



Boletim de JURISPRUDÊNCIA

Nº 10

maio/2019

Elaborado pela
DPU
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



n. 10
maio/2019
Brasília, Distrito Federal
Brasil

Elaborado pela Defensoria Pública da União

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
<hr/>	
ARGENTINA - <i>Violencia de género</i>	6
<hr/>	
ARGENTINA - <i>Una particular situación de vulnerabilidad</i>	12
<hr/>	
BRASIL - <i>Ação cível originária ajuizada pela Defensoria Pública em face da União e dos Estados-membros, objetivando a extensão, a todos os servidores civis e militares mortos no exercício da função, de indenização por morte/acidente em serviço prevista na Lei nº 11.473/2007</i>	73
<hr/>	
BRASIL - <i>Habeas corpus. Penal. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Condenação transitada em julgado. Impetração utilizada como sucedâneo de revisão criminal</i>	78
<hr/>	
BRASIL - <i>Habeas corpus. Agravo em recurso especial. Crime contra as telecomunicações. Art. 183 da lei 9.472/97. Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Crime formal, de perigo abstrato</i>	97
<hr/>	
CHILE - <i>Corte Suprema acoge recurso de amparo, revoca decisión de CA de no aplicar sustitución de pena en caso de homicidio simple</i>	115
<hr/>	
CHILE - <i>Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que los jueces del fondo condenaron en base a pruebas obtenidas en un control de identidad ilícito. Denuncia anónima donde se indique vestimentas y corte de pelo no constituye indicio para CI del art. 85.</i>	120
<hr/>	
PARAGUAI - <i>Recurso de Casación</i>	128
<hr/>	
URUGUAI - <i>Delito de homicidio por el empleo de arma de un fuego</i>	138
<hr/>	
URUGUAI - <i>Delito de hurto</i>	144
<hr/>	

VENEZUELA - Casación de Oficio, por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en contra de la sentencia de fecha 14 de marzo de 2016 por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa Pública y en consecuencia confirmó el fallo dictado el contra la decisión dictada el 15 de octubre de 2015 por el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, mediante el cual declara con lugar la solicitud de oferta real de pago presentada por la ciudadana SORANA DE JESÚS FRANCO PINTO a favor de la ciudadana YOLY MARGARITA RANGEL DE CEDEÑO.

152

VENEZUELA - Recurso de revisión constitucional, sobre la decisión de fecha 01 de octubre de 2015 por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, la cual se declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la ciudadana MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES . La Defensa Pública ejerció la representación en el recurso de revisión.

156

VENEZUELA - Orden Público. Derechos Humanos 160

VENEZUELA - Orden Público. Derechos Humanos 178

PREFÁCIO

A Defensoria Pública da União tem a grata satisfação de apresentar o 10º Boletim de Jurisprudência do Bloco de Defensores Públicos Oficiais do Mercosul (BLODEPM), reunindo importantes decisões judiciais na temática dos direitos humanos, do direito penal e do direito processual, que tenham apresentado especial destaque no âmbito interno dos países que compõem o BLODEPM. Esta edição conta com a colaboração da Argentina, do Brasil, do Chile, do Paraguai, do Uruguai e da Venezuela.

Pela Argentina foram encaminhados dois julgados, que possibilitam a reflexão sobre a violência de gênero e suas perversas implicações para a vítima no âmbito penal, ainda que se encontre sob o manto de medidas protetivas determinadas pelo Poder Público e, também, sobre o tráfico internacional de substâncias entorpecentes por pessoa em condição de vulnerabilidade econômica e social.

O Brasil indica três acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, sendo o primeiro relativo ao ajuizamento de ação cível originária ajuizada pela Defensoria Pública, objetivando a extensão a todos os servidores civis e militares mortos no exercício da função, de indenização por morte ou acidente em serviço prevista na Lei nº 11.473/2007. A segunda decisão viabiliza a reflexão sobre o tráfico de substâncias entorpecentes e o cumprimento da pena, e o terceiro julgado refere-se a crimes contra as telecomunicações.

O Chile colaborou com o encaminhamento de dois julgados, tendo o primeiro abordado aspectos da execução penal decorrente de condenação por homicídio envolvendo questão de gênero; e o segundo, versando sobre aspectos do direito processual penal e das garantias constitucionais no direito probatório.

A colaboração do Paraguai exterioriza-se no compartilhamento de decisão judicial que reconhece a ocorrência de nulidade absoluta em ação penal, decorrente da violação dos princípios do Prazo Razoável e do Devido Processo Legal.

O Uruguai apresenta ao estudo dois julgados, envolvendo delito de homicídio com emprego de arma de fogo e crime de furto.

Por fim, a Venezuela compartilha com os demais membros do BLODEPM quatro decisões judiciais, externalizando o debate sobre a garantia do devido processo legal e a tutela judicial efetiva, a especial proteção destinada às crianças e aos adolescentes (inclusive em relação aos direitos patrimoniais), a caracterização da citação tácita e o devido processo legal e as relações familiares, o direito à moradia e à proteção às crianças e adolescentes.

Com a certeza de que o presente Boletim de Jurisprudência do Bloco de Defensores Públicos Oficiais do Mercosul em muito contribuirá para a difusão de conhecimento e a integração dos Membros do BLODEPM, sempre com olhos postos na defesa dos direitos humanos, desejamos a todos uma excelente leitura.

1) “Balerdi” / Sobre Violencia de género

Hechos del caso: Un hombre violó en dos oportunidades la restricción de acercamiento que se le impuso con respecto a su ex pareja y a sus hijas. En la segunda ocasión, la mujer –que, además, sufrió amenazas– le arrojó gas pimienta. Entonces, el hombre fue imputado por los delitos de desobediencia y amenazas y su ex pareja por lesiones leves. Las causas fueron acumuladas materialmente. Durante la instrucción, la fiscalía requirió el sobreseimiento de la imputada. Posteriormente, la mujer requirió, con el patrocinio del Programa de Asistencia y Patrocinio Jurídico a Víctimas de Delitos (Defensoría General de la Nación), ser tenida como querellante, en derecho propio y en representación de sus hijas. El juzgado rechazó el pedido. Contra esa decisión, se interpuso un recurso de apelación. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la resolución. Para decidir de ese modo, sostuvo que la mujer no podía constituirse en querellante si poseía la calidad de imputada en una de las causas. Contra esa decisión, se interpuso un recurso de casación.

Decisión y argumentos judiciales: La Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, por unanimidad, hizo lugar a la impugnación, anuló la decisión recurrida y reenvió el caso al tribunal para que dictase una nueva resolución. “El argumento relativo a que [la mujer] resultaría ser parte imputada en esta causa respecto de un hecho conexo con el segundo objeto de la causa, no revela ningún motivo acerca de por qué razón no podría constituirse como parte querellante [...] en el que nunca se puso en discusión su calidad de víctima y sobre la que no recae acusación contra la pretensa querellante”. “Tampoco el tribunal a quo ha abordado el agravio atinente a que la calidad de ‘aún parte imputada’ (como la denomina) en el hecho [...] no se modifica pura y exclusivamente por el injustificado diferimiento y omisión del juez de instrucción, quien no resuelve el pedido de sobreseimiento de [la mujer]. Lo que la [...] CCC no ha respondido a la parte recurrente [...] es de qué manera ese diferimiento no le estaría cercenando indebidamente su intervención en el proceso –en la calidad en que lo solicita, cuando no hay acusación del titular de la acción pública a su respecto”. “[L]a resolución dictada [...] por el tribunal a quo no ha abordado en ningún punto la cuestión atinente a la petición autónoma de las dos niñas [...] de ser tenidas como querellantes, como damnificadas de los hechos de desobediencia a la orden de prohibición de acercamiento que pesaba sobre su progenitor [...]. [L]a intervención de las Defensorías Públicas de Menores e Incapaces en casos que involucran niños, niñas o adolescentes como víctimas resulta obligatoria, lo que aún no ha sido concretado en la causa. Ante esas omisiones por parte del tribunal a quo de cuestiones sustanciales y oportunamente formuladas por la parte impugnante, corresponde anular esa decisión y el trámite dado a la incidencia en la [Cámara], que no convocó a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces a la audiencia celebrada (recaudo que tampoco había tomado el juez a cargo de la instrucción) y reenviar el caso a fin de que se expida nuevamente, previa celebración de audiencia en la que se debe cumplir con el recaudo señalado” (voto del juez Niño al que adhirieron los jueces Bruzzone y Llerena).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 29276/2016/2/CNC1

Reg. nº 792/2018

En Buenos Aires, a los 5 días del mes de julio de 2018 se constituyó el tribunal, integrado por los jueces Luis F. Niño, en ejercicio de la presidencia, Patricia M. Llerena y Gustavo A. Bruzzone, a fin de celebrar la audiencia prevista en el art. 454, en función del art. 465 bis, del Código Procesal Penal de la Nación, en la causa nº **29276/2016/2/CNC1**, caratulada “**BALERDI, César Nicolás s/rechazo de parte querellante**”. Se informó que la audiencia sería filmada, que el registro audiovisual forma parte integrante de la presente actuación y que quedaría a disposición en Secretaría entregándose copia de así ser requerida. Estuvo presente: por la parte recurrente, María Feliciana Bilat, representada por su letrado patrocinante, Dr. Pablo Rovatti. Asimismo, se encontraba presente en la sala el Dr. Gustavo Manuel González, defensor particular a cargo de la asistencia técnica de César Nicolás Balerdi. Se dio inicio a la audiencia y se otorgó la palabra a la parte recurrente, Dr. Rovatti, quien procedió a argumentar su posición. A continuación, se le concedió la palabra al Dr. González, quien también argumentó su posición. Por último, se otorgó la palabra nuevamente a las partes, que contestaron preguntas del tribunal. El presidente hizo saber que el tribunal se retiraba a deliberar. Constituido en la sala nuevamente, el presidente expresó su voto que: el tribunal ha deliberado sobre los agravios traídos por la pretensa querellante, en derecho propio y en representación de sus hijas, en el recurso de casación interpuesto contra la resolución de la Sala IV CCC mediante la cual se confirmó el rechazo de ser acusadora particular en las causas nº 26276/2016 y 47647/2016, las cuales se encuentran acumuladas materialmente. Para así decidir, el tribunal *a quo* sostuvo “*En este proceso donde María Feliciana Bilat solicitó ser admitida como acusadora particular en*

Fecha de firma: 05/07/2018

Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,

Firmado por: LUIS FERNANDO NIÑO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PATRICIA M. LLERENA

Firmado(ante mí) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



#30389874#210360112#20180705135530694

orden a los sucesos ocurridos el 23 de abril y el 13 de agosto de 2016 que fueron provisoriamente calificados como desobediencia y amenazas, atribuidos a César Nicolás Balerdi, la propia Bilat soporta imputación por uno de ellos, el producido el 13 de agosto pasado, y que podría constituir el delito de lesiones leves (ver dictamen fiscal de fs. 187/191). La íntima conexión entre la conducta que se le endilga a Bilat y aquella que se verificó el mismo día, reprochada a Balerdi y que la habría tenido por víctima, ocurridas en un mismo contexto temporo-espacial, y los reproches penales recíprocos que de tal situación pudieran derivar, con las consecuentes incompatibilidades para asumir roles opuestos, imponen que no se pueda legitimar activamente en el proceso a quien, pese al pedido fiscal de sobreseimiento, aun reviste en él la calidad de imputada. En ese sentido se destaca que "La ley debe ser interpretada como un todo coherente y dentro de este lineamiento surge evidente la imposibilidad de que por un mismo hecho, o por hechos que resulten conexos entre sí, quien ya reviste la condición de imputado reciba luego la legitimación activa. Es palmaria, y ese es el sentido de la veda, la inadmisibilidad de que quien es acusado sea simultáneamente acusador" (Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, "La querella", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 55). Ese mismo razonamiento fue seguido por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal: "... la posibilidad de que el sumario penal pudiera constituir el escenario de una contienda particular es argumento suficiente para excluir la posibilidad de que los imputados se erijan en querellantes, en aquellos supuestos donde la sospecha de la comisión de un ilícito conexo al que se le reprocha recae sobre ambos sin que haya sido desvirtuada por un acto jurisdiccional definitivo" (CNCP, Sala III, causa n° 4.606 "López, Domingo", rta. 29/3/2004). Finalmente, este tribunal ha entendido que "... no puede constituirse en querellante quien posea tal calidad [imputado] y en orden al mismo hecho –o bien conexo– que motiva la

Fecha de firma: 05/07/2018

Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,

Firmado por: LUIS FERNANDO NIÑO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PATRICIA M. LLERENA

Firmado(ante mí) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



#30389874#210360112#20180705135530694



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 29276/2016/2/CNC1

solicitud" (*in re, causa n° 1.356 "Zelada", rta. 20/9/2010*).". Ahora bien, advertimos que asiste razón a la parte recurrente en punto en la arbitrariedad en la que incurrió el tribunal *a quo* al omitir tratar cuestiones que se introdujeron en el recurso de apelación que motivó su intervención y sobre las cuales no se brindó una respuesta. El argumento relativo a que María Feliciana Bilat resultaría ser parte imputada en esta causa respecto de un hecho conexo con el segundo objeto de la causa, no revela ningún motivo acerca de por qué razón no podría constituirse como parte querellante con relación al hecho 1, ocurrido el 23/04/16 (c/n° 29276/2016) en el que nunca se puso en discusión su calidad de víctima y sobre la que no recae acusación contra la pretensa querellante. Repárese en que sobre estos aspectos el recurrente se había expliado en extenso en su recurso de apelación (punto III.3 de ese recurso), sin que ello haya merecido respuesta alguna por el parte del *a-quo*. Tampoco el tribunal *a quo* ha abordado el agravio atinente a que la calidad de "aún parte imputada" (como la denomina) en el hecho 2 (del 13/08/16, c/n° 47647/2016) no se modifica -pura y exclusivamente- por el injustificado diferimiento y omisión del juez de instrucción, quien no resuelve el pedido de sobreseimiento de Bilat solicitado desde el 22 de mayo de 2017. Lo que la Sala IV CCC no ha respondido a la parte recurrente (cuyo agravio había sido formulado en la apelación de fs. 216/221) es de qué manera ese diferimiento no le estaría cercenando indebidamente su intervención en el proceso –en la calidad en que lo solicita-, cuando no hay acusación del titular de la acción pública a su respecto. Finalmente, resta señalar que la resolución dictada el 3 de julio de 2017 por el tribunal *a quo* no ha abordado -en ningún punto- la cuestión atinente a la petición autónoma de las dos niñas (Giuliana Valentina Balerdi e Esabella Martina Balerdi) de ser tenidas como querellantes, como damnificadas de los hechos de desobediencia a la orden de prohibición de acercamiento que pesaba sobre su progenitor

Fecha de firma: 05/07/2018

Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,

Firmado por: LUIS FERNANDO NIÑO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PATRICIA M. LLERENA

Firmado(ante mí) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



#30389874#210360112#20180705135530694

César Nicolás Balerdi, ocurridos en sendos días -23/04/16 y 13/08/2016-. En tal sentido, resulta imperioso destacar que ese agravio, relativo a la prescindencia arbitraria por parte del juez de instrucción de contestar la solicitud en ese sentido, también había sido oportunamente planteado por la pretensa querellante en representación de los intereses de sus hijas menores de edad en el recurso de apelación que luce a fs. 216/221, sin obtener una respuesta jurisdiccional de la Sala IV CCC. Por lo demás, resta señala la pertinencia de la apreciación traída por la recurrente a esta instancia relativa a: “*si el juez de primera instancia o los jueces de la Cámara de Apelaciones estimara que, frente a la pretensión de las niñas, expresada a través de la representación legal [de su madre María Feliciana Bilat], era necesario garantizar otra voz que les permitiese ser oídas al respecto, debieron haber conferido intervención al Defensor de Menores e Incapaces que por turno correspondiese, con el objeto de que expresaran su opinión en ejercicio de la representación coadyuvante de las niñas víctimas*”. En rigor, en virtud de lo resuelto en el acuerdo general del 7 abril de 2016 por la Cámara del Crimen, la intervención de las Defensorías Públicas de Menores e Incapaces en casos que involucran niños, niñas o adolescentes como víctimas resulta obligatoria, lo que aún no ha sido concretado en la causa. Ante esas omisiones por parte del tribunal *a quo* de cuestiones sustanciales y oportunamente formuladas por la parte impugnante, corresponde anular esa decisión y el trámite dado a la incidencia en la Sala IV, que no convocó a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces a la audiencia celebrada (recaudo que tampoco había tomado el juez a cargo de la instrucción) y reenviar el caso a fin de que se expida nuevamente, previa celebración de audiencia en la que se debe cumplir con el recaudo señalado. En consecuencia, esta Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por unanimidad, **RESUELVE:**

Fecha de firma: 05/07/2018

Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE

Firmado por: LUIS FERNANDO NIÑO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PATRICIA M. LLERENA

Firmado(ante mí) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



#30389874#210360112#20180705135530694



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 29276/2016/2/CNC1

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 14/22 de este incidente, **ANULAR** la decisión del 3 de julio de 2017 de la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, como así también del trámite que la precedió a partir de fs. 225 y **REENVIAR** el caso a ese tribunal a fin de que dicte una nueva resolución, previa celebración de audiencia del 454 CPPN, en cumplimiento de los postulados de esta resolución, sin costas atento al éxito obtenido (arts. 123, 471, 530 y 531 CPPN). Quedan las partes debidamente notificadas (art. 400 CPPN). No siendo para más, se da por concluida la audiencia y firman los jueces por ante mí de lo que doy fe.

PATRICIA M. LLERENA

GUSTAVO A. BRUZZONE

LUIS F. NIÑO

Ante mí:

**SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
SECRETARIO DE CÁMARA**

Fecha de firma: 05/07/2018
Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,
Firmado por: LUIS FERNANDO NIÑO, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: PATRICIA M. LLERENA
Firmado(ante mí) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



#30389874#210360112#20180705135530694

2) “Martínez Hassan” / Sobre una particular situación de vulnerabilidad

Hechos del caso:

Una mujer boliviana intentó cruzar la frontera de Villazón–La Quiaca a través de un paso no habilitado. Allí fue interceptada por personal de la Gendarmería Nacional, que le solicitó que exhibiera su documentación y el contenido de la mochila que transportaba. La mujer mostró su cédula de identidad y, al abrir la mochila, los agentes observaron en su interior paquetes con 6 kilos de cocaína. La mujer se angustió y explicó que el bolso no le pertenecía y que su vida corría peligro. Finalmente, fue detenida e imputada por el delito de contrabando de estupefacientes, agravado por el destino de comercialización. Al declarar en las etapas de instrucción y de juicio oral, la mujer manifestó que su hijo se encontraba enfermo y necesitaba una operación. En tal sentido, explicó que carecía de los medios económicos para afrontar la intervención y que, por tal razón, se le ofreció ejercer la prostitución. En tal sentido, relató que viajó desde La Paz a Villazón, donde fue recibida por un hombre que la alojó en una habitación. Al manifestar su deseo de regresar a su ciudad, el hombre le manifestó que había generado gastos de traslado, comida y alojamiento que debía compensar. En ese contexto, fue trasladada a la frontera con Argentina, donde le indicaron que –para saldar la deuda– debía entregar una mochila y, luego, regresar a Bolivia. La defensa planteó que su asistida había sido coaccionada por una red de prostitución y tráfico de estupefacientes que se había aprovechado de su situación de vulnerabilidad. En tal sentido, consideró aplicable el artículo 5 de la Ley de Trata de Personas (Nº 26.364) y solicitó su absolución. El Tribunal Oral condenó a la mujer a la pena de seis años de prisión. Para decidir de esa manera, sostuvo que el relato de la imputada resultaba falaz, mendaz y absurdo. Además, entendió que la imputada había contado con libertad ambulatoria y que no se habían configurado los medios comisivos necesarios para demostrar que había sido víctima del delito de trata de personas. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación.

Decisión y argumentos judiciales:

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar a la impugnación, anuló la resolución recurrida y absolvió a la imputada. a) Voto del juez Mahiques al que adhirió la jueza Figueroa “[E]l tribunal a quo se limitó a fundar su decisión sólo en el resultado del accionar llevado a cabo por la imputada [...] sin rebatir y/o descartar la versión dada por aquella [...] acerca de la procedencia de la droga”. “[H]a sido insuficiente la actividad de los órganos de investigación al no evacuar las citas de la imputada, vulnerando así lo previsto por el art. 304 del Código Procesal Penal de la Nación, como también el derecho de defensa en juicio (consagrado por el art. 18 de [la] C.N.), toda vez que la producción de prueba de descargo no es una ‘facultad’ del tribunal sino un ‘derecho’ del acusado...”. “[L]a sentencia recurrida evidencia graves defectos en su fundamentación, razonamiento y en la valoración de la prueba, con relevancia decisiva para dirimir la controversia planteada, que llevó al apartamiento de la solución legal prevista para el caso, lo que la invalida como acto jurisdiccional e impone su descalificación conforme la doctrina de la [CSJN] en materia de arbitrariedad...”. “[L]a evacuación de las citas resultó determinante para el caso bajo estudio, pues impidió dar respuesta al pedido de absolución en los términos del art. 5 de la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas, esto es, la cláusula de no punibilidad”. b) Voto concurrente de la jueza Figueroa “En autos, el conteste, idéntico y consistente contenido de las declaraciones que a lo largo de todo el proceso tuvo Martínez Hassan, exigía de parte de los órganos

jurisdiccionales la investigación de los extremos de explotación descriptos por la encausada. Ello así pues [...] resultaban circunstancias o hechos pertinentes y útiles a los fines de ser considerados en el marco del resto de las pruebas incorporadas al expediente, pues podrían haber decantado en la aplicación de eximentes de responsabilidad penal conforme nuestro ordenamiento jurídico”. “[L]os sentenciantes tienen la obligación de fundar la decisión jurisdiccional que se adopte sobre la base de la totalidad de pruebas incorporadas al debate, las que debieron abarcar, a su vez, todas las vías de investigación presentadas al proceso. El contenido de los dichos de un encausado en el marco de una declaración indagatoria, es un cauce que debe ser abordado e investigado, y cumplimentado ello, descartada las alegaciones de la defensa o ponderadas éstas en el marco del plexo probatorio reunido”. “[S]e configura un supuesto de duda y de insuficiencia probatoria, que no logra ser superado a partir de la valoración efectuada por el tribunal oral y que impone la solución del caso por la aplicación del principio *in dubio pro reo* (art. 3 C.P.P.N.)”. “[E]l decisorio recurrido no encuentra apoyatura en una derivación razonada de lo que debió ser la constitución de un plexo probatorio integral y armónico, a la luz de la complejidad y particularidades del delito que se encuentra investigado en autos, así como de los compromisos asumidos por el Estado y su responsabilidad frente a la comunidad internacional [...] por la investigación y combate de las modalidades delictivas complejas involucradas de derecho penal internacional (arts. 1 y 2 del Protocolo de Palermo). Este criterio [...] que tiene base en la garantía constitucional y convencional del derecho de defensa en juicio y del respeto al principio de *in dubio pro reo*, ameritaba el abordaje de las circunstancias relatadas por la imputada a lo largo de todo el proceso, ello así a los fines de su trascendencia jurídica en el caso concreto, y del marco dentro de crimen organizado en el cual se ha insertado el suceso traído a estudio, característico del binomio delito de trata de personas – narcotráfico”. “[N]o todo supuesto de trata implica un gran despliegue de medios ni supone la operación de una gran organización, pero son diversos los casos de criminalidad organizada en los que varios participantes cumplen un rol necesario [...] que permitirá la explotación de personas, como pudo haber ocurrido en el presente. La ‘trata de personas’ constituye un delito de complejidad transnacional [...] que requiere para su abordaje el máximo de los recursos y esfuerzos de todas las agencias del Estado, incluyendo al Poder Judicial al decidir casos en los que en el contexto de otros ilícitos se desprendan hechos de discriminación, violencia o explotación”. “Si bien el órgano jurisdiccional es libre para seleccionar y valorar el material probatorio sobre el que apoyará sus conclusiones fácticas, esa libertad no puede ser discrecional ni arbitrariamente utilizada, como ocurriría en el caso de dejar de producir prueba, expresamente requerida por el ordenamiento adjetivo, diríamente a los fines de establecer la viabilidad de la causal del art. 5º de la ley nº 26.364”. c) Voto del juez Hornos “[P]ara la configuración del delito de trata de personas no es necesario acreditar el uso de medios engañosos o violentos ni la total pérdida de autodeterminación del sujeto pasivo, siendo únicamente necesario que las acciones del sujeto activo interfieran en esa capacidad de autodeterminación. Esta restricción a la libertad psíquica del sujeto pasivo puede darse sin necesidad que simultáneamente se [restrinja] la libertad física”. “[T]eniendo en cuenta que el delito de trata de personas no requiere una restricción a la libertad ambulatoria, no puede descartarse un supuesto de trata en base a que la víctima no se fugó [...], porque precisamente las conductas atentan contra la capacidad de autodeterminación y es a partir de esta restricción a su libertad, moldeada por los sujetos activos, que la víctima no tiene las herramientas necesarias para salir de esa situación. [A]ún bajo la errónea hipótesis sostenida por el Tribunal –en cuanto a que para la configuración del delito de trata de personas son necesarios medios comisivos en particular–, igualmente no se descartaría el supuesto de trata de persona toda vez que el Tribunal tuvo por acreditada la situación de vulnerabilidad de la imputada, lo cual

tornaría aplicable el medio comisivo referido al aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad (art. 145 ter apartada primero del Código Penal)”. “[E]l relato de la víctima se mantuvo incólume a lo largo de todo el proceso, dando un discurso con múltiples detalles y elementos característicos del delito de trata de personas a saber: vulnerabilidad de la víctima, traslado de su centro de pertenencia hacia el centro de explotación, pago del pasaje, encuentro con sus tratante [...], alojamiento, entrega de comida y vestimenta, generación de deudas...”. “[A]nte una indicación precisa de la probable comisión de este delito, -del lugar y de los presuntos autores- el Estado tiene la obligación de investigar [...]. Esta omisión podría acarrear responsabilidad internacional del Estado Argentino”. “[A]ll ser el delito de trata de personas, un delito que atenta directamente contra la voluntad de autodeterminación del sujeto pasivo, las conductas de las víctimas deben entenderse –a priori- como carentes de una libre voluntad [...], lo cual reduce sus posibilidades de ajustar su conducta a derecho [...]. Son supuestos en [los] que la víctima se encuentra en una situación en la que no se le puede exigir otro comportamiento que el desplegado, resultando inexigible la conducta ajustada a derecho”. “En el caso de autos, la defensa alega que Hassan Martinez fue compelida a cruzar la frontera con droga para saldar la deuda [...] como una forma característica de doblegar la voluntad de la víctima y mantenerla cautiva [...]. En estas circunstancias, resultaría de aplicación la cláusula analizada. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en la sentencia recurrida no se brindaron argumentos tendientes a descartar fundadamente tanto las circunstancias de hecho como de derecho que rodearon el planteo de la defensa, razón por la cual la sentencia deviene infundada”.



Sala I - Causa N°
FSA 7158/2016/T01/CFC1, "MARTÍNEZ
HASSAN, Lourdes Silvana s/recurso
de casación"

Registro nro.: 1103/18

Cámara Federal de Casación Penal

///la ciudad de Buenos Aires, a los 18 días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como presidente y los doctores Carlos Alberto Mahiques y Ana María Figueroa como vocales, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 482/504 vta., de la presente causa Nro. FSA 7158/2016/T01/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: "**MARTÍNEZ HASSAN, Lourdes Silvana s/recurso de casación**"; de la que **RESULTA**:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal de Jujuy con fecha 24 de noviembre de 2017 -cuyos fundamentos obran a fs. 421/445-, resolvió:
"I.- RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad articulado por la defensa.- II.- CONDENAR a LOURDES SILVANA MARTINEZ HASSAN, de las demás condiciones personales consignadas, por ser autora responsable del delito de contrabando de importación de estupefacientes agravado por el inequívoco destino de comercialización, a la pena de SEIS (6) AÑOS de prisión, inhabilitación especial para ejercer el comercio por el término de condena, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad e inhabilitación absoluta por el doble tiempo de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público, sin perjuicio de las demás sanciones que procedan en sede aduanera, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y las costas del juicio (arts. 863, 864 inc. "a", 866 2º párrafo, 876 incs. "e", "f" y "h" y 1.026 inc.

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

1



#28946709#218048931#20181018092620847

"a" del Código Aduanero, 12, 29 inc. 3º y 45 del C.P. y arts. 403, 530 y 531 del CPPN)" (fs. 406/407).

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación a fs. 485/504 vta. el señor Defensor Público Oficial, doctor Matías F. Gutiérrez Perea, asistiendo a Lourdes Silvana Martínez Hassan, el que fue concedido a fs. 505 y mantenido a fs. 525.

III. Que el impugnante encausó su remedio recursivo en el primer supuesto previsto en el art. 456 del C.P.P.N.

En primer término, adujo que la sentencia puesta aquí en crisis detentaría déficits de fundamentación que obstan a su consideración como acto jurisdiccional válido. Ello así, por cuanto el tribunal en ningún momento otorgó real importancia a los dichos de su asistida y, por esta razón, el pronunciamiento se sustentaría en fundamentos aparentes. Por ello, postuló que se habría efectuado una errónea aplicación de la ley sustantiva.

El recurrente señaló que la versión de su defendida no ha sido rebatida y, consecuentemente, para arribar a un decisorio condenatorio se habría invertido la regla imperante en materia de carga de la prueba, violándose así el derecho de defensa.

Explicó que a partir de lo expresado por su asistida, el *a quo* debió investigar su versión de los hechos pero que sin embargo ello no aconteció. Así, se agravió por el tratamiento brindado por el tribunal a los dichos de su asistida aduciendo que omitió ponderar el relato de la acusada que se presentó incólume en sus sucesivas declaraciones en instrucción y en el debate. Aseveró que se habría infligido lo establecido al respecto en el art. 304 del código de rito.

Fecha de firma: 28/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

A ello agregó que la versión de la encausada tendría sustento en lo relatado por los testigos civiles y preventivales que intervinieron en el procedimiento original, quienes sostuvieron que Martínez Hassan siempre manifestó su ajenidad al hecho y sostuvo que la mochila no era de ella, que se la habían dado para que ella cruzara la frontera, que tenía su hijo del otro lado del límite internacional que correría peligro, y por último, que se mostró muy afligida y que lloraba desconsoladamente.

Cuestionó el temperamento seguido por el *a quo* para descartar arbitrariamente los dichos de su defendida y adujo un "...quiebre en el silogismo que utilizó el Tribunal para arribar a la conclusión de que el relato de [su] asistida es falaz, mendaz y absurdo ya que de las premisas que debió valorar surge que tanto [su] asistida como los testigos de cargo refieren que en todo momento la Sra. Martínez Hassan refirió que la mochila no era de ella, que lloraba y decía que iban a matar a su hijo [y] existe una valoración parcializada por parte del Tribunal de lo sostenido tanto por [su] asistida y los testigo de cargo en la medida en que el Tribunal interpreta las coincidencias en el relato efectuado por los mismo en base a su criterio subjetivo y los valora contra los intereses de [su] asistida en vez de ver los datos concordantes en forma objetiva" (fs. 490 vta.).

A ello aunó que el tribunal habría desoído además otras probanzas decisivas en autos que corroborarían la versión de la imputada, como ser, la ropa hallada dentro de la mochila que no se correspondía con la suya, que no llevaba otro equipaje, que no tenía dinero ni teléfono

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

3



#28946709#218048931#20181018092620847

celular, y que había alcanzado a esconder su documento de las personas que la forzaron a cruzar la frontera. Sintetizó que estos elementos no habrían sido debidamente ponderados por el sentenciante. Agregó que los informes socio-ambientales y psicológicos que reflejaron la situación de vulnerabilidad de su defendida, daban cuenta de la veracidad de su declaración.

Por ello, esgrimió violación al derecho de defensa en juicio y cuestionó la valoración probatoria efectuada para arribar a un pronunciamiento condenatorio de su asistida en el hecho.

En segundo lugar, a la luz de los dichos de su defendida postuló la aplicación de la eximente de responsabilidad prevista en el artículo 5 de la ley 26.364 por cuanto, a su entender, la encausada debe reputarse como víctima del delito de trata de personas.

Para sustentar su posición señaló que ha quedado debidamente acreditada la situación de vulnerabilidad en que se hallaba su asistida al momento del hecho, la que habría sido aprovechada por un grupo de personas que formaban parte de una red de explotación sexual y que tras su negativa a mantener relaciones con terceros, le habrían impedido volver a su lugar de residencia y la habrían compelido a traspasar la mochila en cuestión con el objeto de saldar la supuesta deuda por ella contraída con aquellos.

Por su parte, remarcó que la situación de necesidad apremiante en que su defendida se encontraba en razón de un estado de miseria económica, habría sido acentuada a raíz de la detección en su pequeño hijo de una mancha en su piel que, para descubrir si era o no cancerígeno, debía recurrirse a una cirugía que la encartada no podía pagar.

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUÍSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

Al respecto, agregó que: "...ante la carencia de medios económicos suficientes es que fue captada por una compañera de trabajo para que ejerza la prostitución... La Sra. Martínez Hassan indicó que tuvo que viajar en colectivo desde La Paz hasta Villazón, donde fue recibida y acogida por un hombre quien la trasladó en taxi desde la Terminal de Omnibus hasta una casa de adobe, donde fue alojada en una habitación. La misma afirmó que al no poder prostituirse, la persona que la acogió le dijo que no podía irse ya que habían generado gastos de traslado, comida y habitación. Que si bien intentó encontrar un trabajo para cubrir los gastos y saldar su deuda, no le fue posible por lo que ante la falta de dinero y ropa no tuvo más alternativa que volver a la casa de adobe. Que allí le dijeron que le iban a dar otro trabajo para saldar su deuda y permitirle que se vaya, que no dijese nada ya que sabían dónde vivía ella y sus hijos... Es que este contexto que refirió que fue llevada hasta la frontera y que al llegar a una quebrada la hizo bajar y que le encargó una mochila, indicándole que avance directo, que la iban a reconocer, que no intentase escapar ni ir a otro lado y que luego de entregar la mochila debía regresar" (fs. 492/vta.).

Por estas razones el recurrente cuestionó el razonamiento impreso por el tribunal para descartar la aplicación de la eximente de responsabilidad aludida y aseveró que el a quo habría efectuado una indebida aplicación de la ley sustantiva al señalar que la figura de trata de personas era incompatible con un ámbito de libertad como el que reputó que se encontraría Martínez Hassan. Adunó que el sentenciante habría reputado que la

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

5



#28946709#218048931#20181018092620847

nombrada dio un consentimiento válido para el accionar delictivo, siendo dicha interpretación expresamente vedada a partir de la sanción de la ley 26.842.

Por idénticos motivos, subsidiariamente esgrimió que su defendida habría obrado bajo un estado de necesidad exculpante (art. 34, inc. 2º del C.P.) que impedirían la formulación de reproche penal alguno. Ello así, por cuanto su asistida no actuó libremente sino coaccionada por una red de prostitución y de tráfico de estupefacientes que se aprovechó del estado de necesidad en que ella se hallaba inmersa. Remarcó que la encartada no pudo obrar de otra manera y remarcó la existencia de una indebida inversión de la carga de la prueba.

