglamento propio que regule y mejore los requisitos que deben atender los funcionarios policiales para beneficiarse de la jubilación, éste debió apegarse al contenido del artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, antes transcrito, relativo a la notificación de los actos administrativos, para proceder a otorgar la jubilación al ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, vale decir el hoy querellante, garantizando así el derecho a la defensa y al debido proceso a que se refiere el artículo 49 Constitucional, así, aprecia quien aquí decide que al prenombrado ciudadano no se le garantizó los derechos y garantías mencionadas, toda vez que no tuvo oportunidad de impugnar o ejercer recursos en sede administrativa, siendo que es criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que la jubilación de oficio de un funcionario, mediante la aplicación de una normativa puede hacerse efectiva, “... si ha mediado una manifestación de voluntad del funcionario de acogerse al beneficio...”, (Vid. Sentencia de fecha 03 de octubre de 2014, Expediente N° 13-1227 bajo la ponencia del Magistrado Arcadio De Jesús Delgado Rosales), en virtud de esto y como quiera que la Administración no logró comprobar que haya garantizado el debido proceso al hoy querellante, y en atención al razonamiento anteriormente expuesto, resulta forzoso para este Tribunal declarar PROCEDENTE, la denuncia relativa a la violación del debido proceso, presentada por la parte querellante. Así se establece.-

Por otro lado, como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, al ser establecida la existencia del vicio de violación del debido proceso, alegado por el querellante, razón por la cual debe ser declarada Con Lugar la presente querrela funcional, ahora bien, en relación al vicio de notificación defectuosa, abuso de poder y vías de hechos.

En atención a lo anteriormente expuesto, debe este Tribunal declarar CON LUGAR el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por el abogado RAUL DÍAZ VALENCIA, antes identificado, en su carácter de Defensor Público Primero (1ro) con Competencia en materia





Administrativa, Contencioso-Administrativa y Penal del Estado Vargas, para los Funcionarios y Funcionarias Policiales, de la parte querellante, ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, titular de la cédula de identidad Nro. 9.996.544.

IV

#### DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, este Juzgado Superior Estadal Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara: CON LUGAR el Recurso Contencioso Administrativo Funcionarial interpuesto por el abogado RAUL DÍAZ VALENCIA, antes identificado, en su carácter de Defensor Público Primero (1ro) con Competencia en materia Administrativa, Contencioso-Administrativa y Penal del Estado Vargas, para los Funcionarios y Funcionarias Policiales, del ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, titular de la cédula de identidad Nro. 9.996.544, en contra del INSTITUTO AUTÓNOMO DE POLICÍA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO VARGAS, DEL ESTADO VARGAS.

PRIMERO: SE DECLARA LA NULIDAD el Acto Administrativo identificado como Resolución N° 015-17 de fecha 11 de julio de 2017, emanada del Despacho del Alcalde del Municipio Vargas, Estado Vargas, mediante el cual se procede a otorgar el beneficio de jubilación al ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, titular de la cédula de identidad Nro. 9.996.544, contenido en la Notificación de fecha 11 de julio de 2017, proveniente del Director General (E) del INSTITUTO AUTÓNOMO DE LA POLICÍA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO VARGAS, y con acuse de recibo por parte del prenombrado ciudadano en fecha 12 de julio del mismo año.

SEGUNDO: SE ORDENA LA REINCORPORACIÓN del ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, suficientemente identificado en el presente fallo, al cargo de “Supervisor Jefe” que venía desempeñando en el INSTITUTO AUTÓNOMO DE LA POLICÍA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO VARGAS, o a otro de similar o superior jerarquía y remuneración.

TERCERO: SE ORDENA al INSTITUTO AUTÓNOMO DE LA POLICÍA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO VARGAS, la cancelación de los beneficios salariales que el ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, antes identificado, haya dejado de percibir como producto de su retiro de la carrera policial, con las incidencias correspondientes a los diferentes aumentos y beneficios que a tal efecto ha decretado el gobierno nacional, entre la fecha del egreso y la fecha de su efectivo reintegro a la carrera policial, con la debida indexación y el pago de los intereses moratorios propios.

CUARTO: SE ORDENA al INSTITUTO AUTÓNOMO DE LA POLICÍA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO VARGAS, el pago al ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, antes identificado, de los beneficios otorgados por la Convención Colectiva de Trabajo existente entre el Sindicato Único Municipal de Empleados y Funcionarios Públicos de la Alcaldía, Contraloría, Personal Administrativo del Instituto Autónomo de la Policía Municipal y Concejo Municipal del Municipio Vargas (SUMEP-CMV), y la Alcaldía del Municipio Vargas, del cual era beneficiario de manera extensiva y recibía periódicamente.

QUINTO: SE ORDENA al INSTITUTO AUTÓNOMO DE LA POLICÍA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO VARGAS, reconocer al ciudadano JAIME ENRIQUE OVALLES, plenamente identificado, los ascensos y jerarquías dejadas de recibir en virtud del írrito Acto Administrativo mediante el cual se le retira de la carrea policial, tomando en consideración su nivel académico y tiempo de servicio en la prestación del servicio policial.

SEXTO: A los fines de determinar las cantidades correspondientes a los conceptos anteriormente señalados, SE ORDENA una experticia complementaria del fallo de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, la cual deberá ser practicada por un único experto.

Publíquese y regístrese.

Dada, firmada y sellada en el Despacho del Juzgado Superior Estadal Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital con sede en Caracas, a los diecisiete (17) días del mes de junio de dos mil diecinueve (2019). Años 208° de la Independencia y 160° de la Federación.

LA JUEZA,

EL SECRETARIO,

GRISSEL SÁNCHEZ PÉREZ

ED EDWARD COLINA SANJUAN

En esta misma fecha, siendo las doce y treinta del medio día (12:30 m.) se publicó y registró la anterior decisión, bajo el N° \_\_\_\_\_. Se ordena imprimir dos (2) originales del mismo tenor de la presente decisión, cuyo segundo ejemplar será agregado al copiador de sentencias de este Tribunal, previa su certificación por secretaria. Cúmplase lo ordenado.

EL SECRETARIO,





16/8/2019

TSJ Regiones - Decisión

ED EDWARD COLINA SANJUAN  
Exp. 3029-18/GSP/EECS/Ag.-