En tercer lugar, adujo que su asistida habría obrado bajo un supuesto de error de tipo por falta de dolo, al desconocer el contenido de la mochila en general y de los paquetes hallados en su interior en particular.

En cuarto orden, la parte recurrente adujo violación a las reglas emanadas del debido proceso legal por vulneración al principio acusatorio. Al respecto, señaló que se violentó el principio procesal de congruencia en tanto su asistida ha sido invariablemente acusada en orden al delito de tentativa de contrabando de estupefacientes (arts. 42 del C.P.; y 863, 864 inc. "a", 866 2º párrafo, del Código Aduanero), y sin embargo, el tribunal reputó que el delito en cuestión alcanzó consumación.

En este sentido, manifestó que dicho extremo no se trató de una cuestión relativa a una mera variación de la calificación legal sino que afectó el derecho de defensa en juicio de la encausada, en tanto impidió que pueda ejercer su estrategia defensiva sobre este punto.

Fecha de firma: 6/10/2018
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE
Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámara Federal de Casación Penal

Resaltó que aún cuando durante su alegato final (art. 393 del C.P.P.N.) la asistencia técnica postuló la inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero, lo cierto es que el diferente alcance brindado por el *a quo* al considerar que el delito fue consumado, sorprendió al recurrente y le impidió efectuar otros planteos conducentes, como ser, una argumentación referida a la existencia de un delito imposible, ya que la Gendarmería Nacional tenía controlada especialmente el área y en todo momento divisó a Martínez Hassan.

Por último, insistió con su pretensión de declaración de inconstitucionalidad de la precitada disposición legal que equipara la sanción aplicable del delito consumado con el que quedó en grado de conato. Al respecto, postuló que ello violaría el principio de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad, establecidos en los artículos 18, 19 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, siendo deber de los jueces la adecuación de las disposiciones legales a los mandatos previstos en la Ley Fundamental. Citó doctrina y jurisprudencia para sustentar su posición.

En síntesis, por los motivos reseñados concluyó que la sentencia recurrida detenta una errónea fundamentación que la torna arbitraria por inobservancia en la aplicación de la ley sustantiva y solicitó su revocación.

Efectuó reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., se hizo presente a fs. 527/531 la señora Defensora Pública Oficial Coadyuvante

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

7



#28946709#218048931#20181018092620847

ante esta instancia, doctora María Florencia Lago, quien amplió fundamentos.

En este sentido, insistió en la arbitrariedad del decisorio puesto en crisis en tanto a pesar de las graves denuncias formuladas por su asistida al expresar su descargo en sus reiteradas declaraciones, el *a quo* no dispuso medida alguna tendiente a investigar la versión de la imputada a fin de dilucidar definitivamente la cuestión. Agregó que el tribunal así desechó infundadamente los dichos de su defendida en abierta violación al principio de inocencia. Y reiteró que la veracidad del relato de su ahijada procesal, a su entender víctima de una red de trata de personas, lejos de poder descartarse por la prueba recabada, se corroboran con el conjunto de probanzas testimonial, documental e informativa obrante en autos.

V. Que en idéntica etapa procesal se hizo presente el Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier Augusto De Luca, quien a fs. 534/536 vta. dictaminó que asiste parcialmente razón al recurrente en orden a dos cuestiones.

En primer lugar, coincidió con el impugnante en cuanto a que el tribunal efectivamente omitió cualquier ponderación acabada sobre la versión de los hechos que diera Martínez Hassan.

Al respecto, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que el *a quo* "...descartó sin fundamentación alguna los dichos de la imputada respecto del contexto en el cual llevó a cabo el hecho, lo cual era relevante para resolver el caso de un modo distinto y obligación del tribunal hacer [...] Es que si bien se encuentra probado que Martínez Hassan intentó cruzar la frontera a pie por un paso no habilitado y que llevaba consigo una mochila con casi seis kilos de cocaína, las

Fecha de firma: 8/10/2018
Firmado por: GUSTAVO M. HORNS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE
Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

circunstancias previas a dicho acontecer y la experiencia común en la zona y la modalidad empleada para la comisión del delito, cobraban enorme relevancia para determinar su grado de participación en el contrabando de estupefacientes. En ningún momento del proceso se llevó a cabo la evacuación de citas, prevista en el art. 304 del CPPN. No se ordenaron diligencias tendientes a acreditar la veracidad o falsedad de los dichos de la imputada. Por el contrario, el tribunal no sólo reconoció que no existían pruebas del relato de la imputada, sino que además descalificó la declaración de forma categórica y le adjudicó adjetivos como mendaz, falaz, etc. al referirse a ella. Esto último, claro está, sin ningún elemento que le permitiera llegar a semejantes juicio de valor, en una clara inversión de la carga de la prueba y violación del principio de inocencia (art. 18 CN)" (fs. 535 vta.).

Por esta razón y por la experiencia común que a su criterio impera en este tipo de delitos, consideró que el obrar de Martínez Hassan debía circunscribirse a una participación secundaria en orden al delito de contrabando de estupefacientes por el que fuera condenada (arts. 863, 864 inc. "a", 866 2º párrafo del Código Aduanero). Ello así, por cuanto no puede imputársele a la nombrada una finalidad personal de comercialización de la sustancia prohibida. Precisó que no se demostró que la encartada era dueña del material ilícito, ni que lo haya producido y agregó que al momento de su detención aquella no llevaba "... elemento alguno que le permitiera trasladarse en nuestro país (no se encontró siquiera dinero entre sus paupérrimas pertenencias personales). Es evidente que sólo fue usada

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

9



#28946709#218048931#20181018092620847

para transportar la droga unos metros afuera de la frontera y entregársela a la persona que le fuera indicada y volver a pie hacia Bolivia" (fs. 536/vta.).

En segundo orden, reputó erróneo el razonamiento seguido por el *a quo* en cuanto consideró como agravante la calidad de la sustancia prohibida para agravar la pena impuesta a Martínez Hassan. Estimó que de acuerdo a las probanzas reunidas en autos la nombrada solamente recibió los paquetes para ingresarlos ilegalmente al país pero no tuvo posibilidades de abrirlos y saber sobre su contenido, razón por la cual, concluyó que ella habría obrado con dolo eventual.

Por ello, remató que: "[E]n esas condiciones, no sólo debió escogerse la calificación legal más benigna, sino que tampoco existió fundamento válido para apartarse del mínimo legal previsto para la figura penal aplicada o la reducida por la escala del partícipe secundario" (fs. 536 vta.).

Finalmente, invocó la Resolución PGN N° 165/05 para mantener la interpretación favorable a la constitucionalidad de la equiparación de penas entre el delito tentado y consumado del contrabando (art. 872 del C.A.).

VI. Que durante la audiencia prevista en el art. 465, último párrafo y en el art. 468 del C.P.P.N., se hizo presente la señora Defensora Pública Oficial Coadyuvante, doctora María Florencia Lago, quien a fs. 540/543 presentó breves notas. Por los fundamentos oportunamente esgrimidos y haciendo expresa referencia al dictamen del señor Fiscal General ante esta instancia, insistió con la solución propuesta tendiente a que se dicte aquí la absolución de su asistida.

Fecha de firma: 10/01/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

En síntesis, superada la etapa quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas (cfr. fs. 544). Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Carlos Alberto Mahiques y Ana María Figueroa.

El señor juez **Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Inicialmente corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto por la defensa de Lourdes Silvana Martínez Hassan resulta formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459 ibidem), los planteos realizados encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del código ritual, y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del mismo cuerpo legal.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 14.5- y la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 8.2.h- exigen el derecho del imputado a someter el fallo condenatorio a un Tribunal Superior con una revisión amplia y eficaz.

En este sentido, debe recordarse el alcance amplio de esa capacidad revisora en materia de casación que, con sustento en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", se estableció en el fallo "López, Fernando Daniel s/recurso de queja" (causa nro. 4807, Reg. Nro. 6134.4, rta. el 15/10/04) y en el voto del suscripto en la causa nro. 4428

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

11



#28946709#218048931#20181018092620847

caratulada "Lesta, Luis Emilio y otro s/recurso de casación" (Reg. Nro. 6049.4, rta. el 22/09/04), ambos de la Sala IV.

Esta interpretación amplia ha sido considerada y sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la única compatible con los derechos y garantías invocadas por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la aplicación que de éstos han efectuado los diversos Organismos y Tribunales competentes (*in re "Casal"*, Fallos: 328:3399).

II. A efectos de realizar un adecuado análisis de los cuestionamientos efectuados por el recurrente, comenzaré por recordar que el Tribunal tuvo por acreditado, en consonancia con el requerimiento fiscal de elevación a juicio obrante a fs. 106/vta., que: "...según requisitoria de elevación de la causa a juicio obrante a fs. 106/vta., en la que el agente fiscal imputó a Lourdes Silvana Martínez Hassan el delito de 'contrabando de importación de estupefacientes, agravado por el destino de comercialización, previsto y sancionado por los arts. 866 segundo párrafo, 863 y 864 inc. 'a' de la Ley 22.415', la presente causa se inicia el '05 de mayo de 2016, cuando personal de Gendarmería Nacional de la Sección Puente Internacional de La Quiaca se encontraba realizando un operativo público de control, al costado de las ex vías del ferrocarril Gral. Belgrano, observaron a una persona de sexo femenino ingresar al país por paso no habilitado, transportando una mochila.- [...] Por tal motivo fue identificada como Lourdes Silvana MARTINEZ HASSAN, le efectuaron un control y hallaron en el interior de la mochila color negra con gris que llevaba, cinco paquetes rectangulares envueltos en plástico negro contenido sustancia polvorienta compactada, que sometida ante la

Fecha de firma: 12/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

prueba de campo 'narcotest' reaccionó positivamente a la presencia de cocaína, con un peso total de 5.985 gramos.- [...] La posterior pericia química efectuada a la sustancia secuestrada, determinó que se trataba de clorhidrato de cocaína con un grado de concentración que oscila entre el 43,88% y el 59,56% (fs.92/103).- [...] El delito de contrabando fue cometido por MARTINEZ HASSAN puesto que fue sorprendida cuando ingresaba al país por un paso no habilitado con clorhidrato de cocaína oculto en el interior de la mochila que llevaba.- [...] Asimismo, el modo de acondicionar el estupefaciente, debajo de las prendas de vestir y el lugar por donde ingresó al país, indica que la nombrada sabía que llevaba sustancias prohibidas y quería ocultarla de los controles.- [...] Además, la cantidad de droga secuestrada (5.965 gr. conf. acta de fs.47) supera lo considerado para consumo personal, y sumado a la forma en que estaba acondicionada, permite concluir que el destino era el tráfico.- [...] El delito quedó consumado, y no en grado de tentativa, toda vez que la mercadería fue ingresada al territorio aduanero por un paso no habilitado (conf. arts. 6 y 9 del Código Aduanero)'" (fs. 421 vta./422).

III. En orden a responder los agravios introducidos en el recurso de casación, corresponde ordenar la respuesta jurisdiccional de acuerdo a su prelación lógica-jurídica: materialidad fáctica, análisis de la tipicidad y antijuridicidad de la conducta, culpabilidad de la imputada, y, por último, los agravios dirigidos a cuestionar la constitucionalidad de la calificación legal



así como la invocada transgresión al principio de congruencia.

Así, primeramente, debe señalarse que la defensa no cuestionó esencialmente aspectos de la plataforma fáctica acreditada por el Tribunal, en cuanto a que Lourdes Silvana Martínez Hassan intentó traspasar la frontera de Villazón-La Quiaca, el 5 de mayo de 2016, con casi 6 kilos de cocaína.

En el punto, la defensa se agravió de la acreditación del aspecto subjetivo del tipo penal, cuestión que fue debidamente respondida en la sentencia recurrida y la defensa no logró demostrar la ilogicidad del decisorio.

En efecto, en lo que respecta el dolo de la conducta, el Tribunal sostuvo que: "...el modo de ocultamiento de la sustancia prohibida dentro de la mochila que llevaba en su espalda, para su ingreso al país, revela el conocimiento que tenía Martínez Hassan de la calidad de estupefaciente que revestían los cinco paquetes rectangulares introducidos al país, y del cual se encontraba indubitablemente capacitada de disponer..." y que "La imputada sabía fehacientemente que los paquetes dentro de la mochila eran sustancia estupefaciente ya que los tuvo todo el tiempo dentro de su órbita de custodia y por eso los introdujo al país por un paso no habilitado, eludiendo de esa manera los controles fronterizos legalmente establecidos...".

Es que, atendiendo al contexto de producción del suceso -ingreso al país por un paso no habilitado- y a los dichos de la imputada -que la mochila se la habían alcanzado minutos antes con la orden de traspasar la frontera y entregar la mochila a un tercero-, resulta acreditado, conforme las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común, el conocimiento de la

Fecha de firma: 14/02/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

ilicitud del contenido de la mochila. Al respecto fue la propia imputada quien en su declaración indagatoria refirió que había pensado que el contenido de la mochila podía ser "algo malo".

Por ello, de la lectura de la sentencia recurrida se encuentra debidamente acreditada la existencia de un injusto penal, consistente en el contrabando de 6 kilos de cocaína en forma típica y antijurídica. En tal sentido, Lourdes Silvana Martínez Hassan intentó traspasar la frontera con una mochila que contenía casi 6 kilos de cocaína, circunstancia que conocía y hacía allí dirigió su voluntad.

IV. a) Sentado cuanto precede, debe indicarse que las críticas de la defensa se encuentran sustancialmente dirigidas a cuestionar la acreditación de la culpabilidad de la imputada por el hecho.

Los planteos del recurrente tienden a demostrar que, si bien Martínez Hassan conocía la ilicitud de su conducta, no podía adecuar su comportamiento a la norma porque tenía reducida su libertad de autodeterminación.

Ello sería así por dos circunstancias, o bien la imputada había sido captada para ser explotada sexualmente, lo cual había afectado su libertad psíquica, encuadrando su conducta en el artículo 5 de la ley 26.364; o bien porque Hassan se encontraría en un estado de necesidad disculpante (artículo 34 inciso 2do. del Código Penal).

Debe resaltarse que ambas hipótesis planteadas por la defensa se presentan en un mismo contexto fáctico ya que, según la propia versión de la defensa, los mismos sujetos activos que habrían captado a la víctima para

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

15



#28946709#218048931#20181018092620847

explotarla sexualmente serían quienes la amenazarían con dañar a su hijo si no cruzaba la frontera con el material estupefaciente.

Luego, ambas circunstancias -ser víctima de trata o de amenazas- fundarian la inculpabilidad de la imputada, por lo que no se configuraría un delito penal.

En orden a rechazar este planteo, el Tribunal encauzó su respuesta afirmando que no surgía acreditado, en base a las pruebas colectadas, el vicio en la voluntad de la imputada y, asimismo, efectuó un análisis del delito de trata de personas indicando que no se daban sus extremos típicos en el caso de autos.

b) Adelanto mi opinión en el sentido que, el estudio de los elementos típicos del delito de trata de personas efectuado por el Tribunal no se compadece con la legislación nacional e internacional actual ni con la jurisprudencia imperante y, por tanto, el fallo debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido.

En tal sentido, el *a quo* explicó que "De acuerdo a la normativa internacional que la Argentina ratificó - Protocolo de Palermo-, la trata de personas sólo es posible en un marco situacional en el que predominan los medios fraudulentos, violentos o abusivos. Estos medios comisivos son inherentes, consustanciales al concepto de trata; de manera que el consentimiento solo podría perder toda eficacia desincriminante cuando concurrieren, precisamente, tales medios comisivos. En otros términos, no es posible concebir una situación de trata 'con el acuerdo del titular del bien jurídico protegido'".

Luego remarcó que "La trata solo puede ser ilegal en la medida en que se la lleve a cabo mediante la concurrencia de ciertos y determinados medios de los que resulta la anulación de la capacidad de autodeterminación

Fecha de firma: 16/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámara Federal de Casación Penal

de la persona para expresarse libremente en los actos de su vida" porque sino "...la conducta debe quedar extramuros de la intervención punitiva".

La legislación actual, más aún luego de la reforma por la ley 26.842, dispone lo contrario.

En efecto, a partir de la reforma mencionada, se eliminó la diferencia entre trata de personas mayores y menores de edad, por lo que, actualmente, la utilización de algún medio comisivo (engaño, fraude, amenazas, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad entre otras circunstancias) opera como un factor agravante de la conducta base y no para la configuración típica.

En definitiva, conforme el artículo 145 bis del Código Penal, el delito de trata de personas queda configurado cuando el sujeto activo ofrece, capta, traslada, recibe o acoge a una persona con fines de explotación, siendo además, innecesario que se consume la explotación toda vez que este es un elemento del tipo subjetivo.

A mayor abundamiento, debe resaltarse que, sea cual fuere la intensidad de la conducta del sujeto activo, el consentimiento de la víctima en este tipo de delitos no tiene valor alguno para la atipicidad de la conducta.

En esta dirección, a partir de la modificación por ley 26.842, las discusiones respecto a si resultaba válido el consentimiento como causal de atipicidad de la conducta quedaron definitivamente zanjadas.

Al respecto afirmé que "... este análisis reclama un estudio armónico y conjunto del tipo penal, y, en tal sentido, y siempre en relación al caso, el ofrecimiento de

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

17



#28946709#218048931#20181018092620847

personas para que sean explotadas sexualmente y su acogimiento con dicha finalidad, que abarca la conducta del sujeto activo de brindar a la víctima un refugio o lugar en donde estar -aunque sea temporal-, con aquél objetivo de explotación de la actividad de la prostitución, implican objetivizar a la persona introduciéndola en el mercado de bienes y servicios.

En esta dirección, en virtud de la actual redacción del tipo penal de trata de personas, el consentimiento de la víctima para ser ofrecido o acogido, con la finalidad de ser sometido a su explotación relativa al ejercicio de la prostitución, en favor de terceros o para mantener económicamente o ser explotado económicamente por otra persona a costa de su actividad, no tendrá efectos jurídicos, por cuanto, y esto es lo sustancial en relación a supuestos como el que nos ocupa, se encuentra implícito en la naturaleza del bien jurídico tutelado (libertad) que no es posible otorgar consenso para ser considerado un objeto o una cosa y formar parte del mercado de bienes y servicios. Se trata de la esencia de lo humano, cuya propia explotación no puede ser consentida por el sujeto sin afectación de la condición de persona, de su libertad como bien que le es inherente" (cfr. mi voto en Causa nº FSA 2699/2013/CFC1 caratulada: "LAMAS, Marina del Valle y TERAGUI, Héctor Nazareno s/ recurso de casación", Registro 939/2015.4 rta. 21/5/15, Sala IV de la CFCP.).

Luego, tal es la entidad del bien jurídico tutelado que el consentimiento no surtirá efectos aunque no se emplee ningún medio comisivo en particular, a diferencia de los sostenido por el *a quo*.

De todo lo expuesto, surge que el Tribunal en orden a rechazar el planteo de la defensa, analizó el caso de autos a partir de un erróneo marco dogmático, que quebró

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

el iter lógico del razonamiento, descartando que las conclusiones que surgían de las premisas fueran correctas y ajustadas a derecho.

Prueba de ello resulta, por ejemplo, la afirmación del Tribunal, en referencia a la víctima, respecto a que no se había acreditado que "...la encartada haya estado actuando bajo el control o sometimiento de otra persona, que hayan existido, por parte de terceros, el uso de medios engañosos, violentos o abusivos que a su vez hayan disminuido o anulado su voluntad, o su capacidad de discernimiento y la libre manifestación de su autodeterminación. Su libertad ambulatoria y de toma de decisiones nunca estuvo ausente...".

Es que, para la configuración del delito de trata de personas no es necesario acreditar el uso de medios engañosos o violentos ni la total pérdida de autodeterminación del sujeto pasivo, siendo únicamente necesario que las acciones del sujeto activo interfieran en esa capacidad de autodeterminación. Esta restricción a la libertad psíquica del sujeto pasivo puede darse sin necesidad que simultáneamente se restringa la libertad física.

En tal orden, en múltiples precedentes sostuve que "De esta forma, desde una adecuada interpretación del tipo penal a partir del prisma del bien jurídico tutelado, cabe concluir que el aspecto sustancial subyacente e inherente de este delito abarca conductas que interfieren en el libre y voluntario ámbito de determinación individual de las personas; es decir, aquella capacidad para decidir libremente, con plena intención y voluntad sobre un plan de



vida o desarrollo personal" y que "Tal restricción al ámbito de autodeterminación del sujeto puede darse aún sin una limitación a la libertad..." (cfr. Causa FLP 5977/2013/CFC1 "DELGADO HUILCAHUMAN, Raúl Francisco s/ infracción art. 145 ter -en circunst. Inciso 1º (ley 26.842)", registro 1025/16, rta. 23/8/2016, de la Sala IV de la CFCP).

Mismo error en la apreciación de los hechos se advierte en la fundamentación del Tribunal en cuanto sostuvo que "También es dato de suma relevancia en su contra el hecho de que la encartada durante el tiempo que salió sola para hablar por teléfono con su madre, pasar para Argentina y volver a su país no se haya escapado o haya solicitado ayuda a las autoridades de cualquiera de los dos países. No obstante ello, la imputada manifestó que no lo hizo debido a que necesitaba recuperar sus cosas personales, resultando dicha declaración nada creíble".

Este tipo de razonamientos parte de endilgar responsabilidad a la víctima de trata, desconociendo la problemática que sufren las mujeres víctimas de trata de personas, en el cual, muchas veces desconocen o no asumen su calidad de víctima. Ello así, o bien porque equivocadamente asumen parte de la culpa, o bien por temor a represalias, el cual es infringido intencionalmente por los sujetos activos o, también por miedo a perder su fuente de ingresos. (cfr. mi voto en causa nº FBB 4964/2014/T01/CFC1 "Díaz, Argentino s/ infracción ley 26.364", registro nº 2471/15.4, rta. 23/12/2015 y causa nº FMP 5257/2013/25/1/CFC2 "FAY, Daniel Alberto y otra s/ rec. de casación", registro nº 645/16, rta. 26/5/2016).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el delito de trata de personas no requiere una restricción a la libertad ambulatoria, no puede descartarse un supuesto de

Fecha de firma: **20**/01/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

trata en base a que la víctima no se fugó o no alertó a las autoridades, porque precisamente las conductas atentan contra la capacidad de autodeterminación y es a partir de esta restricción a su libertad, moldeada por los sujetos activos, que la víctima no tiene las herramientas necesarias para salir de esa situación. Por ello, no puede tomarse esa declaración en contra de su versión de los hechos.

Finalmente, debe resaltarse -conforme se verá a continuación- que aún bajo la errónea hipótesis sostenida por el Tribunal -en cuanto a que para la configuración del delito de trata de personas son necesarios medios comisivos en particular-, igualmente no se descartaría el supuesto de trata de persona toda vez que el Tribunal tuvo por acreditada la situación de vulnerabilidad de la imputada, lo cual tornaría aplicable el medio comisivo referido al aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad (art. 145 ter apartado primero del Código Penal).

Asimismo, la imputada siempre refirió haber sido amenazada por los sujetos activos, con lo cual, estarían presentes los elementos que el Tribunal erróneamente entendió como requisitos típicos de la figura base.

c) Sin perjuicio de lo expuesto en el punto precedente -en cuanto a que en la sentencia recurrida se efectuó una errónea interpretación del derecho aplicable- lo cierto es que, de la lectura de la resolución, se advierte una arbitraría valoración de las pruebas en orden a descartar el supuesto invocado por la defensa.

En efecto, el Tribunal alegó dogmáticamente que la hipótesis defensiva no se había corroborado con las

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

21



#28946709#218048931#20181018092620847

pruebas reunidas en el juicio, cuando ninguna de éstas lograron descartar lógicamente el supuesto de hecho introducido por la defensa porque, sustancialmente, se refirieron a espacios temporales disímiles.

Así, el plexo cargoso se dirigió a acreditar que Lourdes Silvana Martínez Hassan intentó cruzar 6 kilos de cocaína por la frontera Villazón-La Quiaca, pero ningún elemento probatorio colectado en autos logró desacreditar que tal conducta estuvo originada en saldar una deuda contraída con los tratantes de la imputada en orden a recuperar su libertad.

Es por ello, que le asiste razón al recurrente cuando afirma que "...las conclusiones a las que arriba el Tribunal no han desvirtuado mediante un razonamiento lógico los descargos oportunamente ofrecidos por mi asistida al ejercer su derecho de defensa, sin perjuicio de lo cual utiliza sus dichos contra mi asistida invocando que coadyuvan a despejar toda duda -en su contra- respecto a lo verdaderamente acontecido".

El Fiscal General ante esta instancia coincidió con esta observación, al señalar que "...el tribunal descartó sin fundamentación alguna los dichos de la imputada respecto del contexto en el cual llevó a cabo el hecho, lo cual era relevante para resolver el caso de un modo distinto y obligación del tribunal de hacer".

En esta dirección, el a quo invoca permanentemente que la imputada no probó ser víctima de trata, cuando tal actividad corresponde a la parte acusadora.

Pero además, se advierte un salto en el razonamiento lógico seguido por los sentenciantes, por cuanto, el Tribunal otorgó veracidad a todo el relato de la imputada pero descreyó de la existencia de los tratantes,

Fecha de firma: 20/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

sin motivar esta división en la credibilidad del relato de la víctima.

Nótese que, al momento de graduar la sanción a imponer, el Tribunal tuvo por cierto que "...se inició laboralmente a temprana edad -17 años- y que el padre de sus hijos era alcohólico sufriendo episodios de violencia junto a él, quien desapareció de su vida. La necesidad de conseguir dinero la llevó a desempeñarse en distintas actividades -empleada en un restaurante, preventista en una empresa de helados y promotora en la cervecería Cordillera-, con los cuales pagaba sus estudios...";

Así, debe señalarse que el *a quo* da por cierto todo un contexto de vulnerabilidad pero descree -sin fundamentos válidos- que este contexto haya sido aprovechado por los sujetos activos para captar a Hassan y transportarla al sur de su país; y en un escenario en el que no se evidencia que la versión brindada por la imputada en el aspecto estudiado haya merecido un mínimo de investigación, en los sustancial, para respaldar su descrédito por parte de los juzgadores.

De otro costal, debe señalarse que el relato de la víctima se mantuvo incólume a lo largo de todo el proceso, dando un discurso con múltiples detalles y elementos característicos del delito de trata de personas a saber: vulnerabilidad de la víctima, traslado de su centro de pertenencia hacia el centro de explotación, pago del pasaje, encuentro con sus tratante en la terminal, alojamiento, entrega de comida y vestimenta, generación de deudas, entre muchos otros.



En este sentido, conforme se desprende de la sentencia, "...al momento de su declaración indagatoria manifestó que vivía en La Paz, que la captaron por una necesidad económica que tenía para poder afrontar la enfermedad de su hijo y sin tener otra posibilidad que la de aceptar la propuesta que le hicieron de trabajar en la prostitución. A raíz de ello viajó a la ciudad de Villazón relatando como la acogen y la tienen en un lugar, como le cambiaron sus ropas por otras, como la recibieron, como fue su experiencia con un cliente en un episodio traumático, que luego de esto quiso irse pero no la dejaron porque había generado gastos, que le ofrecieron otro trabajo haciéndole saber que tenían los datos de su familia y sabían a donde vivían, que en esas circunstancias su asistida pudo en horas de la mañana cruzar hacia Argentina y pedir trabajo en un restaurante sin obtenerlo y que por temor regresó al lugar de sus captores donde una persona la llevó hacia el río le colocó la mochila y le dijo que cruce ya que del otro lado la iban a estar esperando. Sostuvo, como datos objetivos del relato de su asistida vertidos durante todo el procedimiento, el contenido de la mochila consistente en prendas de vestir de tamaños pequeños que no le pertenecían, la vestimenta que tenía puesta al momento del procedimiento y la falta de más equipaje que tendría que haber llevado, el hecho de que no tenía dinero, ni un celular, de que llevaba su documento en el bolsillo del pantalón que vestía y no dentro de la mochila, el no haber tenido posibilidad de auxilio, que el captor eligió ese paso no habilitado para hacerla ingresar porque él sabía lo que estaba ingresando y no su asistida, el haberse quedado quieta al momento de ver a los gendarmes, su constante actitud de tristeza sollozos y aflicción, lo que

Fecha de firma: 03/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámara Federal de Casación Penal permite inferir que estaba siendo obligada como víctima de trata a realizar ese trabajo, a cometer un delito para poder saldar sus deudas y regresar junto a su familia" (fs. 423 vta./424).

Ninguno de estos supuestos fue investigado. La víctima fue precisa al señalar la existencia de una vivienda en la que había sido acogida y en la que se la habría compelido a ejercer la prostitución. No se ordenaron medidas investigativas respecto a este lugar. Tampoco se dispusieron medidas probatorias para investigar el viaje en ómnibus, los antecedentes sociales y laborales de Lourdes Silvana Martínez Hassan, entre otros.

La única medida de prueba dispuesta por el juzgado tendiente a corroborar la hipótesis de la defensa confirmó la versión de la imputada, en cuanto a que, en su estadía en Villazón (Bolivia) había cruzado al lado Argentino para conseguir otro trabajo.

Asimismo, de la lectura de la sentencia surge que el *a quo* tuvo por acreditado el contexto de vulnerabilidad de la imputada, marcado por su precaria situación económica, por ser inmigrante y por tener dos hijos menores a su exclusivo cargo, entre otros factores de vulnerabilidad.

En el punto, corresponde tener en consideración su situación personal conforme las "Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" (Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, marzo de 2008), a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada Nro. 5/2009). En efecto, se estableció que "...se consideran en condición de



vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico [...] Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico" (Capítulo 1, sección segunda) (cfr. mi voto en la causa nº 14.449, "CÓRDOBA, Jorge Raúl y otro s/recurso de casación", reg. nº 2663/12, rta. el 28/12/2012; causa nº 14.792, "VERGARA, Miguel Ángel s/recurso de casación", reg. nº 2391/12, rta. el 13/12/2012; ambas de las Sala IV, entre otras).

Por lo demás, en el recurso de casación, se señalaron concretamente los testimonios de los testigos de los hechos en cuanto todos coincidieron en señalar que la imputada afirmó que la sustancia estupefaciente no era suya y que se la habían entregado para pasarla por la frontera. A tal efecto, se citaron los dichos del Cabo Rodolfo Alberto Peralta, Leonela Estefanía Martínez, y de Fernanda Angélica Solis.

Estos elementos corroborarían la versión de la imputada, a lo cual, la defensa agregó el contexto de producción del suceso investigado, en el que se detuvo a Hassan sin ningún otro elemento más que la mochila en cuyo interior habrían elementos que no le pertenecerían. Todo lo cual, robustecería la credibilidad de la declaración de

Fecha de firma: 26/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

Hassan en lo que respecta las circunstancias de modo tiempo y lugar.

En virtud de lo expuesto, los contundentes adjetivos del Tribunal para describir el descargo de la imputada tales como: "mendaz", "fantasioso" "carece de verosimilitud" "poco creíble" "falaz", no parecen acertados ni que encuentren asidero en el material probatorio colectado.

Para controvertir estas calificaciones sobre los dichos de la imputada, el Fiscal ante esta instancia afirmó que "...el relato de Martínez Hassan, lejos de parecer mendaz resulta -al menos- verosímil, en las particulares circunstancias del caso. La imputada desde el primer momento siempre sostuvo que la mochila no era suya, se mostró muy angustiada...Sus dichos, a su vez, resultan compatibles con su estado socio-económico"; y luego sostuvo que "...la experiencia común en este tipo de causas (la sana crítica, el sentido común, derivado de cientos de estudios y relatos de las fuerzas de seguridad y de expertos de toda índole) permitía concluir sin esfuerzo que la imputada no era la dueña de la droga incautada y que no es miembro con poder de decisión de una organización dedicada a ingresar cocaína a nuestro país...sino que se trata de la clásica persona empleada para determinados menesteres en la cadena del delito de contrabando de estupefacientes, y así evitar que quienes realmente manejan o dominan el negocio internacional no corran riesgos personales frente a las autoridades".

Al respecto, corresponde citar la Recomendación General N°19 del Comité creado por la Convención sobre la

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

27



#28946709#218048931#20181018092620847

eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en cuyo artículo 6, se resalta que la Convención exige a los Estados que adopten medidas para suprimir todas las formas de trata y explotación de la prostitución de la mujer. Tras lo cual, se informa que "La pobreza y el desempleo aumentan las oportunidades de trata" porque "obligan a muchas mujeres, incluso a muchachas, a prostituirse. Las prostitutas son especialmente vulnerables a la violencia porque su condición, que puede ser ilícita, tiende a marginarlas. Necesitan la protección de la ley contra la violación y otras formas de violencia".

En conclusión, se advierte que el Tribunal efectuó una parcializada y errada ponderación de los elementos probatorios colectados durante la audiencia de debate, razón por la cual, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto.

d) Finalmente, corresponde recordar que mediante la sanción de la ley Nº 26.364 de abril de 2008, el Estado argentino dio cumplimiento al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños ("Protocolo de Palermo"), anexo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (aprobada por la República Argentina mediante la ley Nº 25.632, en el año 2002).

Este instrumento internacional se estructura en base la prevención, represión y asistencia a las víctimas del delito de trata de personas. La eficaz represión de este delito fue un compromiso asumido por el Estado Argentino (ver artículos 2 y 5 del Protocolo). Es por ello que, ante una indicación precisa de la probable comisión de este delito, -del lugar y de los presuntos autores- el Estado tiene la obligación de investigar.

Fecha de firma: 09/10/2018
 Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
 Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
 Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE
 Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámara Federal de Casación Penal

Esta omisión podría acarrear responsabilidad internacional del Estado Argentino.

V. La defensa invocó el artículo 5 de la ley 26.364 que establece que "Las víctimas de trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara".

Existe un mandato internacional de no criminalizar las conductas de las víctimas de trata de personas. Así, corresponde citar el principio 7 de las Directrices sobre Derechos Humanos y la Trata de Personas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos que dispone que "Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas, ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino, ni haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de víctimas".

Asimismo, el Convenio del Consejo de Europa para la Acción contra la Trata de Seres Humanos dispone: "Las partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello".

Entre sus fundamentos se destacan algunos de índole político-procesal, como ser que, en general las personas objeto de trata suelen ser acogidas más como



delincuentes que como víctimas, lo cual conlleva el alejamiento de la víctima de la justicia y reduce la posibilidad de que revelen a las autoridades su victimización y, en consecuencia, atenta contra una eficaz represión del delito.

Pero, lo esencial es que, al ser el delito de trata de personas, un delito que atenta directamente contra la voluntad de autodeterminación del sujeto pasivo, las conductas de las víctimas deben entenderse *-a priori-* como carentes de una libre voluntad precisamente por la conducta del sujeto activo que las restringe, limita o anula, lo cual reduce sus posibilidades de ajustar su conducta a derecho.

Son supuestos en lo que la víctima se encuentra en una situación en la que no se le puede exigir otro comportamiento que el desplegado, resultando inexigible la conducta ajustada a derecho.

En tal sentido, si se considera que en los casos de trata de personas el consentimiento para la explotación se encuentra anulado y/o viciado, es lógico inferir que mientras persista esa situación no podrá atribuirse a la víctima la comisión de otros delitos estrechamente vinculados con la actividad ilegal o que sean resultado directo de ella.

Es por ello, que en cada caso concreto deberán colectarse evidencias del poder coactivo del sujeto activo y la consiguiente reducción de la libre determinación de la voluntad de la víctima en su conducta. Además, deberá estudiarse la relación entre la conducta lesiva y el delito de trata de personas para afirmar que el delito cometido haya sido consecuencia de la situación en la que se encontraba la víctima.

Fecha de firma: 20/10/2018
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE
Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámara Federal de Casación Penal

A mayor abundamiento y en oportunidad de confirmar la aplicación de esta cláusula a una mujer por haber sido una víctima de trata de personas convertida simbólicamente en tratante, (cfr. C.F.C.P., Sala IV "FIGUEROA, Susana Antonia y otros s/ infracción ley 26.364", causa FTU 40066/2013/T01/CFC2, registro n° 1019/17.4, rta. 10/8/2017) afirmé que: "el artículo 6to., se enuncia un catálogo de derechos que asisten a las víctimas de trata y se consigna expresamente que el Estado deberá adecuar su normativa interna a los fines de permitir la reparación del daño sufrido por las víctimas. En igual dirección, la ley 26.364 fija como sus objetivos: 'implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas', razón por la cual, en el artículo 5 se les exime de reproche penal y en los artículos 6 a 9 se dispone un piso de garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas'. En conclusión afirmé que 'todas estas obligaciones asumidas por el Estado al ratificar el Protocolo, lo colocan en una perspectiva jurídica de garante o responsable de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción. El Estado tiene un deber de protección de las víctimas, hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes' (Cfr. mi voto en causa Nro. CCC 22452/2011/T01/CFC1 "GONZALEZ RÍOS, Pablo s/ abandono de persona" registro 1315/16.4, rta. 19/10/2016 de la Sala I de la CFCP, causa Nro. FSA 22000016/2012/T01/CFC1 caratulada: "CHENARE, Claudia Elizabeth s/ infracción ley 26.364" registro 902/16, rta. 14/7/2016 de la Sala IV de la CFCP y Causa Nro. FTU400654/2008/CFC1 "TAVIANSKY, Ana

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

31



#28946709#218048931#20181018092620847

Alicia; OLIVERA, Verónica del Jesús s/ recurso de casación", registro nº 2551/15.4, rta. el 29/12/2015, del registro de la Sala IV de la CFCP)".

En el caso de autos, la defensa alega que Hassan Martinez fue compelida a cruzar la frontera con droga para saldar la deuda por el costo de los pasajes, transporte, ropa y comida generado por los sujetos activos, como una forma característica de doblegar la voluntad de la víctima y mantenerla cautiva. Asimismo, que, sólo obedeciendo a los autores podría obtener dinero para volver con su familia. En estas circunstancias, resultaría de aplicación la cláusula analizada.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en la sentencia recurrida no se brindaron argumentos tendientes a descartar fundadamente tanto las circunstancias de hecho como de derecho que rodearon el planteo de la defensa, razón por la cual la sentencia deviene infundada.

VI. Conforme a las consideraciones efectuadas en los puntos anteriores y a la solución que considero apropiada al caso, carece de relevancia el tratamiento de los demás agravios introducidos por el recurrente.

VII. Por ello, propicio al acuerdo: I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial (cfr. fs. 485/504), ANULAR la sentencia recurrida (cfr. fs. 406/407), y REENVIAR los autos al Tribunal de origen para que dicte una nueva resolución conforme a derecho y a las pautas aquí delineadas; SIN COSTAS en la instancia (arts. 530 y ss. del CPPN).

El señor juez **Carlos A. Mahiques** dijo:

I. Corresponde señalar que el recurso interpuesto por la defensa oficial de Lourdes Silvana Martínez Hassan reúne los requisitos objetivos y subjetivos para su admisibilidad formal, en los términos de lo previsto por

Fecha de firma: 20/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

los arts. 456, 457, 458, 460 y 463 del Código Procesal Penal de la Nación.

En efecto, ha sido deducido oportunamente y en orden a los motivos previstos por el Código Procesal Penal de la Nación para su promoción, conforme surge de los resultandos. Además, se dirige contra una sentencia definitiva, en tanto la resolución impugnada dispuso condenar a Lourdes Silvana Martínez Hassan a la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial para ejercer el comercio por el término de condena, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad e inhabilitación absoluta por el doble tiempo de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público, sin perjuicio de las demás sanciones que procedan en sede aduanera, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo de condena y las costas del juicio (arts. 863, 864 inc. "a", 866 2º párrafo, 876 incs. "e", "f" y "h" y 1026 inc. "a" del Código Aduanero, 12, 29 inc. 3º y 45 del C.P. y arts. 403, 530 y 531 del CPPN), poniendo de tal forma fin al proceso.

II. El tribunal Oral tuvo por probado que "el día 5 de mayo de 2016 a las 12:05 hs., personal perteneciente a la Sección Puente Internacional "La Quiaca" de Gendarmería Nacional que se encontraba realizando un operativo público de prevención, por la zona de responsabilidad de dicha subunidad, al costado de las ex vías del ferrocarril General Belgrano, sector oeste del paso internacional y a escasos metros del límite internacional con la vecina localidad de Villazón - Bolivia observó el ingreso a nuestro país por paso no



habilitado de una persona de sexo femenino transportando una mochila en su espalda, la cual es interceptada procediéndose al control documentológico e identificándose como Lourdes Silvina Martínez Hassan mediante la exhibición de su cédula de identidad boliviana N° 10.929.005. Acto seguido se le solicitó que abriera la mochila que transportaba observándose a simple vista que en su interior contenía paquetes rectangulares de color negro, por lo que fue trasladada junto con los elementos que transportaba hasta la guardia de prevención del puente internacional. Una vez ingresada a la guardia, en presencia de los testigos se continúa con la requisa sobre las pertenencias que portaba, logrando el secuestro de una mochila de tela de avión color negra con gris, prendad de vestir femeninas - una remera blanca, una camisa a cuadros y una faja- y cinco paquetes rectangulares envueltos en material plástico de color negro que despedían un fuerte olor, conteniendo una sustancia cristalina de color blancuzco. La sustancia tóxica secuestrada arrojó un peso total de 5.965 grs. y se trataba de clorhidrato de cocaína cuya concentración variaba entre el 43,88% y el 59,56%".

III. Ahora bien, expuestos los antecedentes del caso, advierto que asiste razón al recurrente cuando plantea que el razonamiento efectuado por el tribunal a quo en la resolución adoptada resultó insuficiente para condenar a su defendida.

En efecto, considero que la resolución recurrida resulta arbitraria por falta de fundamentación suficiente, en clara violación a lo previsto en el art. 123 del C.P.P.N.

Ello así pues, el tribunal a quo se limitó a fundar su decisión sólo en el resultado del accionar llevado a cabo por la imputada Martínez Hassan (secuestro

Fecha de firma: 24/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mi) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

de la sustancia estupefaciente), sin rebatir y/o descartar la versión dada por aquella -tanto al momento de la declaración indagatoria como durante el debate oral-, acerca de la procedencia de la droga.

Así, repárese que el fiscal ante esta instancia (cfr. fs. 534/536) sostuvo -con acertado criterio- que "*el tribunal descartó sin fundamentación alguna los dichos de la imputada respecto del contexto en el cual llevó a cabo el hecho, lo cual era relevante para resolver el caso de un modo distinto... es que si bien se encuentra probado que Martínez Hassan intentó cruzar la frontera a pie por un paso no habilitado y que llevaba consigo una mochila con casi seis kilos de cocaína, las circunstancias previas a dicho acontecer y la experiencia común en la zona y la modalidad empleada para la comisión del delito, cobraban enorme relevancia para determinar su grado de participación en el contrabando de estupefacientes. En ningún momento del proceso se llevó a cabo la evacuación de citas, prevista en el art. 304 del CPPN. No se ordenaron diligencias tendientes a acreditar la veracidad o falsedad de los dichos de la imputada. Por el contrario, el tribunal no sólo reconoció que no existían pruebas del relato de la imputada, sino que además descalificó la declaración de forma categórica y le adjudicó adjetivos como mendaz, falaz, etc.*".

Además indicó que "*el relato de Martínez Hassan, lejos de parecer mendaz resulta -al menos- verosímil, en las particulares circunstancias del caso. La imputada desde el primer momento siempre sostuvo que la mochila no era suya, se mostró muy angustiada, en una crisis de*

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

35



#28946709#218048931#20181018092620847

llanto y expresó el temor por la salud de su hijo, de quien exhibió una fotografía durante el debate. Sus dichos resultan compatibles con su estado socio-económico".

Comparto los argumentos *ut-supra* reseñados, pues entiendo que ha sido insuficiente la actividad de los órganos de investigación al no evacuar las citas de la imputada, vulnerando así lo previsto por el art. 304 del Código Procesal Penal de la Nación, como también el derecho de defensa en juicio (consagrado por el art. 18 del C.N.), toda vez que la producción de la prueba de descargo no es una "facultad" del tribunal sino un "derecho" del acusado (CS-Fallos, 239:283).

En tal sentido, "la Corte Suprema ha resaltado [CS-Fallos, 324:4039, con cita de Clariá Olmedo; confirmando doctrina propia anterior: CS-Fallos, 292:561, entre otros] que 'no resulta pertinente deducir el dolo solamente del resultado de la acción'... el imputado 'no tiene la carga de probar la disculpa aunque no aparezca probable o sincera'. Así, entonces, en tanto prima facie resulten conducentes a la investigación, las citas referidas por el imputado en su indagatoria deben ser evacuadas por el órgano". (Conf. NAVARRO-DARAY, Código Procesal Penal de la Nación, Ed Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T.2, p. 837/8).

En las condiciones expuestas cabe concluir que la sentencia recurrida evidencia graves defectos en su fundamentación, razonamiento y en la valoración de la prueba, con relevancia decisiva para dirimir la controversia planteada, que llevó al apartamiento de la solución legal prevista para el caso, lo que la invalida como acto jurisdiccional e impone su descalificación conforme la doctrina de la CJSN en materia de arbitrariedad (Fallos: 311:1438; 312:1150, entre otros).

Fecha de firma: **10/10/2018**

Firmado por: GUSTAVO M. HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámara Federal de Casación Penal

Además, se ha sostenido que "...es condición de validez de un fallo judicial que él sea conclusión razonada del derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa" (Fallos: 238:550), y que "se le debe acordar primacía a la verdad jurídica objetiva e impedir su ocultamiento ritual, como exigencia del adecuado servicio de justicia, que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional" (Fallos 247:176; 262:459; 238:550; 249:324; 250:642).

En ese mismo orden de ideas, he votado como integrante de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa nº CCC 9689/2008/T01/CNC2 caratulada "Garnica, Julio s/su denuncia/", reg. 148/2017, rta. el 9/3/2017, oportunidad en la cual sostuve que "La libertad probatoria asumida por el sistema procesal y las reglas de la lógica y la experiencia común que, con toda rigurosidad, impone el sistema de valoración de la prueba acorde con la sana crítica racional, no alcanza para que el tribunal de juicio privilegie excluyentemente determinados elementos de prueba, descartando sin una debida fundamentación otros que los contradicen".

Además señalé que "...a esta Cámara le corresponde revisar la estructura de la lógica probatoria de la sentencia recurrida, de forma tal que se garantice la racionalidad entre los hechos indicios y la deducción a la que se arriba".

IV. Por último, es dable destacar que la evacuación de las citas resultó determinante para el caso bajo estudio, pues impidió dar respuesta al pedido de absolución en los términos del art. 5 de la Ley de

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

37



#28946709#218048931#20181018092620847

Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas, esto es, la cláusula de no punibilidad.

En otras palabras, si se hubiese demostrado que tal como dijo la imputada, era víctima de una red de trata de personas que la obligó a cruzar la frontera con la droga incautada para “pagar” sus “deudas” por los gastos de traslado, hubiera sido de aplicación ese perdón o excusa absolvatoria.

Además, si por el contrario, se hubiera descartado fundadamente tal defensa, la condena recurrida tendría sustento suficiente, lo que, como se vio no ocurre en el caso.

V. En virtud de todo lo expuesto, considero que corresponde **hacer lugar** al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, **anular** la resolución recurrida y **absolver** a **Lourdes Silvana Martínez Hassan**, en orden al delito de contrabando de importación de estupefacientes agravado por el inequívoco destino de comercialización por el que fue declarada responsable, sin costas en esta instancia (arts. 123, 404, 456, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Así visto.-

La señora jueza **doctora Ana María Figueroa** dijo:

1º) En primer lugar, he de aclarar que a los fines de despejar los cuestionamientos traídos a estudio por la defensa, analizaré la sentencia impugnada con ajuste a la doctrina emanada del precedente “Casal” (Fallos: 328:3399) desde la perspectiva de que el tribunal de casación “...debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable... el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea

Fecha de firma: 08/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular..."; y que "...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación...".

Cabe recordar que es en la audiencia de debate donde se producirán los elementos convictivos que influenciarán sobre los integrantes del tribunal, a efectos de que éstos emitan un pronunciamiento final, sea absolutorio o condenatorio. Así las vivencias que ellos adquieran durante el plenario, derivadas de su inmediación con la prueba allí producida, no pueden ser reemplazadas ni siquiera cuando se cuente con un registro íntegro del juicio o algún otro método de reproducción electrónico.

La revisión casatoria, supone el control de razonabilidad de la sentencia del tribunal, de conformidad con los alcances por previsión constitucional del principio de inocencia y el debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.; 10 y 11 D.U.D.H.; 8 C.A.D.H.; 14 y 15 P.I.D.C.P.; y reglas 25, 27 y 29 de las Reglas de Mallorca; entre otros).

En efecto, los límites entre lo que es controlable y lo que no lo es, se determinarán por las posibilidades procesales de que se disponga en cada caso particular, las que excluyen todo aquello que esta Cámaras Federales de Casación Penal no pueda acceder por depender de la percepción sensorial de la prueba en el juicio oral, pues se encuentran íntimamente relacionadas con la inmediación (cfr. Bacigalupo, Enrique; "Presunción de inocencia *in dubio pro reo* y recurso de casación" en "La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios"; Ed. Ad Hoc; págs. 13, 32, 33 y 44).



Aunque por aplicación de la doctrina emanada a partir del mencionado precedente "Casal", se impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la "revisión de lo revisable", siendo su límite, lo que surja directa y únicamente de la inmediación; los artículos 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso.

Partiendo del marco dogmático-jurídico establecido en el precedente "Casal" y teniendo especialmente en consideración el límite que tiene esta Cámara sobre aquellas cuestiones observadas por el tribunal de mérito durante el debate -principio de inmediación-, habré de revisar el razonamiento seguido por los señores jueces para dilucidar si las conclusiones a las que arribaron se desprenden lógica y necesariamente de las premisas de las que parten.

Por lo demás, el recurso de casación interpuesto por la defensa resulta formalmente admisible por cuanto se impetró contra un pronunciamiento condenatorio, hallándose legitimada la parte recurrente (art. 459 del C.P.P.N.), y se encuentran reunidos los restantes requisitos de admisibilidad formal previstos en los arts. 432, 438, 456, 457, 463 y ccdtes. del C.P.P.N. Asimismo, dicha tesisura se

Fecha de firma: 10/01/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847

Sala I - Causa N°
FSA 7158/2016/T01/CFC1, "MARTÍNEZ
HASSAN, Lourdes Silvana s/recurso
de casación"



Cámaras Federales de Casación Penal

impone de conformidad con lo previsto por al respecto por nuestro sistema constitucional y convencional (arts. 18 y 75, inc. 22 de la C.N.; 14.5 del P.I.D.C.P. y 8.2 de la C.A.D.H.), a fin de garantizar el derecho al imputado a someter el fallo condenatorio a un Tribunal Superior con una revisión amplia y eficaz.

Por su parte, debe recordarse que el alcance amplio de esa capacidad revisora en materia de casación receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la única compatible con los derechos y garantías invocadas por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la aplicación que de éstos han efectuado los diversos Organismos y Tribunales competentes (*in re "Casal"*, Fallos: 328:3399), adopta la doctrina de la interpretación amplia elaborada en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2004.

En efecto, los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional impiden cualquier cercenamiento al tratamiento del planteo del recurrente en segunda instancia, tras la mera invocación de rigorismos o afirmaciones dogmáticas (cfr. doctrina emanada a partir del precedente "Giroldi", Fallos: 318:514). Por el contrario, la revisión amplia que corresponde otorgar al recurso de casación a fin de salvaguardar el derecho del justiciable, debe alcanzar todas las cuestiones fácticas, con una debida fundamentación de las premisas que han sido ponderadas para sustentar la conclusión a la que se arribó conforme las constancias incorporadas a la causa como derivación de su relación lógica, deductiva o inductiva, como la revisión

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

41



#28946709#218048931#20181018092620847

del derecho aplicable, asegurando de esta manera, la misión que a este Tribunal compete a fin de garantizar la efectiva vigencia de un doble juicio concordante.

2º) Sentado ello y en atención a los agravios esgrimidos por el recurrente, adelanto mi voto en el sentido de hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial en tanto luego de haber efectuado un análisis integral del remedio intentado y los elementos de prueba incorporados al debate oral, observo el desacuerdo de la decisión adoptada por el *a quo*.

En consecuencia, la condena dictada no aparece ajustada a derecho toda vez que, coincidentemente con lo sostenido por el juez que me antecede en la votación, en el caso no fueron evacuadas las citas de la imputada, conforme lo previsto por el artículo 304 del Código Procesal Penal de la Nación: "*El juez deberá investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado*".

En ese sentido, la actividad investigativa en las presentes actuaciones se vislumbra cuanto menos insuficiente a los fines de considerar completo el plexo probatorio requerido para que dentro del proceso, éste pueda ser sometido a la valoración que exige el ordenamiento jurídico.

En autos, el conteste, idéntico y consistente contenido de las declaraciones que a lo largo de todo el proceso tuvo Martínez Hassan, exigía de parte de los órganos jurisdiccionales la investigación de los extremos de explotación descriptos por la encausada. Ello así pues, tal como la norma adjetiva lo señala, resultaban circunstancias o hechos pertinentes y útiles a los fines de ser considerados en el marco del resto de las pruebas incorporadas al expediente, pues podrían haber decantado en

Fecha de firma: 15/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

la aplicación de eximentes de responsabilidad penal conforme nuestro ordenamiento jurídico.

No debe perderse de vista que aunque la materialidad del suceso, es decir, la acreditación de los supuestos fácticos que sustentaron la acusación, no ha sido cuestionada por la defensa -el ingreso del material estupefaciente al territorio argentino-, lo cierto es que los sentenciados tienen la obligación de fundar la decisión jurisdiccional que se adopte sobre la base de la totalidad de pruebas incorporadas al debate, las que debieron abarcar, a su vez, todas las vías de investigación presentadas al proceso. El contenido de los dichos de un encausado en el marco de una declaración indagatoria, es un cauce que debe ser abordado e investigado, y cumplimentado ello, descartada las alegaciones de la defensa o ponderadas éstas en el marco del plexo probatorio reunido.

Sostiene la doctrina que "...aunque también las referencias vertidas por el imputado pueden ser de cargo, en razón de que el objeto del proceso penal es indisponible, el reconocimiento de la responsabilidad no elimina la obligación del juez de acreditar el hecho... En esencia la declaración indagatoria está disciplinada fundamentalmente como un medio de defensa y es por ello que la ley prevé la evacuación de citas y demás diligencias propuestas por el indagado con toda urgencia..." (D'Álbora, Francisco; "Código Procesal Penal de la Nación", Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs. As., 2005, comentario al artículo 304).

En sintonía con ello se ha dicho que "...el acto de la indagatoria es generalmente fuente de información para

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

43



#28946709#218048931#20181018092620847

el tribunal (función probatoria), en tanto en la misma el imputado formule manifestaciones vinculadas con el objeto del proceso, que harán necesaria su corroboración. Aquellas expresiones hasta pueden ser autoincriminatorias y el juez no debe satisfacerse con ellas, sino que es su obligación averiguar su veracidad. Otro tanto ocurre cuando son exculpatorias, hipótesis en la cual también deberá acreditar la verosimilitud del descargo..." (Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl; "Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial"; Tomo 2; Editorial Hammurabi; 2da. edición; Buenos Aires; pág. 894).

Asimismo se afirma que toda esta tarea del juez, consecuencia de la versión en indagatoria del imputado, tiende a recrear la realidad fáctica objeto de la pretensión penal y, en ese contexto, a establecer la culpabilidad o inocencia de aquél. Ella deriva de que el proceso penal común (esto es aquél que se instruye por delitos de acción pública) no es un proceso de partes, en el que cada una introduce sus pretensiones y persigue la comprobación, sino que es una manifestación del poder estatal de persecución, que exige la demostración exacta, frente a la noticia de un delito, del acontecimiento histórico que lo contiene. Observado el precepto en perspectiva, no debe perderse de vista que "...la falta de certeza sobre la existencia del hecho punible conduce a su negación en la sentencia; en cambio, la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad de existencia probable, según el caso, conduce a su afirmación..." (Maier, Julio; "Derecho procesal penal", 2da. edición; Editores del Puerto; Bs. As.; 1996).

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

Sobre los lineamientos sentados, los argumentos vertidos por Martínez Hassan en la indagatoria debieron ser evacuados, pues resultaban conducentes a la investigación del suceso que la tenía como imputada.

La circunstancia de que esos dichos se mantuvieran incólumes en el tiempo, de antemano ponía al descubierto la necesidad de su verificación probatoria, máxime por las consecuencias jurídicas que dimanaran de su eventual comprobación; lo cual pone en relieve la falta de determinación respecto a una única explicación de los sucesos traídos a estudio.

De otra parte, debe señalarse que "...la producción de la prueba de descargo no es una `facultad` del tribunal sino un `derecho` del acusado... salvo el caso de que notoriamente las medidas ofrecidas carezcan de vinculación con el proceso..." (Fallos: 239:283), extremo este último que no se presenta en autos, toda vez que las citas referidas por la imputada, de verificararse, podían haber constituido, por ejemplo, una causal de no punibilidad prevista en nuestro ordenamiento jurídico.

En conclusión, se advierte a partir del estudio de la sentencia puesta en crisis, del plexo probatorio del caso, que en relación a este hecho se configura un supuesto de duda y de insuficiencia probatoria, que no logra ser superado a partir de la valoración efectuada por el tribunal oral y que impone la solución del caso por la aplicación del principio *in dubio pro reo* (art. 3 C.P.P.N.).

En efecto, de acuerdo a lo expuesto precedentemente, por la prueba producida e incorporada al

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

45



#28946709#218048931#20181018092620847

debate no ha logrado erigirse la hipótesis acusatoria como única posibilidad de ocurrencia de los hechos, lo que no permite superar el estado de inocencia de la imputada.

Cabe referir que el principio de *in dubio pro reo* tiene fundamento constitucional en la garantía de presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en el art. 8 inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que ninguna persona puede ser tratada como culpable hasta que no se pruebe el hecho que se le atribuye y el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y lo someta a una pena.

El Alto Tribunal ha establecido que "...[E]l estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso..." (Fallos: 308:640). Asimismo, ha sostenido que: "...la apreciación de la prueba constituye, por vía de principio, facultad de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, aun en el caso de las presunciones (Fallos: 264:301; 269:43; 279:171 y 312; 292:564, 294:331 y 425; 301:909; entre muchos otros)..." (Fallos 321:1173, consid. 6º).

Se ha dicho también que "...la verdad sólo puede percibirse subjetivamente en cuanto firme creencia de estar en posesión de ella, y esto es lo que se llama estado de certeza, de contenido simple y, por lo tanto, ingraduable. Se presenta cuando se ha desechado toda noción opuesta capaz de perturbar la firmeza de esa creencia..." (Clariá Olmedo, Jorge A.; Tratado de Derecho

Fecha de firma: 16/10/2018

Firmado por: GUÍSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

Procesal Penal, Tomo I. Nociones Fundamentales; Ediar S.A. Editores, Bs. As., 1960, pág. 446).

Por su parte, sostiene Mittermaier, en su "Tratado de la Prueba en Materia Criminal" (Madrid, hijos de Reus, Editores, 1901, pág. 61 y ss.) que "...para que haya certeza se exige el cumplimiento de ciertas condiciones esenciales: 1º) requiéranse un conjunto de motivos, acreditados por la razón y la experiencia, para poder servir de base a la convicción; 2º) es preciso que la preceda un esfuerzo grave e imparcial, profundizado y apartando los medios que tiendan a hacer admitir la solución contraria. El que desea adquirir certeza no cierra jamás la puerta a la duda, antes bien se detiene en todos los indicios que pudieran conducir a ella y sólo cuando la ha hecho desaparecer completamente es cuando su decisión de hacer irrevocable y se asienta sobre la base indestructible de los motivos de la convicción afirmativa. 3º) no puede existir certeza hasta haber sido alejados todos los motivos resultantes de los autos, que tienden a presentar la inoculación como descansando acaso sobre una imposibilidad o lleguen a dar un resultado positivamente contrario al que los demás motivos suministran...". Sigue diciendo este autor que "conviene distinguir muy bien la probabilidad de la certeza. Hay probabilidad cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, pero sólo en el caso de que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido. Resulta la probabilidad o de que la convicción no descansa sino en ciertos datos, o que a pesar de su reunión no son todavía bastante poderosos para



producir la certeza. En ninguno de estos casos puede tomarse la probabilidad por base de una condena, porque siempre queda lugar a la duda y la conciencia no puede quedar satisfecha de tal modo que parezca haberse desvanecido la posibilidad de lo contrario...".

Del análisis del caso sometido a control judicial, surge que el decisorio recurrido no encuentra apoyatura en una derivación razonada de lo que debió ser la constitución de un plexo probatorio integral y armónico, a la luz de la complejidad y particularidades del delito que se encuentra investigado en autos, así como de los compromisos asumidos por el Estado y su responsabilidad frente a la comunidad internacional, las víctimas y la sociedad en general por la investigación y combate de las modalidades delictivas complejas involucradas de derecho penal internacional (arts. 1 y 2 del Protocolo de Palermo).

Este criterio, que no se sustenta únicamente en normas de carácter adjetivo, sino que tiene base en la garantía constitucional y convencional del derecho de defensa en juicio y del respeto al principio de *in dubio pro reo*, ameritaba el abordaje de las circunstancias relatadas por la imputada a lo largo de todo el proceso, ello así a los fines de su trascendencia jurídica en el caso concreto, y del marco dentro del crimen organizado en el cual se ha insertado el suceso traído a estudio, característico del binomio delito de trata de personas-narcotráfico.

Es por ello que el instrumento internacional adoptado para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (conocido como "Protocolo de Palermo"), constituye un protocolo complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámara Federal de Casación Penal
 delincuencia Organizada Transnacional (art. 1 del Protocolo
 de Palermo).

Es que, no todo supuesto de trata implica un gran despliegue de medios ni supone la operación de una gran organización, pero son diversos los casos de criminalidad organizada en los que varios participantes cumplen un rol necesario para obtener el correcto funcionamiento operativo de la estructura comercial que permitirá la explotación de personas, como pudo haber ocurrido en el presente.

La "trata de personas" constituye un delito de complejidad transnacional y ello refiere una temática de extrema gravedad, que requiere para su abordaje el máximo de los recursos y esfuerzos de todas las agencias del Estado, incluyendo al Poder Judicial al decidir casos en los que en el contexto de otros ilícitos se desprendan hechos de discriminación, violencia o explotación.

3º) Lo dicho se ajusta a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la "*necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva*", cuya renuncia consciente es incompatible con el adecuado servicio de justicia que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional (C.S.J.N., Fallos: 310:1994; 311:509 y 2193; 313:1223; 315:2511 y 2625; 319:2796, entre otros).

En esa línea de pensamiento la doctrina de la arbitrariedad elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, exige que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, cuestión que no se observa en el presente caso sometido a



control jurisdiccional (Fallos: 261:209; 274:135; 284:119; 297:100; 310:2091).

Si bien el órgano jurisdiccional es libre para seleccionar y valorar el material probatorio sobre el que apoyará sus conclusiones fácticas, esa libertad no puede ser discrecional ni arbitrariamente utilizada, como ocurriría en el caso de dejar de producir prueba, expresamente requerida por el ordenamiento adjetivo, dirimente a los fines de establecer la viabilidad de la causal del art. 5º de la ley nº 26.364.

En cuanto a la motivación de las sentencias y, en especial, a la indicación del *iter formativo* de la convicción, es decir, el aspecto subjetivo o valorativo que cabe asignarle a la prueba, se debe revisar si el razonamiento fue lógico -dar cuenta de las pruebas que condujeron a la convicción y del curso racional que enlaza los indicios con la certeza sobre la culpabilidad-, o si por el contrario, fue irracional o absurdo u omitió la verificación de circunstancias que hubieran dado lugar a una decisión completamente diferente.

En este orden de ideas, Jauchen explica que la certeza judicial, en el orden empírico e histórico debe contentarse con una gran verosimilitud. Agrega que “...el juez deberá revisar prudentemente las hipótesis que se presentan, despojarse de las proclividades del pensamiento a la imaginación y suplirlas por el sentido metódico y autocrítico, y ceñirse siempre a una actitud analítica totalmente objetiva...” (Jauchen, Eduardo; “Tratado de la Prueba en Materia Penal”; Bs. As.; Ed. Rubinzal-Culzoni; 1992; pág. 608).

En el orden de la jurisprudencia interna, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “... la necesidad de convicción no implica de ninguna manera

Fecha de firma: 50/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámaras Federales de Casación Penal

una remisión al pleno subjetivismo o a lo que simplemente crea el juzgador. Tal creencia sólo sería apta para sustentar una condena si se asienta en pruebas concordantes susceptibles de explicarla racionalmente..." (M. 794. XXXIX., "Recurso de hecho deducido por la defensa de Jorge Andrés Damián Miguel en la causa Miguel, Jorge Andrés Damián s/p.s.a. de homicidio", rta. el 12/12/06).

La decisión que vino a estudio de estos Estrados, sin que se hubieran evacuado las citas de la imputada, conforme la previsión procesal señalada y las garantías constitucionales y convencionales que asisten al derecho de defensa en juicio, es antitética con la doctrina de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y el derecho a la verdad desarrollada por nuestro Máximo Tribunal.

4º) Por último y sin perjuicio de que lo hasta aquí sostenido luce suficiente para la resolución del caso sometido a análisis, el estudio del mismo me conduce a agregar que no es posible concebir un derecho penal moderno sin contemplar los derechos de las víctimas, por lo que considero oportuno reproducir, pues resulta íntimamente relacionado con el particular caso de autos, lo que sostuviera al votar en las causas "Amitrano, Atilio Claudio, s/recurso de casación", causa n° 14.243, reg. n° 19.913, y "Villareo, Graciela s/recurso de casación", causa n° 14.044, reg. n° 19.914, ambas de la Sala II de esta Cámara, resueltas el 09/05/12, en las que en su parte esencial señalé que: "...nuestro Estado Constitucional de Derecho, especialmente a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, en su artículo 75 inciso 22 le otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

51



#28946709#218048931#20181018092620847

sobre derechos humanos, entre ellos a la “**Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**” -CEDAW-, con el objeto de erradicar cualquier tipo de discriminación contra las mujeres, dado que su persistencia vulnera el principio de igualdad y el respeto a la dignidad humana, dificultando la participación del colectivo más numeroso que tienen todas las sociedades -Mujeres, niñas, adolescentes, ancianas-, a la participación en la vida del país, en igualdad de condiciones con los varones”.

Asimismo señalé que “*Discriminación contra la mujer denota toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*” -CEDAW artículo 1-.

Para evitar las repeticiones de conductas discriminatorias, los Estados Parte se han comprometido en el artículo 2 de la convención citada, a adoptar políticas públicas, adecuaciones constitucionales y legislativas entre otras, por lo que se obligan según el inciso c) a “*Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación*”, de manera que su incumplimiento, genera responsabilidad del Estado Argentino ante la comunidad internacional.

Fecha de firma: 02/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámara Federal de Casación Penal

Con relación a la trata sexual de las mujeres, debe aplicarse la norma convencional que en su artículo 6 establece "*Los Estados Parte tomaran todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.*".

Como lo ha destacado el Comité del tratado – órgano de monitoreo de la CEDAW según los artículos 18 a 21-, la Convención es vinculante para todos los poderes públicos, por lo que se encuentra prohibida la discriminación contra la mujer en todas sus formas, siendo materia de especial preocupación el desconocimiento generalizado de la Convención y su Protocolo Facultativo, por parte de las autoridades judiciales y de otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en nuestro país, recomendando su conocimiento y aplicación para que se tome conciencia de los derechos humanos de las mujeres.

Con relación al tipo delictivo, cabe señalar que hubo una serie de reformas legislativas que receptaron la normativa internacional y la fueron incluyendo en el derecho interno, como las leyes nº 25.632, 26.364 y 26.842 que ratifican y tipifican el "***Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños***" -Protocolo de Palermo-, el que en su artículo 3, inciso a) define la "trata de personas" en los términos ya referidos en este voto, como "...la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

53



#28946709#218048931#20181018092620847

la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación...”, que incluye “...como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos...”, finalmente en los años 2008 y 2012 nuestro país sancionó las referidas leyes 26.364 de “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas” y 26.842 (B.O. 30/4/2008 y B.O. 27/12/2012).

Al respecto, he sostenido reiteradamente que las mujeres y niñas son las más expuestas a formas sistemáticas de violencia y abusos de poder, que ponen en riesgo su salud física, psíquica y sexual. Dicha violencia se manifiesta desde el ámbito físico, sexual, simbólico, psicológico, económico, patrimonial, laboral, institucional, ginecológico, doméstico, en los medios de comunicación, en la educación sistemática formal e informal, en la justicia, en la sociedad, entre otros, donde se estereotipa al colectivo mujeres, desconociéndole su dignidad y derechos humanos, por la prevalencia de esquemas patriarcales y una cultura androcéntrica, que hasta la ha privado de un discurso y práctica jurídica de género.

Cabe destacar que también preservando la integridad física y psíquica de las mujeres, adoptando políticas públicas para evitar la violencia contra éstas, Argentina ratificó la **“Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer”**, aprobada en **Belém Do Pará, Brasil**, en vigor desde 1995.

Fecha de firma: 04/10/2018
 Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
 Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
 Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE
 Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847





Cámara Federal de Casación Penal

Esta Convención Interamericana aporta mecanismos para la eliminación de la violencia de género, definiendo en su artículo 1 como: "...cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño, o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado...". La convención pone de manifiesto que se ha tomado conciencia de la discriminación que sufren las mujeres, se pretende reparar, centrando todos los esfuerzos para modificar los patrones socioculturales, para obtener la igualdad de sexos. Por ello no es suficiente con la condena pública, no debe admitirse que se invoquen costumbres, tradiciones, ideologías discriminatorias o patrones culturales, es necesario que se adopten medidas efectivas desde la comunidad internacional y los Estados, desde todos los poderes públicos, correspondiendo penalización para quienes no las cumplen.

Como sostuve en la causa n° 10.193 "A.G.Y. s/recurso de casación", resuelta el 13/7/2012, registro n° 20.278 de la Sala II de esta Cámara, múltiples son los casos y causas para justificar según las tradiciones o las ideologías, violaciones a los derechos humanos de las mujeres, prácticas, acciones, omisiones, que tienen como objeto su descalificación, desacreditación, menoscabo, solo por el hecho biológico del sexo al que pertenecen. Cuando esto sucede, no puede construirse una sociedad en armonía, porque nunca podrá serlo si se torna natural discriminar a la mitad de seres que componen su cuerpo social.

Afirmé además que "...una de las características de la sociedad contemporánea es el alto índice de violencia,

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

55



#28946709#218048931#20181018092620847

violencia que genera desigualdades, de distinta índole -sociales, políticas, económicas, culturales, raciales, étnicas, de género, de edad-, las que se encuentran presentes en el devenir cotidiano, amenazando constantemente el frágil equilibrio de los distintos ámbitos donde transcurre la vida, por lo que la situación de violencia contra las mujeres, debe ser analizada especialmente...”.

Sostuve que: “...La violencia ha sido y es motivo de preocupación de los Derechos Humanos, y de las instituciones responsables de las políticas públicas; y dentro de los distintos tipos de violencias, una que causa muchas víctimas, que aparece más silenciada y hasta ‘natural’ o invisibilizada, es la violencia contra la mujer...”.

Frente a la incidencia de violencia contra las mujeres, con las graves consecuencias para este colectivo, el Estado sancionó la ley 26.485 en el año 2009, de “Protección Integral a las mujeres, para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales”, la que también sanciona diferentes tipos de violencia: física, sexual, simbólica, económica, patrimonial, psicológica, el lenguaje y la semántica, entre otras, visibilizando que estas conductas son el producto de un esquema patriarcal de dominación, entendido como el resultado de una situación estructural de desigualdad de género, de la cual el Poder Judicial no puede desconocer.

Hoy la violencia contra las mujeres es considerada violación de los Derechos Humanos, con jerarquía constitucional y/o superior a las leyes internas, y como preceptúa el artículo 3 de la “**Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la**

Fecha de firma: 06/10/2018

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE

Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847



Cámara Federal de Casación Penal

Violencia contra la Mujer", "toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado".

5º) Por las razones expresadas hasta aquí, voto por **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la Defensa, sin costas; **ANULAR** la decisión impugnada; **ABSOLVER** a Lourdes Silvana MARTÍNEZ HASSAN en orden al delito que fuera motivo de imputación en estas actuaciones, y en consecuencia **ORDENAR LA INMEDIATA LIBERTAD** de la nombrada, la que deberá hacerse efectiva desde los estrados del tribunal de origen, de no mediar otra causa legal de detención (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.; 18 y 26 D.A.D.D.H.; 8.2, 9 y 24 C.A.D.H.; y 14.1 y 2 y 26 P.I.D.C. y P., 3, 123, 404, 456, 471, 473, 530, 531 y concordantes C.P.P.N.).

Tal es mi voto.-

Se deja constancia que el señor juez doctor Carlos A. Mahiques, participó de la deliberación, emitió su voto y no firma la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 399 in fine del C.P.P.N.).

Por lo expuesto, el Tribunal, **RESUELVE**:

I. **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la Defensa, sin costas; **ANULAR** la decisión impugnada; y, por mayoría, **ABSOLVER** a Lourdes Silvana MARTÍNEZ HASSAN en orden al delito que fuera motivo de imputación en estas actuaciones, y en consecuencia **ORDENAR LA INMEDIATA LIBERTAD** de la nombrada, la que deberá hacerse efectiva desde los estrados del tribunal de origen, de no mediar otra causa legal de detención (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.; 18 y 26 D.A.D.D.H.; 8.2, 9 y 24 C.A.D.H.; y 14.1 y 2 y 26



P.I.D.C. y P., 3, 123, 404, 456, 471, 473, 530, 531 y concordantes C.P.P.N.).

II. Tener presente las reservas del caso federal.

Regístrate, notifíquese, comuníquese (Acordadas N° 15/13, 24/13 y 42/15, CSJN) y remítase al Tribunal de origen sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fecha de firma: 09/10/2018
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA SUBROGANTE
Firmado(ante mí) por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



#28946709#218048931#20181018092620847

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 3.061 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
AUTOR(A/S)(ES)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RÉU(É)(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RÉU(É)(S)	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RÉU(É)(S)	: ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RÉU(É)(S)	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
RÉU(É)(S)	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
RÉU(É)(S)	: ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
RÉU(É)(S)	: ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
RÉU(É)(S)	: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RÉU(É)(S)	: ESTADO DA BAHIA

ACO 3061 / DF

PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
RÉU(É)(S)	: ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
RÉU(É)(S)	: ESTADO DE ALAGOAS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS
RÉU(É)(S)	: ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
RÉU(É)(S)	: ESTADO DA PARAÍBA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
RÉU(É)(S)	: ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
RÉU(É)(S)	: ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
RÉU(É)(S)	: ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

DECISÃO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA DPU. INCOMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF.

1. Ação cível originária ajuizada pela Defensoria Pública em face da União e dos Estados-membros, objetivando a extensão, a todos os servidores civis e militares mortos no exercício da função, de indenização por morte/acidente em serviço prevista na Lei nº 11.473/2007.
2. O pedido de extensão da indenização assegurada apenas aos vitimados em ações da Força Nacional de Segurança Pública, com fundamento no princípio da isonomia, caracteriza alegação de constitucionalidade por omissão parcial da norma.
3. A Defensoria Pública, no entanto, nos termos do art. 103 da CF/1988, não tem legitimidade para instaurar processo de fiscalização normativa abstrata, ainda que sob o rótulo de Ação Cível Originária.
4. A pretensão de condenação dos entes públicos no pagamento de indenização não evidencia, de toda forma, qualquer das hipóteses de competência originária do STF, constantes do art. 102, I, da Constituição.
5. Extinção do processo sem resolução de mérito.

1. Trata-se de ação cível originária, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pela Defensoria Pública da União em face da União e de todos os Estados-membros, objetivando a extensão, a todos os servidores civis e militares mortos no exercício da função, de indenização por morte/acidente em serviço, prevista no art. 7º da Lei nº 11.473/2007:

Art. 7º O servidor civil ou militar vitimado durante as atividades de cooperação federativa de que trata esta Lei, bem como o Policial Federal, o Policial Rodoviário Federal, o Policial Civil e o Policial Militar, em ação operacional conjunta com a Força Nacional de Segurança Pública, farão jus, no caso de invalidez incapacitante para o trabalho, à indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e seus dependentes, ao mesmo valor, no caso de morte.

2. A Defensoria Pública da União sustenta que o pagamento da indenização apenas aos vitimados em ações da Força Nacional de Segurança Pública viola o princípio da isonomia. Alega que não há fundamento para discriminhar os demais servidores civis e militares mortos ou vitimados em suas funções.

3. É o relatório. Decido.

4. A tese de que o pagamento de indenização por morte ou acidente em serviço apenas aos integrantes da Força Nacional de Segurança viola o princípio da isonomia revela alegação de constitucionalidade por omissão parcial do art. 7º da Lei nº 11.473/2007. De acordo com a argumentação exposta na inicial, a lei federal excluiu indevidamente de seu âmbito de incidência as demais categorias de servidores civis e militares vitimados em serviço. No entanto, nos termos do art. 103, da CRFB/1988, a Defensoria Pública não tem legitimidade para instaurar processo de fiscalização normativa abstrata, ainda que sob

ACO 3061 / DF

o rótulo de Ação Cível Originária.

5. Veja-se, de toda forma, que a pretensão de condenação dos entes públicos no pagamento de indenização não consubstancia qualquer das hipóteses de competência originária do STF. O caso não envolve nenhuma dimensão político-federativa que fundamente a instauração da competência jurisdicional da Corte, nos termos da alínea *f*, do inciso I, do art. 102 da CF/1988. Apesar da relevância do tema, a discussão sobre a extensão de indenização a todos os servidores públicos vitimados em serviço não tem aptidão para desestabilizar o pacto federativo.

6. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF e art. 485, IV e VI do CPC/2015, **julgo extinta** a ação cível originária sem resolução de mérito. Sem custas e honorários.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 12 de dezembro de 2017.

Ministro **LUÍS ROBERTO BARROSO**
Relator

HABEAS CORPUS 139.741 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : J.M.R
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Condenação transitada em julgado. Impetração utilizada como sucedâneo de revisão criminal. Possibilidade em hipóteses excepcionais, quando líquidos e incontroversos os fatos postos à apreciação da Corte. Precedente da Segunda Turma. Cognoscibilidade do *habeas corpus*. Pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Imposição pelo Superior Tribunal de Justiça do regime semiaberto com negativa de substituição da pena privativa de liberdade. Alegada ausência de fundamentação. Procedência da alegação. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias dos requisitos necessários ao abrandamento do regime e à substituição da pena privativa por pena restritiva. Constrangimento ilegal demonstrado. Ordem concedida.

1. O acórdão que se pretende desconstituir transitou em julgado aos 16/12/16, sendo o **writ**, portanto, manejado como sucedâneo de revisão criminal (v.g. RHC nº 110.513/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 18/6/12).

2. Todavia, a Segunda Turma (RHC nº 146.327/RS, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, julgado em 27/2/18) assentou expressamente a cognoscibilidade de **habeas corpus** manejado em face de decisão já transitada em julgado, em hipóteses excepcionais, desde que líquidos e incontroversos os fatos postos à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

3. O conhecimento da impetração bem se amolda ao julgado paradigma.

4. Paciente condenada em primeiro grau pelo delito de tráfico de

drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06), que, em razão da incidência da causa especial de redução de pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos), foi apenada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime aberto, pena essa substituída por restritiva de direitos.

5. O Tribunal de Justiça local reconheceu, a partir de requisitos aferidos na sentença condenatória, que seria suficiente à reprovação da sua conduta o **quantum** de pena nos moldes em que fora estabelecida pelo juízo processante.

6. Não se vislumbra motivos que impeçam a manutenção desse entendimento, mormente se levada em conta a pena final aplicada e as circunstâncias da individualização, tal como avaliadas nas instâncias ordinárias, soberanas na análise da prova.

7. **Habeas corpus** concedido para restabelecer a sentença de primeiro grau, que fixou o regime inicial aberto, bem como substituiu a pena privativa de liberdade da paciente por restritiva de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer da ordem e a conceder para restabelecer a decisão de primeiro grau, com regime aberto de cumprimento da pena aberto e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de março de

2018. MINISTRO DIAS

TOFFOLI
Relator

HABEAS CORPUS 139.741 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : J.M.R
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Habeas corpus impetrado em favor de J.M.R

apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no REsp nº 1.416.462/MG, Relator o Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**.

Sustenta a impetrante, em síntese, que o **quantum** de pena imposta à paciente pelo delito de tráfico de drogas (2 anos e 6 meses) permitiria a fixação do regime inicial aberto (CP, art. 33, § 2º, c), bem como sua substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, I).

Entretanto, no entender da defesa, o Superior Tribunal de Justiça, à míngua de fundamentação idônea, teria reformado a sentença do juízo processante para fixar o regime semiaberto e negar a substituição da pena privativa de liberdade.

Ao ver da impetrante,

“deve ser afastado o constrangimento ilegal que vem sendo suportado pela paciente, em virtude da imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso do qual faz jus, e a vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, reestabelecendo o entendimento firmado, nestes pontos, pelo juízo de piso”.

Requer a defesa a concessão da ordem “para reformar o acórdão da respeitável Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça referente ao

regime de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos”.

Por não haver pedido de liminar a ser apreciado e por estar a impetrado devidamente instruída, foram dispensadas as informações.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República **Cláudia Sampaio Marques**, opinou pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.

HABEAS CORPUS 139.741 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Conforme relatado, volta-se a impetração contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no REsp nº 1.416.462/MG, Relator o Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**.

Narra a impetrante, na inicial, que

"[a] paciente foi condenada pela MM. Juíza da 3^a Vara de Tóxicos da comarca de Belo Horizonte – MG, com incursão nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/2006, reconhecido o privilégio do tráfico, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, com o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias multa, substituindo a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Defesa e Acusação interpuseram recurso de apelação, os quais foram apreciados pela 3^a Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais que lhe negaram provimento, mantendo a sentença da MM. Juíza em seus exatos termos.

A Acusação opôs embargos de declaração, mas estes não foram acolhidos.

A Acusação interpôs Recurso Especial com fundamento no art. 105, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, alegando suposta violação ao arts. 33, §4º, 42 e 44, todos da lei 11.343/2006 e arts. 2º, *caput*, e seu §1º, da lei 8072/1990, e, arts. 33, §3º, 44, III, e 59, *caput*, e incisos III e IV, todos do Código Penal.

Em apreciação monocrática o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca conheceu parcialmente do recurso, dando provimento parcial, a fim de alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto e afastar a substituição da pena

privativa de liberdade por restritiva de direitos, ambos justificados na quantidade e diversidade da droga apreendida.

Após interposição de agravo regimental, sem a reconsideração da decisão recorrida, a Quinta Turma da Corte Cidadã, por unanimidade, negou provimento ao agravo (...)".

Transcrevo a ementa do aresto questionado:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PENAL MAIS GRAVOSO (SEMIABERTO) E PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas

2. Em atenção ao art. 33, § 2º, alínea 'c', do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva menor que 4 anos (2 anos e 6 meses de reclusão), sendo primária a recorrente e sem antecedentes, a quantidade, a natureza e a diversidade de entorpecentes apreendidos (407,86g de maconha e 0,74g de cocaína) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como vedam a substituição da pena por restritivas de direitos, de acordo com o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

3. Agravo regimental não provido" (anexo 3).

Esse é o motivo pelo qual se insurge a impetrante.

É bem verdade que o acórdão que se pretende desconstituir transitou em julgado aos 16/12/16, sendo este **habeas corpus**, portanto, manejado como sucedâneo de revisão criminal (*v. g.* RHC nº 110.513/RJ,

Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 18/6/12).

Todavia, no julgamento do RHC nº 146.327/RS, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, esta Segunda Turma, em 27/2/18, assentou expressamente a cognoscibilidade do **habeas corpus** manejado em face de decisão já transitada em julgado, em hipóteses excepcionais, desde que líquidos e incontrovertíveis os fatos postos à apreciação da Corte.

Por entender que este caso se amolda à hipótese alhures citada, admito a impetração e reconheço, bem analisados os autos, que razão assiste à defesa quanto ao mérito.

Com efeito, consoante se infere dos documentos trazidos à colação, a paciente, ao ser condenada em primeiro grau pelo delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06), em razão da incidência da causa especial de redução de pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos), foi apenada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime aberto, pena essa substituída por restritiva de direitos.

A sentença proferida pelo juízo de primeiro grau foi mantida integralmente pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando negou provimento ao recurso de apelação da acusação. Confira-se excerto daquele julgado na parte que interessa:

“No tocante às penas fixadas na sentença, verifico que também não merecem qualquer reparo. Na **primeira fase**, foram as penas fixadas no mínimo legal – **cinco (05) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa**, não havendo, quanto a esse ponto, insurgência do Ministério Público. Na segunda fase, não foram aplicadas circunstâncias agravantes e, embora reconhecida a atenuante da confissão espontânea, corretamente não foi aplicada, em consonância com a súmula 231, do STJ. Na **terceira fase**, não incidiram causas de aumento. Presente a causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, foram as penas reduzidas de metade (1/2), fração esta que, conforme visto linhas acima, se mostra justa e adequada, tendo sido as penas concretizadas em **dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão e duzentos e cinquenta (250) dias-multa**.

Quanto ao regime prisional, requer o Ministério Público a

fixação do inicial fechado.

O pleito não pode ser acolhido.

(...)

Assim, considerando o *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada – dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão – e que o sentenciado atende aos requisitos exigidos no artigo 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, deve ser mantido o regime inicial **aberto**, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Ressalte-se que, ao contrário do sustentado pelo Ministério Público, estão presentes todos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 44, do Código Penal, para a concessão do benefício, na medida em que a pena privativa de liberdade aplicada é inferior a quatro anos, a acusada é primária (CACs f. 67, 72 e 124), o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça e as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, foram consideradas integralmente favoráveis na sentença, e, conforme dito linhas acima, não há prova de que a acusada se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Assim, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos moldes estabelecidos na sentença” (anexo 3 - grifos do autor).

Como visto, o Tribunal de Justiça local reconheceu, a partir de requisitos aferidos na sentença condenatória, que seria suficiente à reprovação da conduta da paciente o **quantum** de pena privativa de liberdade a ela aplicada (2 anos e 6 meses), a ser descontada em regime aberto, bem como sua substituição por pena restritiva de direitos.

Logo, não vislumbro motivos que impeçam a manutenção desse entendimento, mormente se levarmos em conta a pena final aplicada e as circunstâncias da individualização, tal como avaliadas nas instâncias ordinárias, soberanas na análise da prova.

Nessa conformidade **conheço do habeas corpus e concedo** a ordem para restabelecer a sentença de primeiro grau, a qual fixou o regime

inicial aberto, bem como substituiu a pena privativa de liberdade da paciente por restritiva de direitos.

É como voto.

06/03/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 139.741 DISTRITO FEDERAL

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, cumprimento, mais uma vez, o combativo Dr. Gustavo. Eu preparei o voto olhando a decisão atacada proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

De maneira extremamente competente, traz o eminente defensor que, nas instâncias ordinárias, tanto na primeira instância, quanto no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o regime aplicado havia sido aberto, com substituição de pena.

Diante dessa circunstância de precedentes desta própria Corte, eu vou - cumprimentando mais uma vez o trabalho da Defensoria - retificar meu voto, o qual havia anunciado e distribuído a Vossas Excelências, para conceder a ordem, no sentido de restabelecer o quanto decidido nas instâncias ordinárias, especificamente a primeira instância.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) -
Portanto, Vossa Excelência está deferindo a ordem?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Deferindo a ordem.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência **aplica, portanto, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e restaura** a condenação penal de primeiro grau.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Primeiro grau.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Em regime inicial aberto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Com regime inicial aberto, conforme decidido.

06/03/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 139.741 DISTRITO FEDERAL**OBSERVAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu gostaria de elogiar e mais uma vez destacar a importante atuação da Defensoria Pública da União neste Colegiado. O doutor Gustavo, sem dúvida, dá um exemplo, mas a Defensoria, como um todo, atua de maneira singular na defesa de seus pacientes. Penso que devemos fazer esse registro da importância do trabalho da Defensoria Pública que já demonstra bem a sua efetividade diante das ponderações aceitas pelo Ministro Toffoli.

Na sessão passada, discutimos a questão do cabimento do *habeas corpus*, *vis-à-vis* a revisão criminal ou a sentença transitada em julgado. E, aqui ou acolá, temos adotado uma ou outra posição. Eu ponderava exatamente isso como o Ministro Dias Toffoli. Creio que é extremamente importante, tendo em vista que a revisão criminal também não tem pressupostos, inclusive prazais, não há fixação de prazo. É claro que podemos, na revisão criminal, ter discussão sobre matéria de fato, eventualmente, mas desde que o *habeas corpus* possa cumprir essa função; portanto, possa-se satisfazer com prova pré-constituída. Acredito que seria um importante passo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Os fatos aqui são incontroversos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Os fatos são incontroversos, logo se tem condições de fazer apreciação.

Eu acho que é recomendável, do ponto de vista da eficácia do próprio instrumento. Em momento bastante difícil da vida nacional, quando se faz uma análise muito restritiva do *habeas corpus*, se a Turma pudesse de fato assentar essa orientação, parece-me que seria extremamente benfazejo. E saúdo a revisão que acaba de fazer o Ministro Dias Toffoli, avançando, portanto, para a análise de mérito.

HABEAS CORPUS 139.741 DISTRITO FEDERAL**V O T O**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu também cumprimento o Ministro Dias Toffoli pela guinada que dá, e em boa hora, no sentido de rever o voto inicialmente proposto. Tal como o fez o Ministro Gilmar, sublinho a importância da sustentação oral, sobretudo da Defensoria Pública, doutor Gustavo sempre muito atuante e trazendo questões muito candentes ao exame desta Segunda Turma. O sucesso dessa sustentação oral, de certa maneira, quebra um mito segundo o qual os magistrados já vêm com o voto pronto e são insensíveis com relação àquilo que se alega da tribuna. Bem ao contrário, o Ministro Toffoli traz um alentado voto o qual militava em sentido contrário daquilo pleiteado da tribuna.

Eu confesso a Vossa Excelência, Ministro Toffoli, que me sentia um pouco desconfortável e, com o devido respeito, sobretudo depois da sustentação oral, invocação de vários precedentes meus, ousaria até discordar de Vossa Excelência.

De toda sorte, a questão está muito bem colocada agora. Realmente temos a primeira instância, a segunda instância, especialmente a primeira instância *vis-à-vis* com a ré, com a condenada, entendendo que o regime aberto era suficiente, e a segunda instância mais próxima dos fatos, também. Depois, essa decisão, a requerimento do Ministério Público, monocraticamente - diria até burocraticamente -, reformado para impor à condenada, à ré, à ora paciente o regime semiaberto, numa situação que sabemos absolutamente calamitosa do sistema prisional brasileiro, penso que essa decisão não poderia mesmo prevalecer.

E também sensível à argumentação do Ministro Gilmar Mendes, é hora mesmo de darmos uma guinada com relação à posição anterior, no sentido de uma perspectiva mais restritiva do *habeas corpus*, entendendo que não pode ser sucedâneo de revisão criminal. Em certos casos, pode sim, principalmente sabendo da dificuldade que existe de admitirmos as

HC 139741 / DF

revisões criminais. Há um crivo muito severo tanto para as rescisórias quanto para as revisões criminais.

Nesse sentido, Ministro Toffoli, eu tomaria a liberdade de sugerir a Vossa Excelência, a partir dos argumentos do Ministro Gilmar, que talvez Vossa Excelência pudesse colocar, na ementa aqui do seu voto, caso vencedor - eu acredito que será vencedor -, que realmente houve o trânsito em julgado, mas este *HC* supera essa questão, enfim, que tradicionalmente não era superada, ou seja, conhecendo do *habeas corpus*, não obstante haja transitado em julgado a decisão.

Então, com o Relator - com os meus encômios também.

HABEAS CORPUS 139.741 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Também eu, Senhor Presidente, *acompanho, integralmente, o magnífico voto proferido pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI e reconheço a possibilidade, ainda que excepcional, de utilização do remédio de "habeas corpus" como instrumento de desconstituição, até mesmo, da autoridade da coisa julgada penal.*

Em situações como a que ora se delineia **neste processo, o remédio constitucional de "habeas corpus" assume** a natureza de verdadeira ação de caráter constitutivo-negativo, **apta a invalidar** a coisa julgada penal, **desde que, como sucede na espécie,** os fatos subjacentes à impetração **revistam-se de liquidez.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Recentemente nós discutimos aqui, graças à provocação dirigida ao belo voto trazido pelo Ministro-Relator, Ministro Lewandowski, a questão pioneira - já havia debates na doutrina - do *habeas corpus* coletivo. E nós fizemos uma viagem histórica, reconhecendo que, nos primórdios da República, especialmente - Vossa Excelência lembrava -, em 1919, usou-se o *habeas corpus* para a defesa de outros direitos, nesta perspectiva coletiva - o caso de Rui Barbosa na Bahia. E esta é a matriz do processo constitucional brasileiro, porque, a partir de 1926, faz-se a restrição, e vem, em 1934, o mandado de segurança, com todas as suas evoluções, para,

HC 139741 / DF

posteriormente, sob 1988, se juntarem aí o *habeas corpus*, o mandado de segurança coletivo e o próprio mandado de injunção. Mas a matriz do processo constitucional brasileiro - não podemos esquecer - é o *habeas corpus*. E ele, na verdade, timbrou não só o mandado de segurança, com as mesmas exigências, como também a própria representação interventiva. Não podemos olvidar que a primeira lei da representação interventiva mandava aplicar a Lei do Mandado de Segurança. Portanto, é preciso ver nessa dimensão; e acredito que estamos resgatando esse sentido - no campo penal, é claro

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência **tem** inteira razão, **eis que**, na evolução histórica de nosso sistema jurídico, **inexiste** qualquer dúvida de que o “*habeas corpus*” **tenha sido a matriz** do processo constitucional brasileiro, **pois** desse importantíssimo “*writ*” **resultaram** inúmeras outras ações de índole constitucional, **tais como** o mandado de segurança, o “*habeas data*” e o mandado de injunção, *entre outros*.

HABEAS CORPUS 139.741 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : J.M.R
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite uma pequena digressão, talvez até de natureza acadêmica? O eminente Decano utilizou primeiro a palavra substitutivo, depois a expressão alemã *ersatz*, que é muito mais rica do que uma mera palavra "substitutivo". *Ersatz* em alemão é algo que se coloca no lugar do outro, que se substitui, que faz as vezes do outro. Então, o nosso Decano, mais uma vez, trouxe para o debate uma argumentação extremamente técnica, utilizando-se de uma expressão alemã, a qual me parece muito bem colocada na espécie.

Cumprimento Sua Excelência.

HABEAS CORPUS 139.741 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Cumprimento os ilustres Ministros e, de modo especial, o eminentíssimo Ministro-Relator, que, à luz da valoração e dos fatos trazidos da tribuna, reajustou o voto para deferir a ordem, nos termos em que foi pleiteada pela Defensoria.

Entendo que a excepcionalidade, de fato e de direito, está presente e vou acompanhar o voto do eminentíssimo Ministro Dias Toffoli naquilo que reconhece a excepcionalidade da interposição do *habeas corpus*, nada obstante o cabimento da revisão criminal, sem embargos de entender - e esse aspecto não me parece ter sido esgrimido pela Defensoria, ao menos da tribuna - que, nesta hipótese, há cabimento, porque o Superior Tribunal de Justiça, ao acolher, dando provimento monocrático e, depois, negando provimento ao agravo regimental, adentrou numa seara probatória, em cujo caso entendo ser própria do Tribunal de Justiça; e neste caso, foi mesmo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O fato do Superior Tribunal de Justiça, ao invés de fazer a respectiva valoração jurídica, ter verticalizado o exame probatório - por este fato, e exclusivamente por este - , em meu modo de ver, aqui se autoriza transpor o óbice do trânsito em julgado, que é preciso ser ressaltado, não foi explicitado da tribuna, mas está reconhecido ainda que implicitamente houve trânsito, tal como constou desde o voto originário do eminentíssimo Ministro-Relator. Portanto, não se trata, em meu modo de ver, de reconhecer como um sucedâneo ordinário da revisão criminal, mas de uma circunstância extraordinária que, na minha compreensão, está presente pelo exercício verticalizado que estaria obstado ao Superior Tribunal de Justiça realizar no caso concreto.

Por essas razões, também estou conhecendo do HC e acompanhando o eminentíssimo Ministro-Relator, Ministro Dias Toffoli, tal como enunciou e anunciou o voto nesta assentada.

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 139.741**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE. (S) : J.M.R

IMPTO. (S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu da ordem e a concedeu para restabelecer a decisão de 1º grau que fixou o regime inicial aberto de cumprimento da pena, bem como a sua substituição por restritiva de direitos, nos termos do voto do Relator. Falou, pela paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público Federal. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 6.3.2018.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira
Secretária

HABEAS CORPUS 153.397 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S) : A.A.M.
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de A.A.M. , contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao AREsp 1.043.239-AgR/SP, assim ementado:

“AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA AS TELECOMUNICAÇÕES. ART. 183 DA LEI 9.472/97. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME FORMAL, DE PERIGO ABSTRATO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE. CONFISSÃO. REDUÇÃO A LIMITE INFERIOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. I - Não se aplica o princípio da insignificância à conduta descrita no art. 183 da Lei 9.472/197 ('Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação'). Isso porque o referido crime é considerado formal, de perigo abstrato, tendo como bem jurídico tutelado a segurança e o regular funcionamento dos meios de comunicação. Precedentes. II - Súmula 231/STJ: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'. Agravo regimental desprovido.”

Na denúncia é narrado que,

“[n]o dia 03 de agosto de 2009, agentes de fiscalização da ANATEL dirigiram-se ao imóvel sito na Rua Catarina Cintra, nº 15/52, Vila Nossa Senhora Aparecida, Juquitibal SP, onde constataram o funcionamento de uma estação transmissora clandestina denominada 'Rádio Educadora Sat FM', que

operava na freqüência de 97,9 Mhz. Segundo a ANATEL, a rádio operava sem a indispensável autorização” (pág. 193 do documento eletrônico 2).

O paciente foi absolvido em primeira instância, haja vista que o magistrado de primeiro grau considerou que o fato narrado não constitui infração penal, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público apelou ao Tribunal Regional Federal da 3^a Região, que deu provimento ao recurso, condenando o paciente à pena de 2 anos de detenção e 10 dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A Defensoria interpôs recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. Ao analisar o apelo, a Corte superior negou-lhe provimento, ao consignar que o princípio da insignificância não deve ser aplicado à conduta em tela, por tratar-se de crime formal.

No presente *writ*, a Defensoria Pública informa que a “Rádio Educadora FM”, operava na frequência 104,5 FM, com potência de radiodifusão sonora de 19 watts, conforme nota técnica da ANATEL. Dessa forma, a atividade de telecomunicação exercida pelo paciente pode ser considerada como serviço de radiodifusão prestado à comunidade, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.612/1998, *litteris*:

“Art. 1º Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em freqüência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.

§ 1º Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não

superior a trinta metros.”

Aduz, portanto, ser “crível defender-se a atipicidade penal da conduta do paciente, uma vez que não apresenta densidade suficiente para expor, sequer a perigo, o bem jurídico tutelado na norma penal incriminadora” (pág. 3 do documento eletrônico 1).

Ao final, requer a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja aplicado ao presente caso o princípio da insignificância.

É o relatório. Decido.

Bem examinados os autos, destaco, inicialmente, que, embora o presente *writ* tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: HC 126.791-ED/RJ, HC 126.614/SP e HC 126.808-AgR/PA, todos da relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Muito bem. Busca-se, neste *habeas corpus*, o reconhecimento da atipicidade da conduta praticada pelo paciente, em virtude da aplicação do princípio da insignificância.

A pretensão merece acolhida.

Como é cediço, o Direito Penal deve ocupar-se apenas de lesões relevantes aos bens jurídicos que lhes são caros, devendo atuar sempre como última medida na prevenção e repressão de delitos, ou seja, de forma subsidiária a outros instrumentos repressivos. Isso significa que o bem jurídico deve receber a tutela da norma penal somente quando os demais ramos do Direito não forem suficientes para punir e reprimir determinada conduta.

Conforme magistério de Nucci (2010, p. 48),

“[o] direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual. O mais deve ser resolvido pelos outros ramos do direito, através de indenizações civis ou punições administrativas”¹.

No julgamento do HC 84.412/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, esta Suprema Corte passou a adotar critérios objetivos para a aplicação do princípio da insignificância. Com efeito, devem estar presentes, concomitantemente, os seguintes vetores: (i) mínima ofensividade da conduta; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Pois bem, na espécie vertente, vislumbro a presença de todos os requisitos acima mencionados, de modo que a aplicação do princípio da insignificância é medida que se impõe.

Isso porque, conforme documentado nos autos, a rádio comunitária com potência de radiodifusão sonora de 19 watts é considerada de baixa potência pela legislação de regência.

Nesta senda, considerando que o bem jurídico tutelado pela norma – a segurança dos meios de telecomunicações - permaneceu incólume, não tendo sofrido, portanto, qualquer espécie de lesão, ou ameaça de lesão que mereça a intervenção do Direito Penal, não há como reconhecer a tipicidade material da conduta ante a incidência, na hipótese, do princípio da insignificância.

1 Nucci, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

Logo, atento às peculiaridades do caso sob exame, entendo, ante a irrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, que a matéria não deve ser resolvida na esfera penal, mas nas instâncias administrativas.

No sentido do que aqui exposto, cito as ementas dos seguintes julgados desta Segunda Turma:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. WRIT SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITOS PRESENTES NA ESPÉCIE: IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA PRATICADA PELO PACIENTE. MATÉRIA QUE DEVERÁ SER RESOLVIDA NAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. ORDEM CONCEDIDA.

I - Embora o presente *habeas corpus* tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento.

II - A Suprema Corte passou a adotar critérios objetivos de análise para a aplicação do princípio da insignificância. Com efeito, devem estar presentes, concomitantemente, os seguintes vetores: (i) mínima ofensividade da conduta; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

III - Ante a irrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, a matéria não deve ser resolvida na esfera penal e sim nas instâncias administrativas.

IV – Ordem concedida” (HC 138.134/BA, de minha relatoria).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. IMPUTAÇÃO AO PACIENTE DA

PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/1997. BEM JURÍDICO TUTELADO. LESÃO. INEXPRESSIVIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRESENÇA. APURAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. I - A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica. II – Critérios que se fazem presentes, excepcionalmente, na espécie, levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela. III – Rádio comunitária que era operada no KM 180 da BR 230 (Rodovia Transamazônica), comunidade de Santo Antônio do Matupi, Município de Manicoré/AM, distante, aproximadamente, 332 km de Manaus/AM, o que demonstra ser remota a possibilidade de que pudesse causar algum prejuízo para outros meios de comunicação. IV – Segundo a decisão que rejeitou a denúncia, o transmissor utilizado pela emissora operava com potência de 20 watts e o funcionamento de tal transmissor não tinha aptidão para causar problemas ou interferências prejudiciais em serviços de emergência. V – Recurso provido, sem prejuízo da possível apuração dos fatos atribuídos ao paciente na esfera administrativa” (RHC 118.014/AM, de minha relatoria).

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. ART. 183 DA LEI N. 9.472/1997. PRESENÇA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. RECURSO PROVIDO. 1. A conduta dos Recorrentes não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade, sendo irrelevantes as consequências do fato. Esse fato não tem importância na seara penal, pois incide na espécie, o princípio da insignificância, que

reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado. 2. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. Precedentes. 3. Recurso provido" (RHC 119.123/MG, Rel. Min. Cármel Lúcia).

Isso posto, concedo a ordem de *habeas corpus* para absolver o paciente em face da aplicação do princípio da insignificância (art. 192 do RISTF).

Comunique-se.

Publique-se.

Brasília, 17 de agosto de 2018.

Ministro Ricardo Lewandowski
Relator

19/11/2018

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 153.397 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
AGTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO.(A/S)	: A.A.M.
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AGDO.(A/S)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. RÁDIO COMUNITÁRIA. CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITOS PRESENTES NA ESPÉCIE: IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA PRATICADA PELO PACIENTE. MATÉRIA QUE DEVERÁ SER RESOLVIDA NAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - Esta Suprema Corte passou a adotar critérios objetivos de análise para a aplicação do princípio da insignificância. Com efeito, devem estar presentes, concomitantemente, os seguintes vetores: (i) mínima ofensividade da conduta; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

II - Ante a irrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, a matéria não deve ser resolvida na esfera penal e sim, nas instâncias administrativas.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

A C Ó R D Ã O

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão

HC 153397 AGR / SP

virtual da Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de novembro de 2018.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

19/11/2018

SEGUNDA TURMA**AG.REG. NO HABEAS CORPUS 153.397 SÃO PAULO**

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
AGTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO.(A/S)	: A.A.M.
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AGDO.(A/S)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA

R E L AT Ó R I O

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida nestes autos, no qual o *Parquet* alega, em síntese, a impossibilidade de aplicar o princípio da insignificância à prática de atividade clandestina de telecomunicação – rádio comunitária.

É o relatório.

19/11/2018

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 153.397 SÃO PAULO

V O T O

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem reexaminados os autos, tenho que a decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois seus fundamentos harmonizam-se com o entendimento já manifestado pela maioria dos Ministros integrantes deste Colegiado da Segunda Turma quanto à matéria em questão. Ademais, o agravante não aduz elementos capazes de afastar as razões decisórias.

Na espécie, reafirmo, o caso é de concessão da ordem de *habeas corpus*, nos termos em que consignei na decisão agravada:

“[...]

Na denúncia é narrado que,

‘[n]o dia 03 de agosto de 2009, agentes de fiscalização da ANATEL dirigiram-se ao imóvel sito na Rua Catarina Cintra, nº 15/52, Vila Nossa Senhora Aparecida, JuquitibalSP, onde constataram o funcionamento de uma estação transmissora clandestina denominada 'Rádio Educadora Sat FM', que operava na freqüência de 97,9 Mhz. Segundo a ANATEL, a rádio operava sem a indispensável autorização’ (pág. 193 do documento eletrônico 2).

O paciente foi absolvido em primeira instância, haja vista que o magistrado de primeiro grau considerou que o fato narrado não constitui infração penal, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público apelou ao Tribunal Regional Federal da 3^a Região, que deu provimento ao recurso, condenando o paciente à pena de 2 anos de detenção e 10 dias multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por

restritivas de direitos.

A Defensoria interpôs recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. Ao analisar o apelo, a Corte superior negou-lhe provimento, ao consignar que o princípio da insignificância não deve ser aplicado à conduta em tela, por tratar-se de crime formal.

No presente *writ*, a Defensoria Pública informa que a “Rádio Educadora FM”, operava na frequência 104,5 FM, com potência de radiodifusão sonora de 19 watts, conforme nota técnica da ANATEL. Dessa forma, a atividade de telecomunicação exercida pelo paciente pode ser considerada como serviço de radiodifusão prestado à comunidade, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.612/1998, *litteris*:

‘Art. 1º Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em freqüência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.

§ 1º Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros.’

Aduz, portanto, ser “crível defender-se a atipicidade penal da conduta do paciente, uma vez que não apresenta densidade suficiente para expor, sequer a perigo, o bem jurídico tutelado na norma penal incriminadora” (pág. 3 do documento eletrônico 1).

Ao final, requer a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja aplicado ao presente caso o princípio da insignificância.

É o relatório. Decido.

Bem examinados os autos, destaco, inicialmente, que, embora o presente *writ* tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao

seu conhecimento. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: HC 126.791-ED/RJ, HC 126.614/SP e HC 126.808-AgR/PA, todos da relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Muito bem. Busca-se, neste *habeas corpus*, o reconhecimento da atipicidade da conduta praticada pelo paciente, em virtude da aplicação do princípio da insignificância.

A pretensão merece acolhida.

Como é cediço, o Direito Penal deve ocupar-se apenas de lesões relevantes aos bens jurídicos que lhes são caros, devendo atuar sempre como última medida na prevenção e repressão de delitos, ou seja, de forma subsidiária a outros instrumentos repressivos. Isso significa que o bem jurídico deve receber a tutela da norma penal somente quando os demais ramos do Direito não forem suficientes para punir e reprimir determinada conduta.

Conforme magistério de Nucci (2010, p. 48),

'[o] direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual. O mais deve ser resolvido pelos outros ramos do direito, através de indenizações civis ou punições administrativas'¹.

No julgamento do HC 84.412/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, esta Suprema Corte passou a adotar critérios objetivos para a aplicação do princípio da insignificância. Com efeito, devem estar presentes, concomitantemente, os seguintes vetores: (i) mínima ofensividade da conduta; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Pois bem, na espécie vertente, vislumbro a presença de

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

todos os requisitos acima mencionados, de modo que a aplicação do princípio da insignificância é medida que se impõe.

Isso porque, conforme documentado nos autos, a rádio comunitária com potência de radiodifusão sonora de 19 watts é considerada de baixa potência pela legislação de regência.

Nesta senda, considerando que o bem jurídico tutelado pela norma – a segurança dos meios de telecomunicações - permaneceu incólume, não tendo sofrido, portanto, qualquer espécie de lesão, ou ameaça de lesão que mereça a intervenção do Direito Penal, não há como reconhecer a tipicidade material da conduta ante a incidência, na hipótese, do princípio da insignificância.

Logo, atento às peculiaridades do caso sob exame, entendo, ante a irrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, que a matéria não deve ser resolvida na esfera penal, mas nas instâncias administrativas.

No sentido do que aqui exposto, cito as ementas dos seguintes julgados desta Segunda Turma:

'HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. WRIT SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITOS PRESENTES NA ESPÉCIE: IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA PRATICADA PELO PACIENTE. MATÉRIA QUE DEVERÁ SER RESOLVIDA NAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. ORDEM CONCEDIDA.'

I - Embora o presente *habeas corpus* tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento.

II - A Suprema Corte passou a adotar critérios objetivos de análise para a aplicação do princípio da

insignificância. Com efeito, devem estar presentes, concomitantemente, os seguintes vetores: (i) mínima ofensividade da conduta; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

III - Ante a irrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, a matéria não deve ser resolvida na esfera penal e sim nas instâncias administrativas.

IV – Ordem concedida' (HC 138.134/BA, de minha relatoria).

'RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. IMPUTAÇÃO AO PACIENTE DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/1997. BEM JURÍDICO TUTELADO. LESÃO. INEXPRESSIVIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRESENÇA. APURAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. I - A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica. II – Critérios que se fazem presentes, excepcionalmente, na espécie, levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela. III – Rádio comunitária que era operada no KM 180 da BR 230 (Rodovia Transamazônica), comunidade de Santo Antônio do Matupi, Município de Manicoré/AM, distante, aproximadamente, 332 km de Manaus/AM, o que demonstra ser remota a possibilidade de que pudesse causar algum prejuízo para outros meios de comunicação. IV – Segundo a decisão que rejeitou a denúncia, o transmissor utilizado pela emissora operava

com potência de 20 watts e o funcionamento de tal transmissor não tinha aptidão para causar problemas ou interferências prejudiciais em serviços de emergência. V – Recurso provido, sem prejuízo da possível apuração dos fatos atribuídos ao paciente na esfera administrativa' (RHC 118.014/AM, de minha relatoria).

'RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. ART. 183 DA LEI N. 9.472/1997. PRESENÇA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. RECURSO PROVIDO. 1. A conduta dos Recorrentes não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade, sendo irrelevantes as consequências do fato. Esse fato não tem importância na seara penal, pois incide na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado. 2. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. Precedentes. 3. Recurso provido' (RHC 119.123/MG, Rel. Min. Carmen Lúcia).

Isso posto, concedo a ordem de *habeas corpus* para absolver o paciente em face da aplicação do princípio da insignificância (art. 192 do RISTF)."

Na espécie, destaco mais uma vez que, conforme documentado nos autos, a atividade de telecomunicação era exercida com emprego de potência de radiodifusão sonora de 19 watts, considerada baixa pela legislação de regência, caracterizando-a como rádio comunitária.

Assim, nos termos da jurisprudência já colacionada na decisão

agravada, é possível caracterizar tal conduta como insignificante.

Isso posto, nego provimento ao presente agravo regimental para manter hígida a decisão por mim proferida nestes autos.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 153.397

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE. (S) : A.A.M.

ADV. (A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AGDO. (A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA

ADV. (A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 9.11.2018 a 16.11.2018.

Composição: Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármem Lúcia e Edson Fachin.

Marcelo Pimentel
Secretário

Corte Suprema acoge recurso de amparo, revoca decisión de CA de no aplicar sustitución de pena en caso de homicidio simple. (CS 01.08.2018 rol 16957-2018)

Norma asociada: CPR ART. 21; L. 18.216; L. 20.603.

Tema: Acción, Recursos, Garantías Constitucionales, Enfoque de género; Ley de medidas alternativas a la privación de libertad.

Descriptores: Criterios de determinación naturaleza la pena, Derechos de la mujer, Excepcionalidad privación de libertad, Finalidad de las sanciones, Fines de la pena, Homicidio simple, Penas privativas de libertad, penas restrictivas de libertad, Recurso de amparo, Recurso de apelación.

SINTESIS. En el caso en el cual se enmarca esta sentencia de la Corte Suprema, refiere a la condena que tuvo una mujer por homicidio simple, perpetrado en contra de un sujeto, y enmarcado en un contexto de violencia contra la indemnidad sexual de la mujer. En dicha condena no le fueron concedidas las penas sustitutivas a la privación de libertad de la ley 18.216 toda vez que esta excluye de su ámbito de aplicación este delito. La defensa concurre al Tribunal Constitucional, el que en sentencia rol 4048-2017 declaró inaplicable dicho inciso de la ley 18.216, haciendo procedente la sustitución de pena en este caso. La defensa entonces recurre de Apelación contra la sentencia que no aplicó la pena sustitutiva.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso declaró inadmisible demanda, por lo que la defensa recurre de Amparo. El recurso fue deducido contra la sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso la que lo declaró inadmisible en base al artículo 66 del COT: “cada sala representa a la Corte en los asuntos de que conoce”. En apelación de este, la Corte Suprema lo declara admisible en causa rol 16407-2018, debiendo conocer una sala no inhabilitada de la Corte de Apelaciones del fondo del recurso de Amparo. En dicho fallo la CA de Valparaíso decide no sustituir la pena de la amparada.

La Corte Suprema, entonces, en apelación de dicho fallo, es que decide acoger los fundamentos de la defensa, toda vez que: En primer lugar “la pena no es sino la obligación de satisfacer una condena penal y es en esa perspectiva que se entiende que la Ley N°20.603 establezca la procedencia general del abono del tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva en casos de revocación.” En segundo orden, hace suyos los argumentos del TC en atención al fin resocializador de la Ley 18.216. En tercer lugar establece que la “Ley N° 20.603 contempla dos tipos de requisitos que han de ser satisfechos si se dispone el cumplimiento de una sentencia por alguna de las penas reseñadas en el artículo 1º de la Ley N° 18.216: por un lado, un requisito objetivo, que viene dado por la sanción penal impuesta; y por el otro, las exigencias subjetivas que en el caso de la libertad vigilada intensiva se encuentran referidas en el numeral 2º del artículo 15 y que están vinculadas a la existencia de antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito.” Estas consideraciones se satisfacen a juicio de la Corte en este caso, revocando por ello la decisión de la CA de Valparaíso y estableciendo que “se acoge el recurso de amparo deducido en favor de Génesis Constanza Cerda Santibáñez y, en consecuencia, se dispone que, reuniéndose a su respecto los requisitos..., se le sustituye el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por la pena de libertad vigilada intensiva por igual término que 2 el de la condena que le fue impuesta”

TEXTO COMPLETO

Santiago, uno de agosto de dos mil dieciocho.

Vistos

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos segundo a sexto, que se eliminan.

Y se tiene, en su lugar y además, presente:

1º Que por Ley N° 20.603, publicada el 27 de junio de 2012 en el Diario Oficial, el legislador penal modificó la Ley N° 18.216, que hasta esa época regulaba las denominadas “medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, cambio que tuvo como eje el comprender a tales medidas ya no como un beneficio, sino desde una dimensión lesiva, es decir, desde una modalidad de castigo sustitutivo de las penas privativas o restrictivas de libertad.

La modificación en cuestión permite distinguir adecuadamente entre el cumplimiento de la pena y el cumplimiento de la condena, estando el primer concepto vinculado “a un determinado y concreto régimen de restricción de derechos, mientras que el segundo se concentra más bien en el continente de dicho efecto, esto es, en la obligación que recae sobre el condenado de satisfacer una determinada restricción de derechos” (Maldonado Fuentes, Francisco. Efectos del Cumplimiento de la Condena Precedente en el Acceso al Régimen de Penas Sustitutivas Previstas en la Ley 18.216: consideraciones sobre el estatuto aplicable a la reiteración delictiva, al margen de la agravante de reincidencia”. RDUCN [online]. 2015, vol.22, n.2 [citado 2018-07-31], pp.243-277), y ello es así desde que la comisión de un delito impone la obligación de responder conforme a derecho, siendo uno de ello la restricción de la libertad personal.

En consecuencia, la pena no es sino la obligación de satisfacer una condena penal y es en esa perspectiva que se entiende que la Ley N°20.603 establezca la procedencia general del abono del tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva en casos de revocación.

2º Que el Tribunal Constitucional, conociendo del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 1º, inciso segundo de la Ley N° 18.216, formulado por la defensa de la amparada Cerda Santibáñez (Causa Rol N°4048-17), sostuvo –en fallo de mayoría- que dicha norma resulta contraria a la Constitución Política de la República pues cuando una sentencia importa “privación o restricción de derechos personales o de bienes protegidos por la norma jurídica, la acción punitiva del Estado no debe propender a infligir el mal por sí mismo o el mero sufrimiento de aquel miembro de la sociedad que infringió la ley. Por consiguiente, la opción de privar de libertad al ser humano debe adoptarse sólo si es estrictamente necesario y respecto de la conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia” y agregan “Lo anterior permite entender por qué el legislador no puede prescindir, al establecer las reglas de punición de delitos, de la finalidad de reinserción social de los condenados, lo que implica el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección de las víctimas (motivo sexto).

Plantean además los jueces constitucionales, en el fundamento séptimo, que “la aplicación de las penas sustitutivas de aquellas privativas de libertad no es sinónimo de impuni-

dad. De hecho, éstas tienen el carácter de pena y operan con una intensidad importante, como ocurre, por ejemplo, con la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva. Las penas alternativas tienen el carácter de penas en cuanto restringen, en mayor o menor medida, la libertad personal y tienen por objetivo el control de las personas condenadas, su reinserción social y no reincidencia. No se trata de un “beneficio” otorgado al condenado, sino una sanción”.

Por lo anterior es que concluyen que la disposición que restringe la aplicación de libertad resulta desproporcionada e inequitativa respecto de las personas condenadas e incluso por delitos de mayor gravedad; además de inidónea para cumplir los fines de reinserción social y protección de la víctima que sufre la pena.

3º Que la Ley N° 20.603 contempla con lo que se ha venido reseñando, desde que reformula los objetivos perseguidos por la Ley N° 18.216, y lo hace en la medida que establece un control efectivo del cumplimiento de la pena sustitutiva; favorece la reinserción social de los condenados; insta por el uso racional de la privación de libertad; y finalmente mejora la protección de las víctimas.

A fin de lograr dichos objetivos el legislador impuso una serie de restricciones de acceso a las penas sustitutivas, siendo dos las principales, a saber, el marco punitivo y la existencia de aspectos subjetivos vinculados a la reinserción.

Lo anterior resulta lógico en la perspectiva de que las penas sustitutivas importan anticipar una ambiente de sociabilidad favorable respecto del que ha sido condenado.

4º Que la acción de amparo, ya desde la Constitución de 1833, constituye una vía mediante la cual “Todo individuo que se hallare preso o detenido ilegalmente”, en palabras del constituyente de la época, puede recurrir a la magistratura a fin de que adopte ésta las medidas necesarias a fin de que se guarden las formalidades legales y adopten de inmediato las providencias que juzgue necesarias para re establecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Mandata, la segunda parte del inciso segundo del artículo 21 de la Constitución Política de la República, que instruida –la magistratura- “decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales”.

5º Que en el caso de autos, el mandato constitucional impone a esta Corte Suprema analizar, en este caso en concreto, si la privación de libertad que sufre la amparada, derivada de la resolución que denegó la imposición de una pena sustitutiva, de aquellas regladas en la Ley N° 18.216, se ajusta a la legalidad vigente.

En este contexto cabe dejar asentado que la Corte de Apelaciones de Valparaíso, al tiempo de emitir el pronunciamiento que le fue requerido, excluyó todos los fundamentos expuestos por el tribunal de primer grado y expuso, en lo pertinente, que “sin que se conceda ninguna pena sustitutiva y, en especial, la libertad vigilada intensiva que la defensa reclama, teniendo para ello presente que el informe social acompañado por la defensa no resulta suficiente para concluir que una atención en libertad permita la efectiva reinserción de la sentenciada, considerando las circunstancias de hecho, en cuanto a su naturaleza y modalidades, que incluyeron consumo excesivo de alcohol y uso de drogas ilícitas, de manera voluntaria por la acusada, además de una extrema violencia en su reacción, que incluye una doble agresión primero con un cuchillo y luego con una botella, de manera

que parece necesario que cumpla de manera efectiva la pena impuesta". 4

El razonamiento referido en el párrafo precedente da cuenta que los señores Ministros y el abogado integrante centran su fundamentación en dos aspectos: el primero, dice relación con el hecho que el informe social acompañado por la defensa resulta insuficiente para estimar que una atención en libertad le permita una efectiva reinserción, y el segundo, el modo de comisión del delito.

Lo cierto es que el sistema creado por la Ley N° 20.603 contempla dos tipos de requisitos que han de ser satisfechos si se dispone el cumplimiento de una sentencia por alguna de las penas reseñadas en el artículo 1º de la Ley N° 18.216: por un lado, un requisito objetivo, que viene dado por la sanción penal impuesta; y por el otro, las exigencias subjetivas que en el caso de la libertad vigilada intensiva se encuentran referidas en el numeral 2º del artículo 15 y que están vinculadas a la existencia de antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito.

En el caso de autos no hay discusión acerca de que concurre el elemento objetivo. Cabe entonces verificar si la exigencia subjetiva concurría y concurre. El informe social acompañado por la defensa de la amparada, desestimado sin mayores argumentos, da cuenta que ésta es una mujer de 20 años; chilena; con educación media incompleta, dado que abandona el colegio producto de un embarazo; madre de una niña de 4 años, la que vive con su madre, abuela materna, además de su tía y hermano; consumidora de drogas en alto nivel y con un ingreso familiar ascendente a \$553.000 mensuales.

Son estos antecedentes los que han de ser analizados y ponderados, no a la luz de la particularidad que pueda importar el modo de comisión del delito, sino que ha de hacerse conforme al objetivo que establece la ley, y que en el caso de la Ley N° 18.216, en sus artículos 1, 14 y 15 bis, no es otro que el instar por la reinserción social y el uso racional de la privación de libertad.

6º Que todo lo que se ha venido razonando, demuestra claramente que en la especie ha existido una manifiesta afectación de la libertad personal de la amparada desde que se le ha impuesto el cumplimiento efectivo de la sanción penal en base a una resolución que es carente de toda fundamentación, de hecho y de derecho, que la justifique a la luz de las exigencias impuestas por la Ley N° 18.216, lo que constituye mérito suficiente para acoger la acción constitucional intentada en estos antecedentes.

Por estas consideraciones y de conformidad a lo previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y disposiciones legales citadas, **se revoca** la sentencia apelada de dieciseis de julio de dos mil dieciocho, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y, en su lugar, se decide que **se acoge** el recurso de amparo deducido en favor de G. C. C. S. y, en consecuencia, se dispone que, reuniéndose a su respecto los requisitos del artículo 15 bis de la Ley N° 18.216, se le sustituye el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por la pena de libertad vigilada intensiva por igual término que el de la condena que le fue impuesta en causa RUC N° 1601192234, RIT N° 38-2017, seguidos ante el Tribunal en lo Penal de Los Andes.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Valderrama y la Abogada Integrante señora Gajardo, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada, atendiendo el mérito de sus propios fundamentos.

Comuníquese por la vía más rápida. Devuélvase, previo registro.

Rol N° 16.957-2018

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Manuel Valderrama R., Jorge Dahm O., y las Abogadas Integrantes Sras. Leonor Etcheberry C., y María Cristina Gajardo H. No firma el Ministro Sr. Dahm y la Abogada Integrante Sra. Gajardo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

HUGO ENRIQUE DOLMESTCH URRA

MINISTRO

Fecha: 01/08/2018 12:59:46

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA REBOLLEDO

MINISTRO

Fecha: 01/08/2018 12:42:30

ROSA MARIA LEONOR ETCHEBERRY COURT

ABOGADO INTEGRANTE Fecha: 01/08/2018 12:42:31

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

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que los jueces del fondo condenaron en base a pruebas obtenidas en un control de identidad ilícito. Denuncia anónima donde se indique vestimentas y corte de pelo no constituye indicio para CI del art. 85. (CS 27.08.2018 rol 15302-2018)

Norma: CPR ART. 19 N° 3, CPR ART. 19 N° 4, CPR ART. 19 N° 7; CPP ART. 373 a, CPP ART.83, CPP ART.84, CPP ART.85; L20000 ART 50, L20000 ART 1.

Tema: Principios y garantías del sistema procesal en el CPP; Prueba; Recursos; Etapa de investigación.

Descriptores: Control de identidad; Derechos fundamentales; Debido proceso; Prueba ilícita; Recurso de nulidad; Medidas intrusivas.

SINTESIS. La Corte Suprema acoge recurso nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que la sentencia condenatoria por porte ilegal de sustancias psicotrópicas en pequeñas cantidades para su consumo personal y próximo en el tiempo fue dictada en conformidad a pruebas derivadas de un control de identidad en infracción de garantías constitucionales referidas al debido proceso. Las circunstancias fácticas que motivan la sentencia de la Corte fueron las siguientes: policías especiales de la SIP, de civil y en un auto no identificable, recibieron un llamado de CENCO que les avisaba, que en una intersección de calles, había una pareja de jóvenes vendiendo droga a escolares del sector, detallándoles que uno vestía de gris con chaqueta azul y usaba el pelo tipo melena, en tanto el otro joven, usaba un pantalón de buzo del Colo-Colo.

En criterio de la Corte: “atendido que la denunciante no fue individualizada y, dado que el tribunal tuvo por cierta la existencia de la misma, cabe más bien reparar que, primero, en esa alerta no se indican, además del tipo de corte de pelo de uno de los individuos y sus vestimentas, ninguna otra característica del mismo, tal como, su edad, contextura, color del pelo u otros elementos que permitan identificar a los denunciados por los policías, omisiones que debieron ser salvadas por los funcionarios al constituirse en las inmediaciones del lugar señalado..., pues de otra forma importaría aceptar -lo que no resulta posible- que esa denuncia constituía un indicio de que, todo aquél que usara el pelo como melena y que transitaba por, o estaba próximo a la intersección de calles ...vistiendo de gris con azul o pantalón de buzo de Colo-Colo, en momentos posteriores a la denuncia, estaba expuesto a ser sometido a un control de identidad, con la consiguiente restricción a su libertad personal y afectación de su privacidad ante el registro.”

(Considerando 5º)

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintisiete de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS:

El Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RIT N°21-2018, RUC 1600874269-7, por sentencia de veinte de junio del año dos mil dieciocho, en

procedimiento ordinario condenó a C. E. C. O. a pagar una multa de un tercio de una unidad tributaria mensual, sin costas, por el delito falta de porte ilegal de sustancias estupefacientes o sicotrópicas en pequeñas cantidades para su consumo personal y próximo en el tiempo, del artículo 50 en relación con el artículo 1º de la Ley 20.000, que perpetrara en calidad de autor, el 14 de septiembre de 2016, en las calles Beta Centauro con Procyon, de la Comuna de Pudahuel, pena que se le tiene por cumplida con el mayor tiempo que estuvo privado de su libertad en esta misma causa.

La defensa del acusado C. E. C. O. dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento, el siete de agosto del año en curso, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso invoca la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 5º inciso 2º y 19 números 3, 4 y 7 de la Constitución Política de la Republica; artículo 11 Nº2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); 17 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y artículos 83, 85, 181, 227, 295 y 297 del Código Procesal Penal.

Afirma que en este caso el control de identidad y posterior registro de vestimentas del imputado fue realizado con infracción de garantías fundamentales, y fuera de los límites señalados por el artículo 85 del Código Procesal Penal, pues el actuar de los funcionarios policiales, se valió de un único indicio, consistente en una denuncia anónima, que señalaba que unos sujetos se encontraban vendiendo droga a escolares del sector. Por ese motivo los funcionarios policiales concurrieron al lugar, divisando a dos sujetos, a quienes, sin verificar la situación expuesta en la denuncia, les realizaron un control de identidad, luego de lo cual registraron e incautaron droga a C. E. C. O. Señala que la denuncia anónima debió haber sido corroborada por los funcionarios policiales, pero nada de eso ocurrió, pues carabineros al llegar al lugar no observó la supuesta venta de droga a escolares del sector, sino al acusado caminando lentamente. Lo anterior, lesionó la garantía constitucional de la igualdad ante la Ley, pues el imputado fue sujeto a un control de identidad en ausencia de los necesarios "*indicios habilitantes*" de los cuales hablaba el Código Procesal Penal antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.931, que modificó el Código Procesal Penal.

De igual modo postula que se ha conculado el derecho a un procedimiento racional y justo, consagrado en el inciso sexto del numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental. En efecto, dentro de esta definición se enmarcan las normas establecidas en la Ley para que el actuar de las policías respete el marco legal que resguarda las garantías constitucionales. Indica que, en la tarea de obtención de las pruebas, se deben observar ciertos límites, que revisten el carácter de garantías, lo que se encuentra refrendado por los artículos 295 y 297 del Código Procesal Penal, que, si bien consagran la libertad de prueba y de valoración, operan sobre el marco de la legalidad, por lo que solo los elementos probatorios obtenidos conforme a la Ley y con respeto absoluto a las normas jurídicas, deben admitirse y valorarse en el proceso.

Agrega que la vulneración de la libertad ambulatoria, se produjo por infracción manifiesta a los artículos 19 N° 7 letras b) y c) de la Constitución Política de la República, 7º números 2 y 3 de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de san José de Costa Rica) y 9º número 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que con posterioridad a la realización del control de identidad fuera de la Ley, se vulneró la libertad ambulatoria del acusado, quien sin causa fundada, fue privado de su libertad.

En síntesis, el libelo de nulidad señala que las infracciones denunciadas se habrían producido porque la fiscalización del acusado y la recolección de la evidencia incriminatoria fueron ejecutadas fuera del ámbito de las atribuciones de la policía que intervino, al arrogarse facultades que no tenía.

Al concluir solicita que se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por un tribunal no inhabilitado al efecto, excluyéndose del auto de apertura la prueba que indica.

SEGUNDO: Que de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, la recurrente rindió prueba de audio en la audiencia celebrada ante esta Corte, consistente en la reproducción de diversos pasajes de los testimonios prestados por los policías que acudieron al procedimiento, Rodrigo Pino Lagos, sargento 1º de Carabineros de la 55º Comisaría de Pudahuel y Ricardo Irríbarra Arriagada, sargento 2º de Carabineros de la 55º Comisaría de Pudahuel, quienes se refirieron al contenido de la denuncia anónima y a lo observado al momento de constituirse en el lugar.

TERCERO: Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada tuvo por acreditado “Que el día 14 de septiembre de 2016, alrededor de las 09:30 horas, C. E. C. O., al ser fiscalizado legalmente por Carabineros en virtud de las facultades autónomas que le confiere el artículo 85 del Código Procesal Penal sobre actuación en flagrancia, atendidos los auxilios en este caso de CENCO y las caracterizaciones que esta hiciera correctamente de este acusado, de su físico y vestimentas, el mismo fue sorprendido en la vía pública portando en total 21,3 gramos de cocaína pasta base para su consumo personal y próximo en el tiempo de acuerdo al delito falta descrito en el artículo 50 de la Ley N° 20.000”.

Estos hechos fueron calificados como la falta de porte ilegal de sustancias estupefacientes o sicotrópicas en pequeñas cantidades para consumo personal y próximo en el tiempo, previsto en el artículo 50 en relación con el artículo 1º de la Ley 20.000.

En cuanto a los puntos abordados en el recurso, el fallo señaló que los funcionarios Pino Lagos e Irríbarra Arriagada expusieron que el 14 de septiembre del año 2016, cuando se desempeñaban como policías especiales de la SIP, de civil y en un auto no identificable, recibieron un llamado de CENCO que les avisaba, que en la intersección de las calles Procyon con Beta Centauro, había una pareja de jóvenes vendiendo droga a escolares del sector, detallándoles que uno vestía de gris con chaqueta azul y usaba el pelo tipo melena, en tanto el otro joven, usaba un pantalón de buzo del Colo-Colo.

En virtud de lo anterior, para efectos de verificar si en la especie los funcionarios policiales

se encontraban habilitados para realizar la diligencia de control de identidad, cuestionada por la defensa, los sentenciadores consideraron tanto la denuncia efectuada por CENCO que indicaba que dos personas, en la intersección de las calle Procyon con Beta Centauro hacían entrega de drogas a escolares del sector, como la verificación de las vestimentas y características personales de los denunciados, quienes se encontraban en las inmediaciones del lugar previamente mencionado.

Lo anterior fue estimado por el Tribunal concordante con el artículo 85 del Código Procesal Penal, en cuanto el control de identidad exigía, hasta antes de la reforma de la Ley N°20.931, que para su práctica se estuviere frente a casos fundados en los que hubiera indicios de que la persona hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, que se dispusiere a cometerlo, que pudiere entregar información útil para su investigación, entre otros casos, por lo tanto se exigía a los funcionarios policiales como supuesto fáctico contar con indicios para proceder, estimados suficientes en su contenido y ser más de uno como exigencia plural, lo que en concepto del tribunal aconteció en la especie.

CUARTO: Que útil resulta recordar que los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 -que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia- así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

Que las disposiciones recién expuestas establecen que la regla general de la actuación de la policía es operar bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, que incluso ha precisado un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive restricción de derechos.

QUINTO: Que, al sostenerse en el recurso que en el caso de marras no se observa la pluralidad de indicios que el artículo 85 del Código Procesal Penal demanda para autorizar a las policías para controlar la identidad de una persona, cabe entonces abocarse a ese examen a la luz de los hechos fijados y lo razonado en la sentencia impugnada.

En primer término, el fallo considera como indicio, según depusieron en el juicio los funcionarios de la SIP de la 55º Comisaría de Pudahuel, Rodrigo Pino Lagos e Ricardo

Irribarra Arriagada, la llamada de CENCO alertándolos que se había efectuado una denuncia anónima que daba cuenta que en la intersección de las calles Procyon con Beta Centauro, una pareja de jóvenes se encontraba vendiendo droga a escolares del sector, uno de los cuales vestía de gris con chaqueta azul y usaba el pelo tipo melena, en tanto el otro, llevaba un pantalón de buzo del Colo-Colo.

Sin perjuicio de lo plausible de los cuestionamientos del recurso a la existencia de dicha denuncia anónima, atendido que la denunciante no fue individualizada y, dado que el tribunal tuvo por cierta la existencia de la misma, cabe más bien reparar que, primero, en esa alerta no se indican, además del tipo de corte de pelo de uno de los individuos y sus vestimentas, ninguna otra característica del mismo, tal como, su edad, contextura, color del pelo u otros elementos que permitan identificar a los denunciados por los policías, omisiones que debieron ser salvadas por los funcionarios al constituirse en las inmediaciones del lugar señalado -Pasaje Procyon con calle El Ara- pues de otra forma importaría aceptar -lo que no resulta posible- que esa denuncia constituía un indicio de que, todo aquél que usara el pelo como melena y que transitaba por, o estaba próximo a la intersección de calle Procyon con Beta Centauro vistiendo de gris con azul o pantalón de buzo de Colo-Colo, en momentos posteriores a la denuncia, estaba expuesto a ser sometido a un control de identidad, con la consiguiente restricción a su libertad personal y afectación de su privacidad ante el registro.

Sobre este aspecto ha señalado esta Corte que “*Los indicios a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, son aquellos elementos objetivos que facultan a los policías para desarrollar las actuaciones que comprende el control de identidad especificadas en esa misma norma -pedir o conseguir la identificación y el registro de quien es objeto del control-, respecto de una persona ‘determinada’. Es decir, los indicios, cualesquiera que ellos sean, deben presentarse respecto de personas determinadas, ya sea porque ellas mismas son vistas por los policías realizando una acción u omisión que constituye el indicio, o porque son sindicadas por otras personas -directa o presencialmente, o por referencia a su nombre, apodos, rasgos, etc.- que reseñan los hechos que aquéllos habrían ejecutado y que serían constitutivos del indicio, pues únicamente sobre quienes recaigan dichos indicios, la policía podrá restringir transitoriamente su libertad ambulatoria para llevar a cabo el control de identidad*” (SCS Rol N° 62.131-16 de 10 de noviembre de 2016 y Rol N°6067-18 de 17 de mayo de 2018).

Así las cosas, en este caso la denuncia anónima, aún bajo el supuesto de la existencia de la misma, dada su vaguedad y amplitud, no puede constituir por sí sola un indicio de la comisión de un crimen, simple delito o falta por una persona determinada, ni tampoco, puede hacerlo considerada en conjunto con el resto de las circunstancias que ponderó el tribunal.

SEXTO: Que, de la propia descripción que el tribunal realiza del proceder policial aparece que los funcionarios Pino Lagos e Irribarra Arriagada sin haber constatado personalmente ninguno de los indicios de las conductas que el artículo 85 ya citado contempla como requisitos para validar la actuación autónoma de las policías (esto es, señales de haber cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un

crimen, simple delito o falta) realizaron la diligencia aludida.

Dicha decisión, entonces, vicia de ilegalidad el procedimiento adoptado, ya que la denuncia anónima efectuada, consistente en haber observado a dos personas vendiendo droga a escolares del sector, en la intersección de las calles Procyon con Beta Centauro, que se encuentra ubicada en las inmediaciones del lugar donde estaba el acusado, vistiendo ropa similar y usando el pelo como melena, dista de constituir los indicios que, en número plural, exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para validar el proceder policial, al constituir un antecedente singular que debe ir acompañado -por texto expreso- de otros elementos de juicio, que han de ser apreciados directamente por el o los policías actuantes.

Cabe destacar que los funcionarios, en sus declaraciones reproducidas en la audiencia celebrada ante esta Corte y extractadas en la sentencia, no manifiestan ningún elemento o circunstancia -amén de usaba el pelo tipo melena, sus vestimentas y encontrarse en la intersección referida - que permitiera sospechar que el acusado era aquél a quien aludió la denuncia anónima, como uno de los individuos que se encontraba vendiendo droga a escolares. Ya se dijo que no se aportó por ella su edad, contextura u otro rasgo que contribuyera a la identificación del sindicado, pero tampoco los policías ven al acusado en transacciones o que se dispusiera a realizar los actos referidos en la denuncia, ni menos que haya efectuado alguna acción indiciaria de lo mismo. Lo único que se menciona por los funcionarios policiales es que el acusado, vestía en la forma y que usaba el pelo tipo melena como les había sido señalado por CENCO lo que, desde luego no resulta un indicio "objetivo" de actividad delictiva, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial desde luego, por parte de los policías, subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado.

SEPTIMO: Que, así las cosas, por haberse sometido al acusado a un control de identidad sin el concurso de dos o más indicios objetivos de que estuviere cometiendo o intentare cometer un delito, ni de ninguno de los otros supuestos previstos en el artículo 85 del Código Procesal Penal que autorizan esa diligencia y, consecuentemente, permiten a la policía el registro del imputado, ocurre que aquélla se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando su derecho a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de manera que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de C. E. C. O. resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación.

OCTAVO: Que, de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el

tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racional y justo, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido a favor de C. E. C. O. y, en consecuencia, se invalidan la sentencia de veinte de junio del año dos mil dieciocho y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N°21-2018, RUC 1600874269-7 del Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago y se restablece la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de funcionarios de los funcionarios policiales en cuanto se relacionen a la diligencia de control de identidad al que fue sometido el acusado el día 14 de septiembre de 2016 y los otros medios de prueba derivados de dicha actuación.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller

Rol N° 15302-18

HUGO ENRIQUE DOLMESTCH URRA

MINISTRO

Fecha: 27/08/2018 13:47:55

CARLOS GUILLERMO JORGE KUNSEMULLER LOEBENFELDER MINISTRO

Fecha: 27/08/2018 13:47:55

LAMBERTO ANTONIO CISTERNAS ROCHA

MINISTRO

Fecha: 27/08/2018 13:47:56

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA REBOLLEDO

MINISTRO

Fecha: 27/08/2018 13:47:57

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN

MINISTRO

Fecha: 27/08/2018 12:48:26

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., Jorge Dahm O. Santiago, veintisiete de agosto de dos mil dieciocho.

En Santiago, a veintisiete de agosto de dos mil dieciocho, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile



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".

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO.....Sesenta y cuatro -

RECIBIDO
22 FEB. 2019
Roque López E.P.Jla

Cludad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a
los 3 VENITOS 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 RAMIREZ 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 LETELIER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO AGRAVADO"**", con el fin de resolver el recurso extraordinario de casación contra el
Acuerdo y Sentencia Nº 15 de fecha 20 de marzo de 2017, dictado por el Tribunal de
Apelaciones, Segunda Sala de la Capital.

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, resolvió plantear las siguientes:

C U E S T I O N E S:

¿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, RAMIREZ CANDIA Y PEÑA CANDIA**

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el MINISTRO BENÍTEZ RIERA, dijo: Que por **Acuerdo y Sentencia Nº 15 de fecha 20 de marzo de 2017**, dictado por el Tribunal de Apelaciones, Segunda Sala de la Capital, se resolvió entre otras cosas: "...//...; 3) CONFIRMAR la S.D. Nº 376 del 30 de setiembre de 2016, dictada por el Tribunal de

Sentencia Colegiado integrado por los Jueces Abog. Cynthia Paola Lovera Britz (Presidente); Abog. Esther Fleitas y Abog. Juan Carlos Zarate (Miembros Titulares)...//...; 4) ANOTAR...//..."

El Defensor Público, Abog. Carlos Arce Letelier, interpone recurso extraordinario de casación contra el fallo citado más arriba, en representación del Sr.

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Dejesus Ramírez Candia
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Candia
Ministra

GREGORIO MANUEL MALDONADO, y contra 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, María Soledad Machuca Vidal, encargada del Área Especializada en Recurso de Casación de la Fiscalía General del Estado, mediante Dictamen Nº 815 de fecha 27 de junio de 2017, ha contestado el traslado corrido y en conclusión manifiesta; “ ...///...; *esta representación fiscal solicita a VV.EE. tener por contestado el traslado dispuesto en la presente causa en los términos 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 Nº 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).



CORTE
SUPREMA
DE JUSTICIA

REB100

RECIBIDO
22 DE ENERO 2019

RECIBIDO
22 DE ENERO 2019
INTERLOCUTOR:
S.P.D.

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 incursa 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 *manifestemente 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 resolutiva de la sentencia.-----

En tal sentido, la falta de motivación es aquel vicio que detectado en el fallo Señorial 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 Peña

Servicio Ejecutivo

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Dejesus Ramírez Candia
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Candia
Ministra

3

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 mas arriba, en cuanto a la presentación extemporánea de la acusación por parte de la Fiscalía, primeramente ya fue analizado por el Tribunal de Sentencia manifestando lo siguiente *"referido a la nulidad de la acusación, el Tribunal ha constatado las actuaciones obrante en el expediente judicial y entiende que corresponde no hacer lugar al planteamiento de la defensa técnica en razón a las disposiciones contenidas en los art. 168 inc. 2º, art. 169 inc. 2º del Código Procesal Penal, el tribunal ha constatado de que el acusado ha contado con una defensa técnica que lo asistió a lo largo de 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
Rodríguez López
S.P.

EXPEDIENTE: "RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO PENAL DE ASUNCIÓN CARLOS ARCE LETELIER EN REPRESENTACIÓN DE GREGORIO DANIEL MALDONADO, EN: "GREGORIO DANIEL MALDONADO Y OTRO S/ ROBO AGRAVADO".—

Deberá interponerse la decisión impugnada, cuando no haya estado presente. Si por las circunstancias del acto ha sido imposible advertir oportunamente su nulidad, el interesado deberá reclamarla dentro de las veinticuatro horas después de conocerla.
La solicitud de saneamiento describirá la irregularidad, individualizará el acto viciado u omitido y propondrá la solución. Asimismo el artículo 169 del mismo cuerpo legal dice:
"CONVALIDACION. Las nulidades relativas quedarán convalidadas: 1) cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento; 2) cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; y, 3) si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados...//...(sic);

De conformidad a las disposiciones citadas más arriba, podemos observar a fs. 60 de autos, consta la providencia de fecha 19 de agosto de 2014, en donde el Juzgado Penal de Garantías puso de manifiesto en la Secretaría el escrito de ACUSACIÓN presentado por la Fiscalía, como también de las actuaciones, evidencias y medios de prueba reunidos por el Ministerio Público durante la investigación preliminar, siendo notificado por 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 extemporánea. (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 logicidad 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
Secretaria

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 perdida en base a los Art. 261, en concordancia con el Art. 269, ambos del Código Procesal Penal. **ES MI VOTO.**

A su turno, el Ministro **RAMIREZ CANDIA**, manifiesta lo siguiente:

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA: me adhiero a la opinión del Ministro preopinante.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA: manifiesto que disiento respetuosamente de la opinión del Ministro preopinante.

Para analizar el presente recurso, es menester comenzar a estudiar cuales son los agravios del recurrente, a fin de corroborar las respuestas de la Cámara de Apelación al mismo. Debemos indicar que, si bien el recurrente invocó dos causales del artículo 478 del CPP, se ve claramente que todos sus agravios pueden ser derivados de cada una de las causales, por lo que resulta innecesario estudiarlas por separado, ya que una situación por él elevada ante la Corte, es suficientemente explicada a la luz de cualquier causal, quedando las demás como refuerzo a sus expresiones, dando mayor fuerza a sus fundamentos.

El casacionista se agravia contra la resolución del Tribunal de Apelación porque lo considera infundada en razón de no haber contestado sus agravios contra la sentencia de primera instancia.

El impugnante centra sus agravios contra el Tribunal de Sentencia en haber convalidado la acusación fiscal presentada fuera del plazo fijado para ello. Al respecto el Tribunal de Apelaciones manifestó que: "el Tribunal de Sentencia se ha expedido correctamente al manifestar que, al no ser objetado en la etapa procesal oportuna, en la audiencia preliminar, no ha sido vulnerado ningún derecho a la defensa, por lo que el planteamiento de nulidad deviene extemporánea".

Considero que tanto el Tribunal de Apelación como el Tribunal de Sentencia incurrieron en errores in procedendo al resolver el agravio planteado.



CORTE
SUPREMA
DE JUSTICIA

RECIBIDO

22 FEB. 2014

Rogelio P.P.J.

fuera del plazo de seis meses que la ley otorga para su presentación.

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".-----

22 FEB. 2014
Respecto a lo anterior, el mismo indica que la acusación se ha presentado a destiempo, es decir, fuera del plazo de seis meses que la ley otorga para su presentación.-----

Para resolver este aspecto, cotejamos los actos procesales vinculados con el mismo, que son en primer lugar la presentación de la imputación, la cual fue realizada en fecha 6 de febrero de 2014; posteriormente a ella, a fojas 26, se encuentra la providencia del juzgado que tiene por presentada dicha imputación, ordenándose que la acusación se presente en fecha 6 de agosto de 2014.-----

Así, conforme a fojas 59 de autos, la acusación fiscal fue presentada el día 12 de agosto de 2014 y no el día 6 del mismo mes, como indicara el juez de la causa.-----

Es innegable que la acusación fue presentada a destiempo, lo cual constituye una violación al principio de plazo razonable se encuentra reconocido por el artículo 8.1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual señala que "toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable" coincidente con nuestro art. 136 del CPP. El debido proceso indica el derecho de los justiciables de acceder a una tutela judicial efectiva, a través del desarrollo de un procedimiento reglado, en el cual se observen una serie de principios y garantías, cuya finalidad última es alcanzar justicia. A su vez, este derecho lleva implícito una serie de "derechos filiales" reconocidos como fundamentales y que incluye el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, publicidad, celeridad y presunción de inocencia.-----

El derecho al plazo razonable es propiamente una "manifestación implícita" del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana. Así, el principio de plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurarse que ésta se decida prontamente. Cabe precisar que el hecho de que el derecho al plazo razonable sea considerado como un "contenido implícito" del derecho

Abg. Karinna Tellería
proceso trae como consecuencia que aquel pueda ser identificado como un
Secretaria
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

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Dejesus Ramírez González
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 Subsanación, ya la Corte ha dicho en varios fallos, como ser Víctor Hugo Rolón s/ Exacción en la Sentencia Definitiva Nº 552 del 29 de julio de 2009 y Elida Hein, s/ Homicidio Doloso en el Acuerdo y Sentencia Nº 840 del 28 de agosto de 2017, que toda clase de nulidades pueden ser subsanadas, corregidas o sus actos repetidos. Lo único que debe tenerse presente en esta situación, y ya énte el evidente carácter



CORTE
SUPREMA
DE JUSTICIA

RECIBIDO

22 de febrero de 2019
en el Acto, es para la subsanación no se retrotraiga el proceso en contra del mismo
procesado.

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".

Entonces, para la Subsanación, debe observarse los artículos 12, 167 y 171 del CPP, que indica que para corregir el acto no se puede retrotraer el proceso a etapas anteriores, salvo casos expresos señalados por el Código.

Los artículos 12 y 171 del CPP, al unísono, dan un caso señalado por la ley, indicando que el proceso no puede retroceder cuando afecta a "Garantías" o "Principios" dados en favor del procesado.

Por todas estas argumentaciones, corresponde hacer lugar al recurso de casación anulando los fallos de primera y segunda instancia correspondiendo en consecuencia el sobreseimiento del acusado de conformidad a los art. 12, 139 y 474 del CPP.

Igualmente corresponde remitir los antecedentes de la causa a la Dirección de Auditoría de Gestión Judicial y al Fiscal General del Estado a fin de deslindar las responsabilidades de los órganos intervenientes.

Las COSTAS se impondrán al Agente Fiscal interviniénte 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.

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel De Jesús Ramírez Candia
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Candia
Ministra

Ante mí:

Abg. Karinna Penoni
Secretaria

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: 64-

Asunción, 20 - de Febrero de 2019.-

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

R E S U E L V E:

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 Nº 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 interveniente en la presente causa,-----

4.- REMITIR estos autos al Juzgado competente.

5.- ANOTAR, notificar y registrar.

Ante mí:

Luis María Benítez Riera
Ministro

Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia
MINISTRO

Dra. Miryam Peña Candia
Ministra

Abog. Karina Penoni
Secretaria



Tacuarembó, 15 de Marzo de 2019

V I S T O S :

Para resolución estos autos incidentales caratulados “MINISTERIO PÚBLICO Y FISCAL. Oposición a re-liquidación de pena en autos caratulados PEREIRA NUNES, Luis Francisco. Homicidio Agravado por el empleo de arma de fuego I.U.E: 395-144/2018” I.U.E: 395-25/2019, seguidos con intervención, por una parte, de la Fiscalía Letrada Departamental de Tacuarembó de 2º Turno, representada por la Dra. Ángela Böhnke Lorenzo (Fiscal Letrado Adscripta), y, por otra parte, de la Defensa del penado, ejercida por el Defensor Público Dr. Joaquin Gamba, ante este Juzgado Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de 1º Turno.

R E S U L T A N D O :

I).-Por sentencia definitiva N° 7/2018 de 30 de abril de 2018 (fs. 5 a 8), dictada en el marco de un proceso abreviado (arts. 272 y 273 del CPP), se condenó a Luis Francisco PEREIRA NUNES, como autor penalmente responsable de un delito de homicidio agravado por el empleo de un arma de fuego, a la pena de seis años de penitenciaría de cumplimiento efectivo, con descuento de la preventiva sufrida y de su cargo las prestaciones legales accesorias previstas por el literal “e” del art. 105 del Código Penal. Dicha sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada en la misma fecha de su dictado por haber sido consentida por las partes.

II).-A fs. 21 luce la liquidación de pena cuyo vencimiento fue previsto para el 28 de abril del año 2024, la que fue aprobada, por no mediar oposición de las partes.

III).-Con fecha 24 de enero de 2019, la Sub. Dirección Técnica de la U.I.P.P.L. N° 26, en respuesta al oficio de esta Sede N° 5/2019 de 22 de enero de 2019, informa que el penado registraba un total de 110 días de trabajo por tareas de mantenimiento realizadas dentro del recinto carcelario entre el mes de octubre de 2018 y el mes de enero de 2019, información

remitida a los efectos establecidos por el art. 13 de la ley 17897 y 291 lit. d) d e l C P P (f s . 2 7 y 2 8) .

IV).-En base a dicho informe la oficina actuaria procedió a re-liquidar la pena, la que arrojó nueva fecha de vencimiento para el dia 4 de marzo de 2 0 2 4 (f s . 2 9) .

V).-Por auto Nº 45/2019 de 11 de febrero de 2019 (fs. 30) se confirió vista a las partes de la re-liquidación de pena practicada, notificándose a la representante del Ministerio Público con fecha 12 de febrero del corriente.

VI).-En escrito presentado con fecha 15 de febrero de 2019 (fs. 31 a 34) comparece en tiempo y forma la representante del Ministerio Público y deduce oposición contra la re-liquidación de la pena practicada (art. 290 del NCPP). La Fiscal actuante, al fundamentar su impugnación, alega lo siguiente :

1) Al haberse impuesto por sentencia definitiva ejecutoriada -al cabo del proceso abreviado celebrado- una pena de penitenciaría de "cumplimiento efectivo" no corresponde aplicar el instituto de redención de pena por trabajo o estudio, previsto por el art. 13 de la ley 17897. En tal sentido señala "*la aplicación de un doble beneficio 'doble rebaja' de la pena (es decir, la propia rebaja del proceso abreviado, más la redención por trabajo o estudio), no está prevista en nuestra legislación*".

2) La instrucción general Nº 10 de la Fiscalía General de la Nación, en su capítulo XI.II, establece, con relación al proceso abreviado, lo siguiente: "*Forma de cumplimiento de la pena: El imputado deberá cumplir de manera efectiva y en todos sus términos con el acuerdo alcanzado con la Fiscalía. En caso de ser en su totalidad pena privativa de la libertad, la prisión será de cumplimiento efectivo, no aplicando el beneficio de la libertad anticipada, ni el beneficio de reducción de pena por trabajo y/o estudio*". Dicha instrucción es de carácter vinculante para los Fiscales y su incumplimiento, desde el punto de vista administrativo, puede configurar falta grave.

3).-El acuerdo celebrado en el marco de un proceso abreviado, tiene fuerza vinculante para las partes, al igual que los contratos del fuero civil y debe ser cumplido de buena fe (art.1291 del Código Civil). Al existir, un acuerdo o contrato en relación, entre otros aspectos, al quantum de la pena, la que además sería de cumplimiento efectivo, la misma debe cumplirse "como la ley misma", reiterando asimismo que el cumplimiento efectivo de la pena fue establecido por sentencia definitiva ejecutoriada.

VII).-Por auto Nº 58/2019 de 15 de febrero de 2019 (fs. 35), se tuvo por deducida en tiempo y forma la oposición respecto de la re-liquidación de

pena practicada, ordenándose la conformación de la presente pieza separada, atento al carácter no suspensivo de la incidencia promovida, cumplido lo cual, por decreto N° 62/2019 de 20 de febrero de 2019 (fs. 36) se confirió traslado a la Defensa por el término legal.

VIII).-En escrito que obra de fs. 37 a 41, comparece en tiempo y forma la Defensa y contesta controvirtiendo la oposición planteada por Fiscalía. Los argumentos invocados por la Defensa, son los siguientes:

1).-Principio de irretroactividad de la ley procesal penal perjudicial para el penado: Señala que el artículo 273.5 del NCPP (Ley 19293), que establece: "*En estos procesos, el imputado deberá cumplir de manera efectiva y en todos sus términos con el acuerdo alcanzado con la Fiscalía*", fue agregado por el artículo 9 de la ley 19653 de 17 de agosto de 2018. O sea, al momento de arribarse al acuerdo que culminó con el dictado de la sentencia recaída en la presente causa NO SE ENCONTRABA VIGENTE. En su mérito, y de conformidad a lo establecido por el art. 16 inc. 1 del CPP, en la medida en que el agregado del citado ordinal al artículo 273 del NCPP, coloca al penado en una situación más gravosa de la que existía al momento de inicio de la causa, no es aplicable al mismo, en base al principio de irretroactividad de la nueva ley procesal penal que "perjudique a I i m p u t a d o "

2).-Illegalidad de la Instrucción General N° 10 de la Fiscalía General de la Nación .

Sin perjuicio de que dicha instrucción general rige exclusivamente para los Fiscales, la misma "no puede derogar un instituto que es favorable al condenado y a toda la sociedad. Si el legislador, hubiera querido que no se aplicara dicho instituto en el marco del proceso abreviado, lo hubiera expresado directamente, y no lo hizo".

3).-La aplicación del instituto de la redención de pena, no significa incumplimiento de la pena acordada, y dispuesta por la sentencia definitiva .

Señala la Defensa que "el 'cumplimiento efectivo' de la pena no significa que no se pueda aplicar el instituto de la redención de pena, ya que el mismo la va transformando en el término de su cumplimiento, más no en el monto punitivo atribuido (...)" . En tal sentido añade: "la pena acordada es inmodificable, lo que cambia es el tiempo material de cumplimiento de la pena impuesta por aplicación del instituto de la redención de la pena, que no tiene otra finalidad que apuntar a la rehabilitación y reinserción del penado (...) " .

CONSIDERANDO :

Que por los fundamentos que a continuación se indicarán habrá de desestimarse la oposición deducida por la Fiscalía.

I).-En primer lugar, porque la aplicación de los artículos 13 de la ley 17897 y 291 literal d) del CPP, los cuales rigen para la etapa de ejecución de una sentencia de condena firme que impuso pena de reclusión (prisión o penitenciaria), no se encuentra excluida, por los artículos 272 y 273 del CPP/2017, lo que rigen exclusivamente para el proceso de "conocimiento". El CPP/2017 no contiene ninguna norma que en forma expresa o tácita excluya la aplicación de este beneficio a las PPL que hayan sido condenadas al cabo de la tramitación de un proceso abreviado. El artículo 273.5, agregado al citado código por el art. 9 de la ley 19653 de 17 de agosto de 2018, no tiene dicho alcance pues rige exclusivamente para el proceso abreviado (de "conocimiento") y no para la etapa de ejecución. Dicha disposición estableció que "*En estos procesos, el imputado deberá cumplir de manera efectiva y en todos sus términos con el acuerdo alcanzado con la Fiscalía*".

La lectura que hacemos de la norma es la siguiente:

a).-La misma se aplica al proceso abreviado, etapa de conocimiento regulada en el Libro II, Título II del CPP/2017.
b).-Impone un deber al "imputado" –que aún no es penado- de cumplir fielmente, de manera efectiva y en todos sus términos con el acuerdo alcanzado con la Fiscalía,

¿Cuál es el contenido del acuerdo?

El mismo comprende la admisión por el imputado de los hechos que se le atribuyen, de los cuales previamente ha sido informado, así como de los antecedentes de la investigación, su calificación delictual y la pena –reducida en un tercio- que el Fiscal solicitará al acusar.

¿Cuál es el deber que asume el imputado en base a dicho acuerdo?

¿Cómo y de qué manera cumple el mismo?

El deber que asume el imputado es el de cumplir efectivamente y en todos sus términos el acuerdo alcanzado con la Fiscalía. En su mérito, al desarrollarse la audiencia de rigor (art. 273.3 del CPP), en oportunidad de la verificación de los presupuestos previstos por el art. 272 del CPP, el imputado, debidamente asistido de su Defensor, deberá, en primer lugar, prestar su consentimiento –informado claro está- para la aplicación del proceso abreviado; posteriormente, una vez admitida por el Juez la procedencia de la referida estructura procesal, y luego de formulada la acusación fiscal en los términos acordados, el imputado

deberá simplemente allanarse a la misma, para finalmente aguardar el dictado de la sentencia definitiva. Con dicha actuación, el imputado habrá cumplido el deber impuesto por el art. 273.5 del CPP. Lo que ocurría después dependerá de la decisión que adopte el Juez al dictar la sentencia definitiva “*la que en caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Público*” (art. 273.4 y 120 del CPP). En suma, por lo antes expuesto, entendemos que el artículo 273.5 del CPP rige pura y exclusivamente para la etapa de “conocimiento” (si es que así puede llamarse al proceso abreviado), y no para la etapa de ejecución de la sentencia de condena ejecutoriada recaída al cabo del mismo. Ergo, resulta imposible sostener que dicha norma excluya beneficios establecidos para la etapa de ejecución de la sentencia de condena, tales como el previsto por el art. 13 de la ley 17897 y el literal d) del art. 291 del CPP.

II).-En segundo lugar, no resulta admisible reclamar en estos obrados la aplicación de la “Instrucción General Nº 10 de la Fiscalía General de la Nación”, pues se trata de un reglamento interno que rige pura y exclusivamente para los Fiscales de la materia penal que cumplen funciones en dicho organismo descentralizado, respecto de los cuales tiene carácter vinculante (art. 15 de la ley 19483). Nos limitaremos a señalar que el acto administrativo en cuestión no resulta aplicable en este proceso jurisdiccional (art. 18 de la Constitución Nacional), sin formular consideraciones respecto a la legalidad o no del mismo, pues ello escapa de la competencia de esta Sede, sin perjuicio de lo cual es posible avisar un eventual apartamiento del mismo a lo dispuesto por el art. 291 lit. d) y los arts. 298 a 391 ter del CPP.

III).-Finalmente, compartimos plenamente lo expuesto por la Defensa cuando afirma –con total acierto a nuestro entender- que el instituto de la redención de pena por trabajo y/o estudio no determina un incumplimiento de la pena impuesta por la sentencia definitiva. Como indica el Dr. Gilberto Rodríguez, en la cita glosada por la Defensa, “*La redención va transformando la pena en el término de su cumplimiento, más no en el monto punitivo atribuido, pues este perdón que permite alterar la pena no la transforma en una nueva, sino en la modificación del tiempo de su cumplimiento que se retrotraerá en la proporción de los días transformados por la redención, sin constituir en cada ocasión una nueva pena, sino la misma de antaño, pero que vencerá en otro término de tiempo*”. Por los fundamentos antes expuestos y en mérito a lo establecido por los artículos 279 a 281, 290, 291 lit. d) del CPP y 13 de la ley 17897;

R E S U E L V O :
DESESTÍMASE LA OPOSICIÓN DEDUCIDA POR EL MINISTERIO
PÚBLICO CONFIRMÁNDOSE LA RE-LIQUIDACIÓN DE PENA
E F E C T U A D A .
NOTIFÍQUESE A LAS PARTES.

Dr. Diego Marcel PRIETO SILVERA
Juez Letrado



Tribunal Apelaciones Penal 3º Tº

YI 1523/25 2º piso - Montevideo

Tel. 3)29089659 / 29003922 4)29028778 / 29033207

C E D U L O N

Montevideo, 1 de Marzo de 2019

CEDULÓN Nro. 9/2019

NOMBRE: Gamba Maneiro, Joaquin Andrés

DOMICILIO: Defensoría Penal de Montevideo. Ciudad MONTEVIDEO, Depto. MONTEVIDEO.

En autos caratulados: " **ESTEVEZ TELESCA, MAURICIO UN DELITO DE HURTO ESPECIALMENTE AGRAVADO EN CALIDAD DE AUTOR FERRAZ MEDEROS, JOSE CAMILO UN DELITO DE HURTO ESPECIALMENTE AGRVADO**", IUE 599-135/2018, tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. lo que a continuación se transcribe: la Sentencia N° 694 de fecha 24 de diciembre de 2018, cuya copia se adjunta.

VºBº _____

Copias simples 4

Por comisión de la Oficina, el día 01 MAR 2019 me constituyí en el domicilio indicado y no encontrándolo procedí a efectuar la NOTIFICACIÓN dispuesta, dejando el cedulón en forma.-



Notificador



<https://validaciones.poderjudicial.gub.uy>

Montevideo, 24 de diciembre de 2018

SENTENCIA No. 694

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia éstos autos seguidos a **ESTEVEZ TELESCA Mauricio y FERRAZ MEDEROS José Camilo** imputados de la comisión de "*un delito de Hurto especialmente agravado*" (*IUE 599 – 135 / 2018*) venidos a conocimiento ante éste Tribunal en lo Penal de Tercer turno en virtud del recurso de apelación en subsidio del recurso de reposición interpuesto por las Defensas contra las Resoluciones Nos. 317 de 17 de Agosto de 2018, 324 y 326 de 18 de Agosto de 2018, dictadas por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de Quinto Turno **Dra. Carla GOMEZ GARCIA**.-

Intervinieron en éstos procedimientos en representación del Ministerio Público la Sra. Fiscal Letrado Departamental de Segundo Turno **Dra. Claudia LETE** y los respectivamente Sres. Defensores **Dres. Claudio SOTO y Joaquín GAMBA**.

RESULTANDO:

I.- Que en audiencia del 16 de Agosto de 2018 se tuvo por legalmente efectuada la detención de ESTEVEZ y se prorrogó la misma para el siguiente día manteniendo tal detención (Decreto No. 313/2018, fs. 1).

II.- Que el 17 de Agosto de 2018 por **providencia No. 317** se tuvo por admitida la formalización de la investigación respecto a ESTEVEZ por la presunta comisión de un delito de Hurto especialmente agravado en calidad de autor, disponiéndose como medida cautelar a su respecto la prisión preventiva por el plazo de sesenta días.

Respecto a FERRAZ, detenido por los mismos hechos, se dispuso que "... ingresa en calidad de detenido al amparo de lo manifestado por el Ministerio Público, suspendiéndose la audiencia para el dia de mañana a la hora 18:00..." (fs. 7)

En dicha audiencia la Defensa de ESTEVEZ interpuso recursos de reposición y apelación respecto de la medida cautelar dispuesta, dictándose la Resolución No. 318: "Téngase por presentado el recurso anunciado" (fs. 7)

III.- Que la Fiscalía solicitó la formalización de FERRAZ imputado de la comisión de un delito de Hurto especialmente agravado en reiteración real con un delito de Amenazas en calidad de coautor, requiriendo como medida cautelar la imposición de prisión preventiva por el término de ciento veinte días (fs. 11 – 14).

IV.- Que en la audiencia llevada a cabo el 18 de Agosto de 2018 la Defensa de FERRAZ interpuso incidente de nulidad respecto a la detención dispuesta por la Sede entendiendo que la misma, al no ser solicitada oportunamente por la Fiscalía, vulnera el principio de imparcialidad y el acusatorio, en tanto es el Ministerio Público quien debe disponer las medidas de investigación y entre ellas solicitar las detenciones del caso (01.35 y ss.).

Previa tramitación del incidente, por **Decreto No. 324**, dictado en dicha audiencia se dispuso "Al incidente de nulidad no ha lugar por extemporáneo", ante lo cual la Defensa de FERRAZ interpone recurso de apelación (fs. 15).

La Sede hizo lugar al diligenciamiento de un medio probatorio solicitado por la Defensa de acuerdo a lo dispuesto por el art. 266.6 CPP (fs. 16), lo que se efectivizó en esa misma audiencia (fs. 18).

V.- Que por **Decreto No. 326** dictado en dicha audiencia se tuvo por admitida la formalización de la investigación llevada

adelante respecto a FERRAZ por la presunta comisión de un delito de Hurto especialmente agravado, disponiéndose como medida cautelar prisión preventiva por un plazo de sesenta días (fs. 19).

En audiencia, la Defensa interpuso recursos de reposición y apelación (fs. 19) y previo traslado al Ministerio Público, se resolvió mantener la recurrida y "tramítese el recurso de apelación dispuesto con las formalidades de estilo" (fs. 20).

VI.- Que el Sr. Defensor de FERRAZ fundamentó los recursos de apelación interpuesto contra las Resoluciones Nos. 324 y 326.

Con referencia a la primera considera que al disponer la detención de FERRAZ y prorrogar la audiencia para el día siguiente con la finalidad de que el Ministerio Público siguiera investigando lo que el propio Tribunal calificó como hechos gravísimos, vulneró los principios acusatorio y de imparcialidad del Juez, garantía del debido proceso tal como se consagra en diversa normativa de rango tanto nacional como internacional.

Discrepa asimismo con que el planteo del incidente haya sido en forma extemporáneo ya que se efectivizó en la misma audiencia que era la continuidad de la del día anterior. Además, al tratarse de una violación al principio de imparcialidad del Juez su vulneración no es subsanable.

Respecto a la providencia No. 326 sostiene que como único fundamento de la prisión preventiva decretada se esgrimió la existencia de riesgo para la víctima. De las propias declaraciones de la misma se desprende que FERRAZ, a quien conoce desde siempre- no la amenazó en ningún momento. A tal punto tales amenazas no existieron que la Sede no hizo lugar a tal imputación tal como se lo solicitara el Ministerio Público.

Entiende el recurrente que si aún la Sra. Juez entendía que había riesgo para la víctima debió imponer la medida cautelar de arresto domiciliario.

La Defensa de FERRAZ concluye solicitando que se anulen la totalidad de estas actuaciones, disponiendo la libertad del mismo o en su defecto se revoque la Resolución No. 326/18 disponiendo en su lugar la medida cautelar de arresto domiciliario (fs. 24 – 33v.).

VII.- Que la Defensa de ESTEVEZ fundó el recurso de apelación contra el Decreto No. 317.

Considera que no existen en autos elementos probatorios que justifiquen la imposición de la medida excepcional de prisión preventiva: no existen fundamentos para suponer que el imputado – primario absoluto, con domicilio fijo - intentará fugarse; todas las argumentaciones dadas por la Fiscalía en cuanto al riesgo para la seguridad de la víctima se refieren a FERRAZ; muy lejos estuvo ESTEVEZ de entorpecer la investigación en tanto se hizo cargo de su participación en el hecho delictivo.

La Sra. Defensora de ESTEVEZ culmina solicitando que se revoque la interlocutoria atacada, disponiendo como medida cautelar el arresto domiciliario (fs. 34 – 37v.).

VIII.- Que de los recursos interpuestos se confirió traslado al Ministerio Público que lo evacuó abogando por la confirmación de todas las providencias atacadas (fs. 39 – 41).

IX.- Que recibidas las actuaciones en esta Sala, una vez las mismas se encontraron en estado, pasaron a estudio por su orden, se acordó sentencia en legal forma y se procedió al dictado de la presente decisión anticipada (art. 200.1 CGP por remisión del art. 359 NCPP)

CONSIDERANDO:**I) RESOLUCION No. 324 de 18 de Agosto de 2018**

El NCPP en el Título II del Libro V al abordar las nulidades remite a "las reglas y procedimientos establecidos en los artículos 110 a 116 del Código General del Proceso en lo pertinente, con las variantes que resultan de los artículos siguientes" (art. 378).

En este sentido se entiende que la nulidad debe ser reclamada "en la primera oportunidad hábil al efecto y por la vía correspondiente" y si no se lo hace ello importará un "consentimiento tácito" que implicará que no podrá pedir la anulación (art. 112 CGP).

En el caso concreto la Sra. Juez dispuso en la audiencia del 17 de Agosto de 2018 que "en cuanto a José Camilo FERRAZ MEDEROS quede detenido a la espera de la investigación de los hechos de que la Fiscal dejó en conocimiento prorrogándose la presente audiencia para el dia de mañana a las 18 hs..." (31.17, Resolución No. 317/18).

O sea que es en ese momento que FERRAZ y consecuentemente su Defensa presente en dicha audiencia, toman conocimiento de que aquél quedaría detenido. Y la Defensa tuvo ahí claro conocimiento de los alcances de tal resolución judicial, a tal punto que pidió incluso "una aclaración" y preguntó concretamente "él va a quedar detenido ahora? Mi defendido queda detenido" (33.34), a lo que la Sra. Magistrada le responde expresamente que sí aclarándole que es hasta el siguiente día a la hora 18.

Esa era, a juicio del Colegiado, "la primera oportunidad hábil" para reclamar la reparación de la alegada nulidad y no lo hizo a través de las vías procesales correspondientes (art. 115.2 CGP).

Cuando al dia siguiente plantea un “incidente de nulidad”, más allá de que lo dispuesto en el auto atacado ya se había cumplido y no ser esa la vía legalmente prevista para reclamar tal nulidad, la oportunidad procesal para hacerlo ya había precluido.

Como enseña COUTURE “... las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados” (“Fundamentos de Derecho Procesal Civil”; 3^a ed. DEPALMA, pág. 194).

Tampoco se comparte el argumento de que se está ante una nulidad insubsanable, en tanto que el hecho cuestionado no se encuentra dentro del elenco de causales expresamente determinadas en lo que refieren a estas nulidades (art. 379 NCPP). Es más, la detención dispuesta fue una consecuencia natural y lógica del pedido del Ministerio Público de imposición de una medida cautelar de prisión preventiva. Dejarlo pues detenido a FERRAZ para resolver al dia siguiente, cumpliendo plazos de rango constitucional, no puede verse como una nulidad insubsanable.

Cabe tambien señalar que todo el cuestionamiento a la imparcialidad de la Sra. Juez ya fue analizado en el incidente de recusación sobre los que el Tribunal ya se pronunció.

Por todo ello el Colegiado comparte la solución dada en la anterior instancia al planteo de nulidad realizado por el Sr. Defensor de FERRAZ.

II) RESOLUCIONES Nos. 317 de 17 de Agosto de 2018 y 326 de 18 de Agosto de 2018

Como una anotación formal cabe señalar que si bien en el acta confeccionada de la audiencia del 17 de Agosto de 2018 surge que la Sra. Defensora de ESTEVEZ interpuso solamente recurso de

reposición (fs. 7), de la escucha del audio respectivo se desprende claramente que impugnó la referida Resolución a través de los recursos de reposición y apelación en subsidio (32.03).

Ahora bien, centrándose el debate respecto a estas Resoluciones en la imposición de medidas cautelares de prisión preventiva por sesenta días respectivamente (fs. 7 y 19), que fueron prorrogadas el 12 de Octubre de este mismo año por veinte días más (fs. 67), surge que a la fecha ya están cumplidas por lo que la alzada con referencia a dichas providencias carece de objeto.

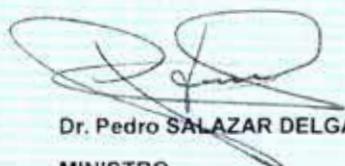
Por todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE**:

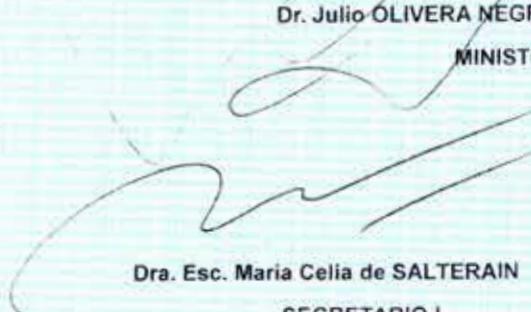
Confirmase la Resolución No. 324 de 18 de Agosto de 2018 (fs. 15).

Y oportunamente devuélvase a la Sede "a quo" con las formalidades de estilo.


Dr. Eduardo BORGES DUARTE
MINISTRO


Dr. Julio OLIVERA NEGRIN
MINISTRO


Dr. Pedro SALAZAR DELGADO
MINISTRO


Dra. Esc. Maria Celia de SALTERAIN
SECRETARIO I



VENEZUELA :

SENTENCIA 0251 13/03/2018. SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

AMPARO CONSTITUCIONAL.

NORMATIVA LEGAL: ARTÍCULO 49 Y 26 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

ASUNTO: RECURSO DE AMPARO

DESCRIPTORES: RECURSO, AMPARO CONSTITUCIONAL, ORDEN PÚBLICO, DERECHOS HUMANOS.

TITULO

Casación de Oficio, por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en contra de la sentencia de fecha 14 de marzo de 2016 por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa Pública y en consecuencia confirmó el fallo dictado el contra la decisión dictada el 15 de octubre de 2015 por el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, mediante el cual declara con lugar la solicitud de oferta real de pago presentada por la ciudadana **SORANA DE JESÚS FRANCO PINTO** a favor de la ciudadana **YOLY MARGARITA RANGEL DE CEDEÑO**.

SÍNTESIS LEGAL

Recurso de Amparo presentado por la Abogada **ANAVITH GISELA MORENO BLANCO**, con el carácter de Defensora Pública Primera Civil y Administrativa Especial Inquilinaria y para la Defensa del Derecho a la Vivienda, adscrita la Unidad de la Defensa Pública del Estado Cojedes y asistido por el abogado **WILLIAM ALBERTO RAMOS**



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DEFENSA PÚBLICA



AGUILAR, actuando con su carácter de Defensor Público Tercero con competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena Político Administrativa, Electoral, Casación Civil y Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en los artículos 19, 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 223 del Código Procedimiento Civil, denunciando infracciones de orden público y constitucional con vicio de Violación de Ley por indebida aplicación.

RESUMEN DE DATOS

En fecha quince (15) de Octubre del año 2015, el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, dictó sentencia en la que declara con lugar la solicitud de oferta real de pago presentada por la **ciudadana Sorana de Jesús Franco Pinto** a favor de la ciudadana **Yoly Margarita Rangel de Cedeño**.

En fecha catorce (14) de marzo de 2016 el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes declaró sin lugar la apelación interpuesta por la ciudadana **Yoly Rangel de Cedeño**, contra la decisión dictada el 15 de octubre de 2015 por el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes.

Ahora bien, como quiera que en el presente caso se evidencio Violación de Ley por indebida aplicación vulnerándose el Derecho a la Defensa por parte del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes al dejar en estado de indefensión a la ciudadana Yoly Rangel de Cedeño.

JUSTIFICACIÓN

En el marco de la solicitud del Amparo Constitucional, se pretendió impugnar la decisión del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión dictado por el Tribunal Tercero de Municipio



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
DEFENSA PÚBLICA



Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, indicando que el juez de instancia, vulneró el derecho a la defensa y al debido proceso de la ciudadana **Yoly Margarita Rangel de Cedeño**, al considerarla citada tácitamente en fecha 30 de julio de 2015, luego de revocar por contrario imperio por auto del 13 de octubre de 2015, las actuaciones referidas a la citación cartelaria realizadas conforme al artículo 223 del Código de Procedimiento civil, por lo que, quedó indefensa, al no poder presentar sus argumentos en la oportunidad legal correspondiente y ejercer la actividad recursiva contra el referido auto de revocatoria por contrario imperio.

Tal estado de indefensión viola el Debido Proceso que rige nuestro Ordenamiento Jurídico, que envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce, cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano; es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia, que recoge nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus artículos 49 y 51; la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 08; Declaración Americana de Derechos Humanos, en los Artículos 18 y 24; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Artículo 14 y la Convención Americana de Derechos Humanos en su Artículo 8, contemplan el derecho al Debido Proceso.

Determinado el anterior criterio Jurisprudencial, se tiene que en Venezuela el Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva, conforman una extensa garantía con carácter universal que engloba en si una serie de derechos cómo el acceso a los órganos de administración de justicia; una decisión ajustada a derecho; el derecho a recurrir de la decisión; el derecho a ejecutar la decisión; la vulneración de uno de estos derechos afecta insoslayablemente la Tutela Judicial Efectiva contemplada en los artículos 19, 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La Tutela Judicial Efectiva es un extenso derecho plasmado no solo en uno de los anteriores razonamientos planteados, si no que ambos criterios al fusionarlos con el artículo 49 *eiusdem* conforman una amplia concepción sobre la Tutela Judicial Efectiva al establecer el goce y ejercicio como garantía irrenunciable, indivisible e interdependiente de los Derechos Humanos como lo sería al debido proceso, pues en esencia la Tutela Judicial realmente efectiva no es más que el cumplimiento y respeto cabal de los renombrados Derechos





REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
DEFENSA PÚBLICA



Humanos en general, según sea el caso planteado .

CONCLUSION

En definitiva, la Defensa Pública logró, la declaratoria con Lugar del presente recurso de Amparo Constitucional, obteniendo como resultado Audiencia Constitucional, a fin de dirimir la declaratoria sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa Pública en contra de la decisión de fecha quince (15) de Octubre del año 2015, proferida por el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes. La sentencia que hoy es objeto del recurso, produjo un estado de indefensión en perjuicio de la ciudadana **YOLY RANGEL DE CEDEÑO**, a quien la decisión emitida por la alzada violentó el derecho a la defensa y al debido proceso, al no haberle tomado en cuenta los postulados del Artículo 223 del código de procedimiento civil, situación está que atenta contra sus Derechos Humanos, de igual manera a la protección de los mismos en cuanto a Derechos Humanos contenida en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.



VENEZUELA

**SENTENCIA 489 28/06/2017. SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE JUSTICIA.**

RECURSO DE CASACIÓN

**NORMATIVA LEGAL: ARTÍCULO 336 NUMERAL 10 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.**

ASUNTO: REVISIÓN CONSTITUCIONAL.

**DESCRIPTORES: RECURSO, REVISIÓN DE SENTENCIA, ORDEN PÚBLICO,
DERECHOS HUMANOS.**

TITULO

Recurso de revisión constitucional, sobre la decisión de fecha 01 de octubre de 2015 por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, la cual se declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la ciudadana **MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES**. La Defensa Pública ejerció la representación en el recurso de revisión.

SÍNTESIS LEGAL

Recurso de Revisión de Sentencia asistido por el Defensor Público Segundo con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en los artículos 49 y 257, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación al artículo 336 Numeral 10 ejudem.

RESUMEN DE DATOS

En fecha 27 de enero de 2015 y su aclaratoria de fecha 30 de marzo de 2015, proferidas por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que acordó la partición del bien inmueble constituido por un apartamento distinguido con el nº 83, situado en el piso 8 del edificio N.º 2 del Conjunto Residencial Centro Residencial La California, ubicado en la avenida Francisco de Miranda, en la urbanización La California, municipio Sucre del estado Miranda, quedando establecido que la misma debe hacerse en la siguiente proporción: el cincuenta por ciento (50%) del bien inmueble el cual



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
DEFENSA PÚBLICA



conformó parte de la comunidad conyugal que existió entre las partes del juicio a la ciudadana **MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES** y el cincuenta por ciento (50%) restante del referido inmueble al ciudadano **TOMÁS ENRIQUE SUÁREZ ÁLVAREZ**, para lo cual indica que deberá realizarse el nombramiento de partidor.

El fecha 01 de Octubre del 2015, el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, declara sin lugar el recurso de apelación ejercido por la solicitante contra la sentencia dictada en fecha 27 de enero de 2015 y de su aclaratoria de fecha 30 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio que por Partición y Liquidación de la Comunidad Conyugal interpusiera el ciudadano **TOMÁS ENRIQUE SUÁREZ ÁLVAREZ** contra la ciudadana **MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES**, mediante la cual se acordó la partición del bien inmueble constituido por un apartamento ubicado en la urbanización La California, municipio Sucre del estado Miranda, quedando establecido que el cincuenta por ciento (50%) del bien inmueble, que conformó parte de la comunidad conyugal que existió entre las partes del juicio, corresponde a la ciudadana Maythe Coromoto Mendoza Quiñones y el cincuenta por ciento (50%) restante al ciudadano Tomás Enrique Suárez Álvarez.

Que el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas a través del fallo que hoy se cuestiona no da respuesta a la usuaria de la Defensa Pública, al no tomar en cuenta las previsiones constitucionales referentes a los Derechos Sociales y de la Familia, que son de obligatorio cumplimiento para todo juzgador, tal y como lo establece nuestra norma constitucional en sus Artículos 81, 82 y 334 ejudem.

El Juzgado de Alzada no considero la jurisdicción especial que recae en los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para conocer de los juicios de partición de los bienes de la comunidad conyugal en que se vean afectados menores, o hijos mayores con alguna discapacidad, para así garantizar el respeto de los postulados constitucionales como lo es la del Juez Natural, siendo un deber del Juez, como órgano del Estado, velar porque la decisión que emita garantice el respeto de la dignidad humana de la persona con discapacidad y en particular su derecho a la vivienda, por lo que debe asegurarse que el padre y la madre, en la partición de la comunidad de gananciales garanticen el derecho al hijo o hija con discapacidad.



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DEFENSA PÚBLICA



Tal garantía del Juez Natural no tomado en cuenta por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, constituye una vulneración al debido proceso establecido en el Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al no establecer que el juicio de partición de la comunidad conyugal fuese ventilado por un Tribunal competente es decir por un Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Ahora bien, como quiera que en el presente caso operó la cosa juzgada, la Sala Constitucional declara la nulidad de la sentencia recurrida, y emite un nuevo pronunciamiento sobre el mérito del asunto decidido por la Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas

JUSTIFICACIÓN

En el marco de la solicitud de Revisión de Sentencia ejercida, donde se pretendió la nulidad del fallo proferido en fecha El fecha 01 de Octubre del 2015, por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual declaró sin lugar el recurso de apelación de sentencia ejercido por la ciudadana **MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES** en contra de la decisión de fecha 27 de enero de 2015 y su aclaratoria de fecha 30 de marzo de 2015, proferidas por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Al respecto, es menester precisar que el Recurso de Revisión Constitucional es un medio extraordinario de impugnación, de carácter excepcional, por medio del cual se somete a la consideración del Juez Constitucional una controversia ya resuelta por otro Tribunal de la República mediante sentencia pasada en Autoridad de Cosa Juzgada.

Ahora bien, es un recurso extraordinario por el hecho de que no constituye, para la materias cuyas sentencias son susceptibles de revisión, una nueva instancia, lo que nos abre la puerta para mencionar otra característica: solo procede en caso de sentencias definitivamente firmes, lo que en vista de la discrecionalidad, resguarda el



derecho a la tutela judicial efectiva, desde que el postulado de la doble instancia ha sido observado.

Determinado el anterior criterio jurisprudencial, La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en el artículo 336 las atribuciones de la Sala Constitucional en 11 numerales y el único numeral en específico el numero10 que reenvía de manera expresa la regulación de los términos del ejercicio de la competencia, es precisamente la referida a la potestad de revisar sentencias, cuando señala que deberá hacerlo "...en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva. Sobre esta potestad la Asamblea Nacional ha legislado parcialmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 5º numeral 4º, ampliando los supuestos de revisión de sentencias, no estableciendo esta vez, como si lo hace la Constitución, que se trate sólo de sentencias definitivamente firmes. El mencionado artículo tiene el texto que sigue: La Revisión Constitucional de las Sentencias definitivamente firmes.

Toda vez que el Recurso de Revisión Constitucional es una garantía de derechos humanos que tienen las partes en el proceso como Derechos.

CONCLUSION

En definitiva, la Defensa Pública logró con el presente Recurso, garantizarle a la ciudadana **MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES**, sus derechos vulnerados y los de su hija **REBECA ALEXANDRA SUAREZ QUIÑONES** que posee una discapacidad motora, al haber obtenido como resultado del mismo el pronunciamiento de la sala de la siguiente manera admitiendo el presente recurso, anulando la sentencia dictada el 01 de octubre de 2015 por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y de igual manera anulando las sentencias dictadas el 27 de enero de 2015 y el 30 de enero de 2015 por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y ASI MISMO se acordó la reposición de la causa al estado de que un Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes conozca el juicio, lo que produjo para la usuaria un estado de indefensión y por ende una violación del debido proceso como Derechos Humanos garantizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 8 y Artículo 1 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Mediante escrito presentado ante la Secretaría de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 7 de septiembre de 2016, el abogado William Alberto Ramos Aguilar, titular de la cédula de identidad N.º V 11.569.840 e inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 85.041, actuando con su carácter de Defensor Público Tercero con competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena Político Administrativa, Electoral, Casación Civil y Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia conforme a la Resolución N.º DDPG-2015-0119 de fecha 20 de febrero de 2015, en representación de la ciudadana YOLY MARGARITA RANGEL DE CEDEÑO, titular de la cédula de identidad N.º 4.371.045, presentó ante esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante escrito de la abogada Anavith Gisela Moreno Blanco, con el carácter de Defensora Pública Primera Civil y Administrativa Especial Inquilinaria y para la Defensa del Derecho a la Vivienda, adscrita la Unidad de la Defensa Pública del Estado Cojedes, la presente acción de amparo constitucional contra el fallo dictado el 14 de marzo de 2016 por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes con ocasión de la demanda de oferta real de pago propuesta por la ciudadana SORANA DE JESÚS FRANCO PINTO, a favor de la ciudadana YOLY MARGARITA RANGEL DE CEDEÑO.

El 08 de septiembre de 2016, se dio cuenta en Sala y designó ponente a la Magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

Mediante diligencia del 13 de diciembre de 2016, la representación de la parte actora manifestó el interés procesal en el caso.

El 24 de febrero de 2017, fue designada la Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia y tuvo lugar la reconstitución de esta Sala Constitucional, la cual quedó integrada de la manera siguiente: Magistrado Juan José Mendoza Jover, Presidente; Magistrado

Arcadio Delgado Rosales, Vicepresidente; y los Magistrados Carmen Zuleta de Merchán; Gladys María Gutiérrez Alvarado; Calixto Ortega Ríos; Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson.

Mediante diligencias del 8 de marzo, 13 de junio, 2 de octubre de 2017 y 14 de diciembre de 2017, la representación de la parte actora manifestó el interés procesal en el caso.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones:

I

ANTECEDENTES

La parte actora planteó que en fecha 16 de octubre de 1975, el Servicio Rural del Estado Cojedes, concedió a la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño un crédito por la cantidad de nueve mil cuatrocientos cuarenta y seis bolívares con treinta y seis céntimos (Bs 9.446,36), el cual invirtió en la construcción de un inmueble destinado para habitación familiar, que su patrocinada pagó totalmente, por lo que dicho órgano hizo entrega del documento de propiedad correspondiente.

Agregó que en fecha 9 de noviembre de 2011, arrendó el inmueble a la ciudadana Sorana de Jesús Franco Pinto, alegando que no consideró necesario hacer formal contrato de arrendamiento puesto que la arrendataria es ahijada de bautizo de su esposo, acordando de manera verbal que los pagos del canon serían mensuales y que los gastos de agua y luz serían sufragados por el arrendador.

Refirió que en fecha 27 de junio de 2014, la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, asistida por el abogado Leopoldo Cedeño Fuentes, acudió, ante el incumplimiento con el pago puntual de los cánones de arrendamiento, ante la Coordinación Regional de la Superintendencia Nacional de Arrendamientos de Vivienda del Estado Cojedes e interpuso la solicitud de Procedimiento Previo a la Demanda de Desalojo, de conformidad con el artículo 94, numeral 2 y del 96 de la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda alegando que la arrendataria, no cumplía con el pago correspondiente y para esa fecha llevaba nueve (9) cánones insoluto.

Señaló que en fecha 1 de septiembre de 2014, se llevó a cabo la primera reunión conciliatoria ante la SUNAVI-COJEDES en la cual las partes acordaron la venta del inmueble, pendientes de la providencia en la cual se establecería su valor, por lo que la funcionaria instructora de la SUNAVI-COJEDES, decidió fijar una nueva reunión conciliatoria para el día 29 de septiembre de 2014.

Indicó que en fecha 29 de septiembre de 2014, a través de la Providencia Administrativa N.^o IF-0001-14, la Superintendencia Nacional de Arrendamientos de Vivienda recalculó el “*justo valor del inmueble*” en la cantidad de doscientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos setenta y tres bolívares con setenta y tres céntimos (Bs. 258.473,73).

Relató que el 08 de junio de 2015, la ciudadana Sorana de Jesús Franco Pinto presentó ante el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, solicitud de oferta real de pago a favor de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, sobre un inmueble propiedad de la ahora accionante, con base en el monto determinado por la Coordinación Regional de la Superintendencia Nacional de Arrendamientos Inmobiliarios del estado Cojedes en la Providencia signada bajo el N.^o IF-001-14 en la cantidad de doscientos ochenta y cuatro mil doscientos cuarenta y siete bolívares con cuarenta y ocho céntimos (Bs. 284.247,48).

Reseñó la accionante que el 15 de junio de 2015, el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes admitió la solicitud y el 22 de junio de 2015 la ciudadana Sorana de Jesús Franco Pinto solicitó que se fijara día y hora para su traslado y constitución en el domicilio de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, lo cual ocurrió el 29 de junio de 2015, con el objeto de ofrecer el cheque emitido a su nombre por la cantidad de doscientos ochenta y cuatro mil doscientos cuarenta y siete bolívares con cuarenta y ocho céntimos (Bs. 284.247,48), ante lo cual la parte oferida manifestó que no podía tomar decisión al respecto sin que mediara la opinión de su esposo.

Añadió que el 6 de julio de 2015, el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes ordenó citar a la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño para su comparecencia dentro de los tres (3) días siguientes a que constare en autos su notificación, a exponer sus alegatos contra la validez de la oferta real de pago. El mismo día el tribunal de la causa emitió el oficio N.^o TTM-2015-0607-125 dirigido al Banco Bicentenario, agencia C.C. Colavita del Municipio San Carlos del estado Cojedes, al cual anexa cheque de gerencia signado con el N.^o 00012925, consignado por la

ciudadana Sorana de Jesús Franco Pinto, con el propósito que se depositara en la cuenta del tribunal.

Refirió que el 13 de julio de 2015, el aguacil del tribunal mediante consignación expuso que no se pudo practicar la citación personal de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño y que el 21 de julio de 2015 el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, mediante auto acordó librar cartel de citación de conformidad con el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil emplazando a la demandada para que compareciera a darse por citada en el lapso de quince (15) días contados a partir de que constara en autos la publicación.

Afirmó la representación judicial de la parte accionante, que el 27 de julio de 2015, la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño interpuso demanda de desalojo ante el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, y que el 30 de julio de 2015, acudió ante la Defensa Pública el ciudadano Carlos Rafael Cedeño Fuentes, solicitando asistencia en representación de su esposa Yoly Margarita Rangel de Cedeño en la demanda de oferta real de pago, constatándose que, siendo la demandada la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, no le estaba dado a su cónyuge actuar en su representación con un poder especial conferido para interponer la demanda de desalojo. El mismo día la abogada Anavith Gisela Moreno Blanco con el carácter de Defensora Pública Primera Civil y Administrativa Especial Inquilinaria y para la Defensa del Derecho a la Vivienda, adscrita la Unidad de la Defensa Pública del Estado Cojedes, solicitó copia simple del expediente signado con el N°. S-390-2015, contentivo de la demanda de oferta real de pago presentada por la ciudadana Sorana de Jesús Franco Pinto a favor de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño con el objeto de verificar la identidad de la parte demandada.

Relató que el 31 de julio de 2015 compareció la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño a la Defensa Pública solicitando asistencia legal y que el 5 de octubre de 2015 compareció, asistida por la abogada Anavith Gisela Moreno Blanco con el carácter de

Defensora Pública Primera Civil y Administrativa Especial Inquilinaria y para la Defensa del Derecho a la Vivienda, adscrita la Unidad de la Defensa Pública del Estado Cojedes a darse por citada en la demanda de oferta real de pago interpuesta por la ciudadana Sorana de Jesús Franco Pinto, funcionaria que, el 6 de octubre de 2015 dio contestación a la demanda, promoviendo las documentales que le sustentan.

Advirtió que el 13 de octubre de 2015, el juzgado de la causa revocó por contrario imperio los autos dictados el 3 de agosto de 2015 y 01 de octubre de 2015, con fundamento en que la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño se dio por citada tácitamente mediante diligencia presentada por su representante judicial el 30 de julio de 2015 y el 15 de octubre de 2015 dictó sentencia en la que declara con lugar la solicitud de oferta real de pago presentada por la ciudadana Sorana de Jesús Franco Pinto a favor de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, fallo que fue recurrido en apelación.

Indicó que el 14 de marzo de 2016, el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes dictó sentencia mediante la cual declaró sin lugar la apelación interpuesta por la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, con ocasión de la demanda de oferta real de pago propuesta por la ciudadana Sorana de Jesús Franco Pinto.

II

DE LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Expuso la accionante como fundamento de la presente acción de amparo constitucional, los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

“De la sentencia dictada por el TRIBUNAL SUPERIOR EN LO CIVIL, MERCANTIL, TRÁNSITO Y BANCARIO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO COJEDES (AGRaviante) , en fecha 14 de marzo de 2016 se evidencia la violación de los DERECHOS CONSTITUCIONALES previamente mencionados en el capítulo III de la presente acción de amparo como lo son LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, EL DEBIDO PROCESO, EL DERECHO A LA DEFENSA, EL DERECHO A LA VIVIENDA, EL DERECHO DE PROPIEDAD y el derecho DE LA REALIZACIÓN DE JUSTICIA.

En relación a los DERECHOS AL ACCESO A ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA y la TUTELA JUDICIAL EFECTIVA consagrados en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ciudadana JUEZA SUPERIOR EN LO CIVIL, MERCANTIL, TRÁNSITO Y BANCARIO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO COJEDES al emitir su sentencia vulneró el sagrado derecho de obtener del estado una verdadera tutela judicial efectiva, en virtud, que en el capítulo denominado Consideraciones para decidir, la misma señala lo siguiente:

'esta superioridad se pronunciará en el caso de marras, únicamente sobre lo alegado por la parte recurrente en su escrito de apelación, con fundamento al principio de personalidad del recurso de apelación contenido en el mencionado precepto latino tantum devolutum quantum appellatum, observando quien aquí se pronuncia, que la recurrente en ningún momento hace alusión al fondo de la controversia respecto a la oferta real de pago y su legalidad, sino, que centra sus argumentos en indicar que el juez de la recurrida, supuestamente, vulneró el derecho a la defensa y al debido proceso de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, al considerarla citada tácitamente en fecha 30 de julio de 2015, luego de revocar por contrario imperio por auto del 13 de octubre de 2015, las actuaciones referidas a la citación cartelaria realizadas conforme al artículo 223 eiusdem, por lo que, quedó indefensa, al no poder presentar sus argumentos en la oportunidad legal correspondiente y ejercer la actividad recursiva contra el referido auto de revocatoria por contrario imperio... '

En este sentido, considera quien suscribe, que la jueza a quo de una manera muy cómoda entra a conocer el recurso de apelación, delimitando la dirección en la cual iba a decidir, sin considerar, de manera lógica y coherente, que la recurrente atacó la decisión de la cual parte la violación de todos los derechos constitucionales denunciados ante ella proferida en fecha 13-10-2015 cuando el Juez Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, cuando revoca por contrario imperio los autos realizados en fecha 03 de agosto de 2015, y el auto de fecha 1 de octubre de 2015.

Ahora bien, esta defensa al momento de interponer el recurso de apelación sobre la sentencia definitiva el TRIBUNAL TERCERO DE MUNICIPIO ORDINARIO Y EJECUTOR DE MEDIDAS DE LOS MUNICIPIOS SAN CARLOS Y RÓMULO GALLEGOS, TINACO Y LIMA BLANCO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO COJEDES, en la cual declara válida la oferta real de pago, se hace en atención precisamente, al derecho constitucional del derecho a la defensa, puesto que revocar estos dos autos de fecha 03 de agosto de 2015 y 01 de octubre de 2015 autos que si bien es cierto don (sic) de mero trámite (sic) o sustanciación, al dictarlos en esa fase del proceso en primera instancia, conllevó a impedir a la parte oferida la

oportunidad de atacar de manera legal la validez de la oferta real de pago solicitado en su contra.

*Es en virtud de ello, que resultaría contradictorio e ilógico, que esta defensa pública en los fundamentos de la apelación de la Sentencia Definitiva de fecha 15 de octubre de 2015 decidida por el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, atacara el fondo de la controversia, es decir, la validez de la oferta real de pago, puesto que la decisión recurrida estuvo viciada, dada la circunstancia de que fue declarada bajo actuaciones irritas del Tribunal que representaron para la ciudadana **YOLY MARGARITA RANGEL DE CEDEÑO**, quedar en total estado de indefensión.*

Es importante señalar, que el fin último que pretendía esta Defensa Pública al interponer el recurso de apelación ante el Tribunal a quo, en contra de la sentencia definitiva de fecha 15 de octubre de 2015, era precisamente que se revisara la referida decisión, por violación de derechos y garantías constitucionales y en consecuencia, se anulara totalmente dicha sentencia, en atención a los vicios en el que incurrió el Tribunal de la instancia inferior al momento de dictar el auto de fecha 13 de octubre de 2015 en la cual revoca los autos de fecha 03 de agosto de 2015 y 01 de octubre de 2015 no dejando transcurrir el lapso de los cinco días hábiles que establece el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil para apelar dicho auto, sino que al segundo día hábil, emite la Sentencia Definitiva en la cual declara con lugar la oferta real de pago y condena en costas a la demandada

(...)

*Por lo que a todas luces, tampoco valoró el Tribunal a quo, que la misma Coordinación de la Superintendencia Nacional de Arrendamientos de Viviendas, consideró que el acuerdo llevado en las audiencias conciliatorias entre la ciudadana **YOLY MARGARITA RANGEL DE CEDEÑO** y **SORANA DE JESÚS FRANCO PINTO** fueron infructuosos, por lo que a razón de ello **HABILITA LA VÍA JUDICIAL**, para dirimir el conflicto, situación ésta que formaba parte de los alegatos de la demanda de autos, y al cual el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, enmudeció a mi representada al momento de no permitir los lapsos legales para recurrir del auto de fecha 13-10-2015 por contrario imperio.*

(...)

En cuanto a la violación de los derechos constitucionales como lo son el DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA en la presente acción de amparo, consagrados en los numerales 1,3 y 8 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Jueza a quo, de manera irrespetuosa, hacia esta Defensa Pública , y a la institución que represento, consideró, según su parecer que el día 30-07-2015 mediante

diligencia de esta Defensora Pública solicitando copias simples, quedó la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño tácitamente citada en la oferta real de pago, por lo que al respecto indicó:

'Ahora bien, las defensoras y defensores públicos civiles, mercantiles y tránsito, en primera instancia, tienen las mismas potestades que un apoderado judicial, conforme al artículo 80 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, siendo sólo vetada o privativas únicamente a la parte, las mismas contempladas en el artículo 154 del Código Civil, a saber, convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio, por tanto, se entiende que su representación es amplia y faculta a las defensoras y defensores públicos a cumplir con todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por Ley a la parte misma, es decir, puede ejercer todos los actos del proceso, entre ellos, darse por citada o citado y los únicos que no puede realizar son los ya expresamente indicados anteriormente...'

Resulta ilógico ciudadanos Magistrados, que la jueza a quo, como buena conocedora del derecho, 'pretenda hacer creer, que los Defensores Públicos y Defensoras Públicas tienen las mismas facultades otorgadas a los apoderados judiciales. Pues es tan sabio el legislador, cuando establece las limitaciones que debe tener el apoderado judicial por considerar con (sic) son personalísimas algunas actuaciones en el proceso judicial, en este caso como es la citación. No por casualidad, el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil establece que en el caso que se presente alguien por el demandado a darse por citado, solo será admitido en el caso de exhibir poder con facultad expresa para ello. Si el poder no llenare este requisito, se hará la citación de manera prevenida en el capítulo IV.

(…)

De lo anterior, se pregunta esta Defensora Pública ¿Pretendía la Jueza a quo que en UN (01) día hábil que dejó el Tribunal infractor se interpusiera recurso de apelación en contra del auto emitido en fecha 13 de octubre de 2015, cuando el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, establece cinco (05) DÍAS HÁBILES para interponer la apelación?

En otro orden de ideas, se permite señalar esta representante de la Defensa Pública, que los Defensora en materia civil y administrativa especial Inquilinaria y para la defensa del derecho a la vivienda actúan por requerimiento expreso del usuario, o por designación a solicitud del tribunal civil o del Órgano Administrativo..."

(…)

LA VIOLACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA se materializa pues ante el incumplimiento de los Deberes del Juez de aplicar las leyes en un momento determinado para decidir ante las peticiones de las partes. Así mismo, se violenta el DEBIDO PROCESO, porque el Estado Social de Derecho es un estado de tutela, cuyo fin se orienta en la tutela de derechos y

garantías de los ciudadanos, uno de esos derechos lo constituye tener la garantía que sus peticiones serán decididas, es decir es un derecho humano básico... ”

III

DEL FALLO ACCIONADO

El 14 de marzo de 2016 el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes declaró sin lugar la apelación interpuesta por la ciudadana Yoly Rangel de Cedeño, contra la decisión dictada el 15 de octubre de 2015 por el Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, teniendo como fundamento lo siguiente:

“...Observa esta jurisdicente, que la apelación planteada por la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, representada por la abogada Anavith Gisela Moreno Jiménez, en su carácter de defensora pública primera civil y administrativa especial inquilinaria y para la defensa del derecho a la vivienda, adscrita a la Unidad de Defensa Pública del estado Cojedes, pone límites al pronunciamiento que debe hacer este Superior Tribunal, con fundamento en el principio tantum devolutum quantum appellatum (sólo se conoce en apelación de aquello que se apela), que se especifica en el fallo dictado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia Nº 29, del 26 de febrero de 2010 (Exp. Nº 2009-0339), indicando:

(...Omissis...)

Por todo lo anteriormente expuesto, esta superioridad se pronunciará en el caso de marras, únicamente sobre lo alegado por la parte recurrente en su escrito de apelación, con fundamento al principio de personalidad del recurso de apelación contenido en el mencionado precepto latino tantum devolutum quantum appellatum, observando quien aquí se pronuncia, que la recurrente en ningún momento hace alusión al fondo de la controversia respecto a la oferta real de pago y su legalidad, sino, que centra sus argumentos en indicar que el juez de la recurrida, supuestamente, vulneró el derecho a la defensa y al debido proceso de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, al considerarla citada tácitamente en fecha 30 de julio de 2015, luego de revocar por contrario imperio por auto del 13 de octubre de 2015, las actuaciones referidas a la citación cartelaria realizadas conforme al artículo 223 eiusdem, por lo que, quedó indefensa, al no poder presentar sus argumentos en la oportunidad legal correspondiente y ejercer la actividad recursiva contra el referido auto de revocatoria por contrario imperio.

Ahora bien, de las actas del presente expediente, se constata, que la abogada Anavith Gisela Moreno Jiménez, en fecha 30 de julio de 2015, actuando a su propio decir, en su carácter de defensora pública primera civil y administrativa especial inquilinaria y para la defensa del derecho a la vivienda, adscrita a la Unidad de Defensa Pública del estado Cojedes, en representación de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, solicitó copia simple del expediente, es decir, a pesar de no haber consignado en ese momento su nombramiento, se identificó ante la secretaría del Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos, Tinaco y Lima Blanco de la Circunscripción Judicial del estado Cojedes, como una funcionaria adscrita a la Unidad de Defensa Pública de esta Región, evidentemente, con conocimiento de tener tal acreditación, y entiende esta Juzgadora, sin ningún interés distinto a ejercer tal función como defensora pública civil, la cual tiene como atribuciones en primera instancia civil, mercantil y tránsito, según la Ley Orgánica de la Defensa Pública, las siguientes: -

(...Omissis...)

Es importante resaltar, que las defensoras y defensores públicos, una vez que se juramentan, son funcionarios públicos y sus dichos tienen una presunción de legalidad salvo prueba en contrario, por emanar de personas investidas por su nombramiento de competencia para ejercer sus funciones. Al respecto, la Ley Orgánica de la Defensa Pública, establece:

(...Omissis...)

Adicionalmente, y en concordancia con lo anterior, la Ley de Juramento, establece en su artículo 1, que 'Ningún empleado podrá entrar en ejercicio de sus funciones sin prestar antes juramento de sostener y defender la Constitución y Leyes de la República y de cumplir fiel y exactamente los deberes de su empleo'; por todo ello, es evidente que una vez que las defensoras y defensores públicos prestan su juramento ante la defensora o defensor público nacional, se encuentran investidas e investidos de la cualidad de funcionarios públicos, conforme al artículo 22 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, en concordancia con el artículo 1 de la Ley de Juramento, cesando únicamente en dicha función por los supuestos contemplados en el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, enumerados así: 1. Muerte, 2. Renuncia, 3. Incapacidad permanente, 4. Jubilación, 5. Destitución, 6. Reducción de personal, 7. Pérdida de la nacionalidad venezolana, 8. Interdicción de sus derechos civiles y políticos.

Ahora bien, las defensoras y defensores públicos civiles, mercantiles y tránsito, en primera instancia, tienen las mismas potestades que un apoderado judicial, conforme al artículo 80 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, siendo sólo vetada o privativas únicamente a la parte, las mismas contempladas en el artículo 154 del Código Civil, a saber, convenir en la demanda, desistir,

transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio, por tanto, se entiende que su representación es amplia y faculta a las defensoras y defensores públicos a cumplir con todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por Ley a la parte misma, es decir, puede ejercer todos los actos del proceso, entre ellos, darse por citada o citado y los únicos que no puede realizar son los ya expresamente indicados anteriormente.

Evidentemente, la defensa pública en materia civil, mercantil y tránsito no puede equipararse a un abogado o una abogada privada, en el sentido que la prestación de su servicio es gratuita y no ejerce libremente la profesión, sino que está a disposición de la institución de la Defensa Pública, debiendo cumplir con su Ley, Reglamento y ordenamiento de funcionamiento interno, siendo en realidad la sustitución de la hasta hoy vigente institución del defensor ad-litem o defensor judicial, al cual vendría a sustituir dentro del proceso, pues, ya no sería necesaria su intervención por designación del tribunal, al existir un funcionario designado por ley para defender de forma gratuita a los justiciables, en la medida que vaya asumiendo esa institución competencia plena en esas competencias judiciales.

Es importante recalcar, que la defensora o defensor judicial, al igual que las apoderadas y los apoderados judiciales y las defensoras y los defensores públicos, tienen las limitaciones indicadas en el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio, se requiere de la presencia de la parte, no estando prohibido en ninguna norma expresa procesal para estos sujetos procesales que actúan en representación de la parte, darse por citados en los juicios y causas en los cuales actúan, en procura de los derechos de sus representados.

Lo anterior, que tiene sustento en la máxima judicial de la reserva legal de las sanciones y prohibiciones que reza nullum crimen, nulla poena sine lege o 'no hay crimen o pena sin ley que la contemple' y en la expresión 'lo que no está expresamente prohibido está tácitamente permitido', puede evidenciarse de la norma contenida en el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil, el cual, establece expresamente, que de no darse por citada la parte demandada, la citación se entenderá con la defensora o el defensor judicial nombrado, con lo que, se evidencia, que nuestra vigente norma adjetiva civil establece, que la citación como acto esencial de comunicación procesal y de orden público, puede perfeccionarse a través de la citación del defensor judicial, con lo que, se hace aplicable dicha norma por analogía juris al caso de la defensora o defensor público que actúe en el proceso y alegue hacerlo en representación de alguna de las partes, debiendo precisarse a todo evento, que la Defensa Pública es un ente autónomo e independiente del Poder Judicial y que nunca puede equipararse a esos servidores públicos a auxiliares de justicia como lo

serian los actuales defensores judiciales o ad-litem, quienes son nombrados por el tribunal y que su actuación debe ser controlada por el mismo, no siendo este el caso de las defensoras y defensores públicos.

En consecuencia, se evidencia que la ciudadana Anavith Gisela Moreno Jiménez, al actuar en fecha 30 de julio de 2015 en su carácter de defensora pública primera civil y administrativa especial inquilinaria y para la defensa del derecho a la vivienda, adscrita a la Unidad de Defensa Pública del estado Cojedes, en representación de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, conocía de su nombramiento y estaba en pleno desempeño de sus funciones como defensora pública, al indicar en la diligencia que riel a folio ciento veintiséis (126) del expediente, que actuaba:

'...asistiendo y representando en este acto a los ciudadanos: Yoli Margarita Rangel de Cedeño y Carlos Rafael Cedeño Fuentes, titulares de las cédulas de identidad Nros. 4.371.045 y 5.990.575 respectivamente, en virtud del requerimiento realizado por dichos usuarios ante esta Unidad de la Defensa Pública en fecha 30-07-2015, acudo ante su competente autoridad a los fines de solicitar copias simples del expediente judicial seguido por ante ese Tribunal con la finalidad única de ejercer el derecho a la defensa de los mismos, en relación a una oferta real de pago'.

En consecuencia, es una defensa desleal y alejada de la probidad, el alegar que no había sido consignado en actas su nombramiento para actuar en esta causa en representación de la oferida, pues, de otra manera, estaría abusando de su poder al actuar sin la debida autorización de su Unidad de Adscripción, e incurría en un supuesto de hecho que acarrearía sanciones administrativas, desde la amonestación, por no cumplir con los canales regulares para actuar en una causa a la cual no le fue asignada, conforme al ordinal 8, del artículo 133 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, hasta incluso la destitución de su cargo, por incurrir en actos que lesionen la respetabilidad del Poder Judicial o que aún no constituyendo delito comprometa gravemente la dignidad del cargo y la honorabilidad de la Defensa Pública; Realizar actos propios del libre ejercicio de la abogacía; Incurrir en error inexcusable por desconocimiento o ignorancia de la ley; Abuso de autoridad; Valerse de su condición de servidor público o servidora pública en actividades diferentes a las del ejercicio de su cargo; y cualquier otra que represente conducta personal o profesional inapropiada a la dignidad del cargo, conforme a los ordinarios 2, 7, 8, 10, 11 y 15 del artículo 134 eiusdem, ello sin contar con la responsabilidad penal en la que incurría si se atribuye una representación que no le ha sido otorgada al testar falsamente ante un funcionario judicial, pues, hay que recordar que la responsabilidad en materia funcional es civil, penal y administrativa, conforme al artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como conclusión de todos los razonamientos antes indicados, no cabe la menor duda que la defensora pública, al actuar ante el tribunal de la

recurrida, en fecha 30 de julio de 2015, lo hacía ejerciendo la plena representación de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, por ser una funcionaria debidamente juramentada ante la Defensoría Pública Nacional, a tenor de lo establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, en concordancia con el artículo 1 de la Ley de Juramento, lo cual se evidencia además, del acta de requerimiento, de la misma fecha, que riela a los folios ciento sesenta (160) y ciento sesenta y uno (161) del expediente, consignada posteriormente por la misma defensora el 06 de octubre de 2015, por lo que, tenía pleno conocimiento de la negativa de la oferida a recibir el pago y que había sido emplazada por cartel para darse por citada, por auto del 21 de julio de 2015, a los fines de exponer sus razones y alegatos dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a su citación.

Ahora bien, indicado lo anterior, se hace preciso que esta Juzgadora analice si se materializó en la presente causa la citación tácita de la oferida, ciudadana Yoli Margarita Rangel de Cedeño, observando, que el artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, expresa:

(...Omissis...)

Profundizando un poco más en la institución de la citación tácita, hace suyo esta Superioridad, el criterio establecido en la sentencia N° 1022, de fecha 07 de septiembre de 2004, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Vélez, la cual ha sido reiterada, expresando lo siguiente:

(...Omissis...)

De la norma procesal transcrita y del fallo de nuestro Máximo Tribunal de la República, se evidencia, que si la parte o su apoderado o representante judicial, realiza alguna diligencia en el proceso se entenderá citada desde ese momento para la contestación de la demanda, sin más formalidad que la indicada, es decir, que una vez que la abogada Anavith Gisela Moreno Jiménez, en su carácter de defensora pública primera civil y administrativa especial inquilinaria y para la defensa del derecho a la vivienda, actuó en representación de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, en fecha 30 de julio de 2015, encontrándose la causa en la etapa procesal de citación, la misma quedó automáticamente emplazada para dar contestación a la Oferta, dentro de los tres (3) días de despacho contados a partir de la constancia en actas de su citación, conforme al artículo 824 del Código de Procedimiento Civil, por ello, no puede configurarse en la presente causa violación al debido proceso ni al derecho a la defensa de la oferida, pues, la actuación del tribunal a-quo, estuvo apegada estrictamente a derecho, no existiendo motivos para considerar que la aplicación de la Ley pueda ser motivo para alegar violación de los artículos 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues, darle un trato distinto y privilegiado en el proceso civil a una de las partes, si vulneraría la garantía de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 21 eiusdem, en concordancia con el principio de

igualdad procesal de las partes, contenido en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil. Así se determina.

Ello así, la parte oferida estaba en pleno conocimiento de la causa y debidamente citada al momento que el tribunal de la recurrente dictó su auto de fecha 13 de octubre de 2015 mediante el cual se consideró citada tácitamente la ciudadana Yoli Margarita Rangel de Cedeño y se revocó por contrario imperio los autos dictados el 03 de agosto de 2015 y el 01 de octubre de 2015, tal como se evidencia de los folios ciento setenta y siete (177) y ciento setenta y ocho (178), contra el cual, no ejerció recurso alguno en su oportunidad legal correspondiente, por lo que, no puede considerarse que se vulneró su derecho a la defensa y al debido proceso, por cuanto, es obligación de la parte hacer seguimiento a su expediente para verificar las actuaciones que puedan sucederse en el mismo, para poder ejercer los recursos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico en su oportunidad legal, en virtud del principio de citación única contenido en el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en su fallo N° 601, del 29 de octubre de 2009, con ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez, preciso (sic):

(...Omissis...)

Con respecto a las excepciones al principio de citación única de las partes, la Sala Constitucional en decisión N° 2314, de fecha 18 de diciembre de 2007, Exp. N° 07-1270, en el caso de Virginia Margarita Mendoza de Brewer, estableció:

'...Cónsona con las ideas esbozadas, esta Sala Constitucional se pronunció en sentencia N° 431 del 19 de mayo 2000 (caso: 'Proyectos Inverdoco, C.A.'), donde expresamente señaló:

(...Omissis...)

Es evidente que la institución de la citación única, contenida en el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil, garantiza la celeridad y buena marcha del proceso, no configurándose en este caso, las excepciones indicadas respecto al abocamiento de un nuevo juez o la ruptura de la estadía de las partes a derecho una vez que la defensora pública de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, se dio por citada tácitamente en fecha 30 de julio de 2015, por lo que, estaba debidamente emplazada para todos los actos del proceso y debió hacer seguimiento continuo a la causa, para que en caso de considerarlo necesario, ejerciere los recursos procesales en la oportunidad procesal correspondiente, lo cual, no se verificó en el caso de marras, por cuanto, se reitera que, a pesar de estar en conocimiento de la causa, no se opuso al auto que la consideró tácitamente citada y revocó los autos dictados por el Juzgador de la recurrente. Así se concluye.

Finalmente, en lo que respecta al argumento de que el juez de la causa con sus actuaciones realizadas antes y en la oportunidad de dictar sentencia, reflejó un total desapego a los criterios sostenidos por la Sala Constitucional, referidos a las revocatorias por contrario imperio de los autos de mero trámite, siempre que estos no lesionen el sagrado derecho a la defensa de alguna de las partes, sin mencionar ningún precedente o sentencia al respecto, con lo cual, deja inmotivado su argumento, haciéndole imposible a esta juzgadora pasar a analizar el mismo, sin suplir esta defensa conforme al artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, por lo que, al no existir indicación expresa de precedente jurisprudencial que se adapte al caso de marras a favor de la recurrente, mal podría esta sentenciadora llenar ese vacío que es carga de la interesada. Así se advierte.

Por otra parte, no puede considerar la parte recurrente, que las actuaciones realizadas por la secretaría del tribunal a-quo, puedan avalar la supuesta inexistencia de su citación tácita, pues, es deber de esta funcionaria recibir los escritos y no emitir opinión alguna sobre la procedencia o no de estos, pues en ese caso, tendría que inhibirse de seguir conociendo la causa, conforme a lo indicado en el ordinal 15º del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil; es al juez, quien se pronuncia a través de los autos firmados conjuntamente con la secretaría o secretario del tribunal, los que indican el curso del proceso, pues, es el juez el director del mismo, por imperio del artículo 14 eiusdem. Así se declara.

En virtud de todo lo antes analizado, llega esta jurisdicente a la conclusión, que la abogada Anavith Moreno, en su condición de defensora pública de la ciudadana Yoly Margarita Rangel de Cedeño, quedó tácitamente citada en fecha 30 de julio de 2015, en nombre y representación de su patrocinada, y que a partir de ese momento, tenía la carga de asistir y ejercer el derecho a la defensa de la precitada ciudadana, conforme a los artículos 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 15, 26, 154 y 216 del Código de Procedimiento Civil, no evidenciándose que la omisión de tal servidora publica (sic) de cumplir con la función que le fue encomendada, pueda ser endosada al Juzgador de la recurrida, pues, la referida abogada no es auxiliar del tribunal, sino que está adscrita a un ente autónomo e independiente que forma parte del sistema judicial, conforme al artículo 253 de la Carta Magna, por lo que, en definitiva, la presente apelación no puede prosperar en derecho, y así será declarado en la dispositiva de este fallo, debiendo ser confirmada la sentencia recurrida, por no violar derechos y garantías constitucionales. Así se decide... ”

IV

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:

En virtud de lo dispuesto en los artículos 266, cardinal 1y 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 25.20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, resulta necesario reiterar que le corresponde a esta Sala Constitucional conocer de las acciones de amparo en primera instancia contra decisiones u omisiones de los Juzgados o Tribunales Superiores -salvo los Contencioso Administrativos, las Cortes de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal-.

En el presente caso, se somete al conocimiento de la Sala una acción de amparo constitucional interpuesta contra la decisión dictada el 14 de marzo de 2016 por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, motivo por el cual esta Sala se declara competente para resolver la presente acción y así se declara.

V

DE LA ADMISIBILIDAD

Una vez declarada la competencia para conocer la presente causa, esta Sala observa que la pretensión de amparo constitucional interpuesta cumple con los requisitos contemplados en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y *prima facie* no se halla incursa en las causales de inadmisibilidad que pre estableció el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como las previstas en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por lo cual debe admitirse la acción. Así se declara

En consecuencia, se ordena la práctica de las notificaciones correspondientes y la fijación de la audiencia constitucional dentro de los cuatro días siguientes, por lo que la Secretaría de la Sala debe oficiar al Ministerio Público, al Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, así como a la parte actora en la demanda de oferta real de pago, ciudadana Sorana de Jesús Franco Pinto, titular de la cédula de identidad N.º 17.329.573 en su condición de tercera

interesada. Las notificaciones serán practicadas de conformidad con lo previsto en el artículo 91.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

VI

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 que:

PRIMERO: ADMITE la acción de amparo constitucional ejercida por el abogado William Alberto Ramos Aguilar, actuando en su carácter de apoderado judicial de la ciudadana **YOLY MARGARITA RANGEL DE CEDEÑO**, contra el fallo dictado el 14 de marzo de 2016 por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Cojedes.

SEGUNDO: ORDENA la notificación del Juez Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes y remitirle adjunta a dicha notificación, copias certificadas, tanto de la presente decisión como del escrito contentivo de la solicitud de amparo, para que comparezca ante la Secretaría de esta Sala, con el fin de que conozca el día y la hora en que se celebrará la audiencia oral y pública. Se deja constancia de que la ausencia en el acto del referido Juez, no se presumirá como aceptación de las presuntas lesiones denunciadas.

TERCERO: ORDENA la notificación del Ministerio Público, en la persona de su titular, sobre el inicio del presente procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

CUARTO: ORDENA la notificación de la ciudadana Sorana de Jesús Franco Pinto, en su condición de tercera interesada, sobre el inicio del presente procedimiento para lo cual se comisiona al Juez Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes. Líbrese boleta.

QUINTO: ORDENA a la Secretaría de la Sala, que fije la audiencia constitucional dentro de los cuatro días siguientes, a la última de las notificaciones ordenadas.

Publíquese, regístrese y notifíquese. 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 13 días del mes de Marzo de dos mil dieciocho (2018). Años: 207º de la Independencia y 159º de la Federación.

Publíquese y regístrese. Archívese el expediente

El Presidente,

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

LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON

Ponente

La Secretaria,

MÓNICA ANDREA RODRÍGUEZ FLORES

Exp. 16-0878

LBSA



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

EN SALA

CONSTITUCIONAL

Expediente 17-0210

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Mediante escrito presentado ante la Secretaría de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 15 de marzo de 2017, el abogado Eduar Enrique Moreno Blanco, titular de la cédula identidad N.º V 11.753.239, inscrito en el Inpreabogado bajo el N.º 65.087, en su carácter de Defensor Público Segundo con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Provisorio conforme a la designación efectuada según Resolución N.º DDPG-2010-0224 del 29 de noviembre de 2010, actuando en representación de la ciudadana **MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES** y de su hija **REBECA ALEXANDRA SUÁREZ MENDOZA**, titulares de las cédulas de identidad N.º 9.945.480 y 20.803.813 respectivamente, solicitó la revisión de la sentencia dictada el 01 de octubre de 2015 por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual se declaró: (i) sin lugar el recurso de apelación ejercido por la ahora accionante contra la sentencia dictada el 27 de enero de 2015 y su aclaratoria de fecha 30 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio que por Partición y Liquidación de la Comunidad Conyugal fuera interpuesto por la representación judicial del ciudadano **TOMÁS ENRIQUE SUÁREZ ÁLVAREZ**; (ii) confirmó las sentencia de fecha 27 de enero de 2015 y su aclaratoria de fecha 30 de marzo de 2015, proferidas por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo

Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; *(iii)* acordó la partición del bien inmueble constituido por un apartamento distinguido con el nº 83, situado en el piso 8 del edificio N.º 2 del Conjunto Residencial Centro Residencial La California, ubicado en la avenida Francisco de Miranda, en la urbanización La California, municipio Sucre del estado Miranda, quedando establecido que la misma debe hacerse en la siguiente proporción: el cincuenta por ciento (50%) del bien inmueble el cual conformó parte de la comunidad conyugal que existió entre las partes del juicio a la ciudadana **MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES** y el cincuenta por ciento (50%) restante del referido inmueble al ciudadano **TOMÁS ENRIQUE SUÁREZ ÁLVAREZ**, para lo cual indica que deberá realizarse el nombramiento de partidor y, *(iv)* condenó en costas a la ahora accionante de conformidad con lo establecido en el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil.

El 15 de mayo de 2017, se dio cuenta en Sala del presente expediente, y se designó como ponente a la Magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

Realizado el estudio de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones:

I

DE LOS FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN

La solicitud de revisión se fundamentó sobre la base de los argumentos que se resumen a continuación:

“ANTECEDENTES”

La ciudadana MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES contrajo matrimonio con el ciudadano TOMAS (sic) ENRIQUE SUÁREZ ÁLVAREZ, en fecha 04 de mayo del año 1991.

De dicha relación procrearon dios (sic) hijos REBECA ALEXANDRA SUAREZ MENDOZA y ENRIQUE JOSE (sic) SUAREZ MENDOZA.

El vínculo matrimonial fue disuelto en fecha 14 de febrero del año 2007, mediante sentencia dictada el juez Unipersonal XIII de la Sala de Juicio del Circuito

Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Durante la comunidad conyugal adquirieron los siguientes bienes inmuebles:

1.- Un apartamento distinguido con el número 83, situado en el piso 8 del Edificio N°2 del Conjunto residencial 'Centro residencial La California (sic)' ubicado en la Av Francisco de Miranda, Municipio Sucre del Estado Miranda.

2.- Un apartamento distinguido con el número 4-2 situado en el piso 4 del Conjunto Residencial 'Edificio Araguaney 56', primer ETAPA DE LA URBANIZACIÓN 'Ciudad Parque La Pradera', Municipio Guacara del Estado Carabobo.

El ciudadano TOMAS (sic) ENRIQUE SUÁREZ ÁLVAREZ, interpuso demanda de partición y liquidación de la comunidad conyugal, que le correspondió conocer y decidir al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, quien en fecha 27 de enero del año 2015, declaró CON LUGAR , la demanda.

Contra esa decisión, mi representada ejerció recurso de apelación, a quien le correspondió conocer y decidir al Tribunal Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, quine (sic) mediante decisión de fecha primero de octubre del año 2015, declaró:1) Sin lugar el Recurso de Apelación.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

De los dos hijos que procrearon, a REBECA ALEXANDRA SUAREZ MENDOZA cédula de identidad N° 20.803.813, quien por complicaciones en el parto, sufrió paro cardiorrespiratorio (sic) que le produjo lesiones neurológicas muscuesqueléticas, que permanecen hasta la presente fecha con otras complicaciones.

En fecha 10 de abril del año 2013, se celebró audiencia de extensión de manutención a favor de REBECA ALEXANDRA SUAREZ MENDOZA para la fecha de veintiún (21) años y de ENRIQUE JOSE (sic) SUAREZ MENDOZA, para la fecha de diecinueve (19) años, en dicha oportunidad el hoy demandante en partición manifestó la (sic) no poder aportar más de MIL QUINIENTOS BOLIVARES (BS 1.500,00),lo que fue rechazado por la madre en razón de la insuficiencia para atender las necesidades originadas por la condición especial de salud de REBECA ALEXANDRA SUAREZ MENDOZA y menos aún para cubrir las necesidades escolares de ENRIQUE JOSE (sic) SUAREZ MENDOZA.

La pretensión tuvo como argumento, la negativa de mi representada a la partición amigable de los (02) apartamentos pertenecientes a la comunidad conyugal, lo que resultó falso, toda vez, que se hizo la liquidación parcial de la comunidad conyugal mediante la venta del apartamento situado "Ciudad Parque La Pradera", Municipio Guacara del Estado Carabobo.

En la oportunidad de informes ante el Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, se informó que 'REBECA ALEXANDRA SUAREZ MENDOZA, se encuentra con discapacidad física permanente desde el momento de su nacimiento en el año 1991, producto de un paro cardiorrespiratorio que le ocasionó una parálisis cerebral infantil que le afectó su parte motora ...omissis...

(…)

En dicha oportunidad se alegó y 'probó la condición de vivienda principal de los hijos del demandante y en especial de REBECA ALEXANDRA SUAREZ MENDOZA, hecho este demostrado mediante documentales como Registro de Vivienda Principal, Registro de Información Fiscal, recibos de pago de condominio, constancia de residencia, recibo de electricidad, recibo de pago de gas, recibo de pago de televisión por cable, estas documentales otorgaban con certeza del lugar de habitación, residencia y vivienda única de MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES y de sus hijos REBECA ALEXANDRA SUAREZ MENDOZA y ENRIQUE JOSE (sic) SUAREZ MENDOZA, cuyo bienm (sic) era objeto de partición y liquidación.. '.

En la oportunidad de Informes, también se alegó la condición de salud de REBECA ALEXANDRA SUAREZ MENDOZA y se pidió la protección de ella dada su condición de salud y la amenaza de quedarse sin resguardo alguno con riesgo a la vida, señalando la representación legal de MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES en su escrito '...Como quiera que sea la liquidación es un derecho, también existe una realidad ineludible de la discapacidad motora de la hija de ambos excónyuges y ella tiene derecho a un bien inmueble como hogar, y en estos momentos está viendo amenazado en su derecho a permanecer en su vivienda por no tener capacidad por sus propios medios de adquirir otra vivienda, más aún cuando la adquisición del bien en la ciudad de caracas, atendió fue al (sic) necesidad de brindarle una mejor calidad de vida, y al momento de solicitar los créditos conjuntos para la adquisición de dicho inmueble fue para atender las necesidades de la discapacidad motora de ella'

(…)

Consideró el Tribunal Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en la sentencia de fecha Primero de (01)(sic) octubre del año 2015, que el señalamiento sostenido en el acto de Informes relacionado con la vivienda principal y con la condición de salud de REBECA ALEXANDRA SUAREZ MENDOZA, constituía un hecho nuevo que conforme al principio de preclusión procesal, admitir tal alegato significaba dejar en estado de indefensión a la contraparte, por no contar oportunidad para contradecirlo. También sostuvo que de acuerdo con el oficio emanado del Consejo Nacional Electoral el domicilio procesal de la demandada es en la ciudad de Puerto Ordaz, Estado Bolívar.

Respecto a la protección especial que debe ser dispensada a las personas con discapacidad resulta oportuno indicar sentencia con año 2015, con ponencia del Magistrado JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER, donde se dejó establecido:

'(...) En efecto, la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes otorga una protección constitucional, a niños, niñas y adolescentes en condiciones especiales, como se desprende –entre otros- de lo dispuesto en el artículo 351 que desarrolla las medidas que puede tomar el sentenciador en caso de divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio...'.

II

DE LA SENTENCIA CUYA REVISIÓN SE SOLICITA

El fallo objeto de análisis, fue dictado el 01 de octubre de 2015 por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, declarándose:

“-II- DE LAS PRUEBAS Y SU VALORACIÓN.

Siendo la oportunidad para dictar sentencia en la presente causa, pasa hacerlo esta Superioridad y para ello se observa:

Conforme a las normas distributivas de la carga de la prueba consagrada en los artículos 1354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil, las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, y quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

La carga de la prueba, según nos dicen los principios generales del derecho, no es una obligación que el Juzgador impone caprichosamente a una cualquiera de las partes. Esa obligación se tiene según la posición del litigante en la litis. Así al demandante toca la prueba de los hechos que alega, por lo que incumbe probar a quien afirma la existencia de un hecho, no a quien lo niega, más al demandado toca la prueba de los hechos en que basa su excepción.

Ahora bien, en el presente caso, la parte actora promovió junto con su escrito libelar: original del Instrumento Poder, copia certificada de la sentencia dictada por el Juez Unipersonal N° XIII de la Sala de Juicio del Circuito judicial de

Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 14 de febrero de 2007, mediante el cual disolvió el vínculo conyugal.

Consignó además, copias certificadas de documentos de propiedad de un apartamento ubicado en el Conjunto Residencial La California en la ciudad de Caracas, y otro ubicado en la Urbanización Ciudad Parque la Pradera en el Estado Carabobo.

Todos éstos documentos acompañados por la parte actora a su libelo, no fueron tachados, impugnados, ni desconocidos por la parte demandada a lo largo del proceso, por lo que este Tribunal les otorga pleno valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

De igual manera, en la oportunidad de promover pruebas, junto a su escrito de promoción, la parte actora reprodujo e hizo valer el mérito favorable de los autos, así como de las documentales acompañadas a su escrito libelar a las cuales este Tribunal ya les ha otorgado pleno valor probatorio.

A ese respecto esta Sentenciadora observa, que la doctrina jurisprudencial moderna, ha determinado que el mérito favorable de autos, no constituye un medio de prueba, sino un deber del jurisdicente, por lo que al no ser promovido un medio de prueba susceptible de valoración, se desecha. Así se decide.

Pero la parte actora invocó además el principio de comunidad de la prueba, y solicitó sean tomados en consideración las documentales consignadas con el escrito de contestación a la demanda por la apoderada judicial de la parte demandada, marcadas A y B.

A ese respecto se observa: Según el Tratadista ENRIQUE M. FALCON en su obra 'Tratado de la Prueba', pag. 220, señala: 'La Comunidad Probatoria: El principio de adquisición es una consecuencia de esta comunidad; "esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a éste beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere (...).'

Por lo tanto, considera esta sentenciadora que la prueba una vez que ha sido traída a los autos como un aporte de las partes para demostrar sus alegatos, debe ser tomada en cuenta por el Juez, en la valoración, sin importar que beneficie a quien la aportó o a la parte contraria. Es decir, está el Juez en el deber de aplicarlo de oficio siempre, sin necesidad de alegación de parte. Así se establece.

Ahora bien, la parte demandada en la oportunidad de dar contestación a la demanda, acompañó marcados 'A' y 'B', copias certificadas de contrato de opción de compra venta y de documento de venta, respectivamente, los cuales tampoco fueron tachados, desconocidos o impugnados por la parte actora, por lo que este Tribunal les otorga pleno (sic) valor probatorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil y así se decide.

Valoradas las documentales y pruebas aportadas por las partes a este proceso,

corresponde decidir al fondo la presente causa y en ese sentido, se establece:

-III-

La parte actora demanda en su libelo, la partición de dos (2) inmuebles que pertenecieron a la comunidad conyugal que mantuvo con la ciudadana MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES, la cual fue disuelta en fecha 14-02-2007, por un Tribunal con competencia en Protección del Niño, Niña y Adolescente. La parte demandada en la primera oportunidad de comparecer a juicio, a dar contestación a la demanda, negó que no se hayan liquidado los bienes de la comunidad y señaló que:

'Rechazo y contradigo tanto en los hechos como en el derecho, lo alegado por el actor en su libelo de demanda, por cuanto no es cierto, que desde la fecha 14 de febrero de 2007 no se hayan liquidado los bienes de la comunidad. En consecuencia, tampoco es cierto que mi representada MAYTHÉE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES se haya negado a la partición amistosa de la comunidad conyugal, porque lo cierto es, que desde el año 2010 –antes de la fecha de esta demanda-, mi representada a los fines de vender y liquidar los bienes de la comunidad ha venido realizando distintas gestiones personales...'.

El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de esta Circunscripción Judicial, que conoció de la causa en primer grado de jurisdicción, dictó sentencia en fecha 27 de enero de 2015, en la que declaró lo siguiente:

'...PARCIALMENTE CON LUGAR la pretensión contenida en la demanda que por partición intentó el ciudadano TOMAS ENRIQUE SUÁREZ ÁLVAREZ, en contra de la ciudadana MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES. En consecuencia se dispone lo siguiente: PRIMERO: se ordena la partición del siguiente bien: 'un (1) apartamento distinguido con el Nro. 83, situado en el piso 8 del Edificio Nro. 2 del Conjunto Residencial 'Centro Residencial La California', ubicado en la Avenida Francisco de Miranda, Urbanización La California, Municipio Sucre del Estado Miranda, el cual tiene una superficie aproximada de ciento diez metros cuadrados (110 Mtrs2), un puesto de estacionamiento distinguido con el Nro.132, según consta del documento de propiedad protocolizado ante la oficina Subalterna del Primer Circuito de Registro Público del Municipio Sucre del Estado Miranda, en fecha 07 de noviembre de 1997, bajo el Nro. 24, Tomo 19, Protocolo Primero, el cual consignó junto con el libelo de la demanda marcado con la letra C'. SEGUNDO: Se NIEGA la partición del inmueble distinguido por el apartamento signado con el número 4-2 ubicado en el 4to. Piso del Edificio Araguaney 56, Primera Etapa de la Urbanización Ciudad Parque La Pradera, situado en el lugar conocido como fondo El Cercadito, Municipio Guacara del Estado Carabobo...'.

Antes de entrar a resolver el objeto de la apelación interpuesta, resulta pertinente señalar que el matrimonio es una de las instituciones fundamentales de todo sistema político-jurídico, por cuanto en él generalmente se desarrolla la familia, la cual es considerada la célula fundamental de toda sociedad, de esta manera, su protección está circunscrita a normas de orden público que regulan todas las situaciones de hecho y derecho surgidas con ocasión a la constitución de la misma.

Así, el autor Jorge García Rincón en su artículo '*Los cónyuges y la pluralidad de partes en el contrato de sociedad mercantil*'. Publicado en la Obra *ENSAYOS DE DERECHO MERCANTIL. Libro Homenaje a JORGE ENRIQUE NÚÑEZ*, del Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje, No. 15, Caracas, Venezuela, 2004, expone:

'...La sociedad de gananciales, se caracteriza por el almagamamiento (sic) de un patrimonio que se comienza a formar a partir del momento en que se da nacimiento a una vinculación matrimonial.

La ley le impone como requisito, la fusión de esfuerzos, obligaciones recíprocas, responsabilidades compartidas, administración y disposición conjuntas, que conducen a la creación de un patrimonio único. Con esto significamos que esta sociedad conyugal o de gananciales, adicional a los aspectos afectivos y espirituales, produce una integración material y absoluta en el patrimonio o hacienda se origina con o por ocasión de la relación legal entre los cónyuges...’.

Por lo tanto, cabe destacar que la homogeneidad patrimonial de dicha sociedad no puede ni dividirse, ni regularse de manera diferente a la establecida por la ley, mientras subsista la relación que la creó. Esto quiere decir, que en ella existe una sola masa patrimonial indivisible por lo que la pluralidad de personas para la constitución de la sociedad mercantil está neutralizada por la concentración del patrimonio de los cónyuges.

Igualmente, tenemos que según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del autor MANUEL OSSORIO, la partición puede definirse de la siguiente manera:

'...Partición. El concepto genérico conocido es el de división o reparto en dos o más partes o entre dos o más partícipes. II Más en especial en el mundo jurídico, la distribución o repartimiento de un patrimonio -singularmente la herencia o una masa social de bienes- entre varias personas con iguales o diversos derechos sobre el condominio a que se pone fin...’.

Así tenemos que las normas relativas a la comunidad sean por motivos de matrimonio, unión concubinaria o herencia están reguladas por el Código Civil, las cuales estipula la posibilidad que uno de los comuneros que no deseé continuar con la misma, pueda exigir la parte que le corresponda, es lo que se conoce como partición, la cual a su vez puede ser por vía judicial o extrajudicial. Por la vía judicial, la partición tiene características especiales que atienden a la

particular intervención de las partes, así el artículo los artículos 777 y 778 del Código de Procedimiento Civil establecen:

(Omissis)

En este orden ideas, cabe destacar lo establecido en el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil; que señala lo siguiente:

(Omissis)

Igualmente resulta pertinente resaltar que el matrimonio es una de las instituciones fundamentales de todo sistema político-jurídico, por cuanto en él generalmente se desarrolla la familia, la cual es considerada la célula fundamental de toda sociedad, de esta manera, su protección está circunscrita a normas de orden público que regulan todas las situaciones de hecho y derecho surgidas con ocasión a la constitución de la misma.

Así, al celebrarse el vínculo conyugal, una de sus consecuencias jurídicas es la constitución de la comunidad conyugal o de gananciales; en este sentido la Sección II del Capítulo XI del Código Civil Venezolano, titulada: 'Del Régimen de los bienes', establece lo siguiente:

'...Artículo 148:

(Omissis)

Artículo 173:

(Omissis)

Artículo 760:

(Omissis)

Artículo 768:

(Omissis)'

Así las cosas, Nuestro Código Civil establece respecto a la comunidad de gananciales o comunidad conyugal de bienes que se detalla de la siguiente manera:

'...Artículo 156:

(Omissis)

Por otra parte, establece el artículo 164 del Código Civil Venezolano que reza lo siguiente:

(Omissis)

En este orden de ideas, la ley sustantiva tiene como regla general, que todos aquellos bienes a título oneroso, que adquieran los cónyuges dentro de la comunidad conyugal, se tienen como parte de ella, hasta tanto no se pruebe que los mismos sean bienes propios; de allí se evidencia, que el actor y la demandada pueden y están en la capacidad de solicitar la partición de todo aquello que conforme la comunidad de gananciales, y por tanto, tocará a este Juzgador determinar si los bienes señalados en la demanda, así como en la contestación, existen y forman parte de la sociedad conyugal.

Igualmente resulta pertinente señalar que acerca de esta Comunidad Conyugal o Patrimonio Común la doctrina compilada en la obra Código Civil de Venezuela, editada por la Universidad Central de Venezuela (p.355; 1996), expresa:

'...En el régimen patrimonial matrimonial de la comunidad de gananciales, al lado de los bienes propios o exclusivos del respectivo cónyuge adquiriente, existen otros que pertenecen en común de por mitad a ambos esposos, independiente de cuál de ellos los haya habido. Son esos los bienes gananciales'.

'Se consideran comunes en principio y por regla general, todos los bienes que los esposos adquieran conjunta o separadamente durante el matrimonio, por actos a título oneroso...' .

Existe como consecuencia del Matrimonio una comunidad de gananciales y en virtud de esta, una presunción de existencia de ella sobre los bienes adquiridos por los cónyuges a título oneroso, ya sea de forma conjunta o separadamente, al respecto observamos que la citada obra precisa que:

'...A falta de toda convención rige la comunidad legal; los bienes adquiridos durante el matrimonio se presumen que pertenecen a la sociedad conyugal y ésta es una presunción legal de copropiedad. De modo, que si no consta la anterior procedencia de los bienes al matrimonio o su adquisición durante éste, pro (sic) donación, herencia o legado, éstos pertenecen de por mitad a los esposos en el concepto de bienes comunes o gananciales...'.

Aunado a lo anterior, precisa la doctrina en análisis de la normativa sustantiva al respecto, cuales son los bienes que pertenecen a la comunidad patrimonial conyugal, precisando que:

'...Se habla de una comunidad de gananciales, porque en ella se incluyen no sólo las adquisiciones hechas durante el matrimonio a expensas del caudal común (art. 156, ord. 1º), sino también las hechas o producidas por el trabajo, profesión, industria o arte de cualesquiera de los cónyuges (art. 156, ord. 2º) o las derivadas de los frutos, rentas e intereses de cada cónyuge (art. 156, ord. 3º), así como las donaciones hechas con ocasión del matrimonio (art. 161). Y se dice que ella es ilimitada, pues además de que no entran los bienes que ya pertenecieran, por cualquier título oneroso o gratuito a cualquiera de los cónyuges antes del matrimonio, no entran tampoco en esa comunidad los que cada uno de los (sic) adquiriera por herencia, legados o donaciones hechas a título personal al respectivo cónyuge, aunque estos eventos ocurran durante el matrimonio, o los que entre al patrimonio particular de ese cónyuge por subrogación real con otro de tales bienes propios de él (por permuto, retracto con dinero de su patrimonio, dación en pago para extinguir un crédito personal de ese cónyuge, u otra causa lucrativa que precede al matrimonio, compras hechas con dinero precedente (sic) de otros bienes del propio adquiriente), ni tampoco otros bienes adquiridos pro (sic) otros títulos que resulta justo excluir de la comunidad, tales como indemnizaciones por accidentes personales, seguros de vida, de daños personales u otros derechos personalísimos (art. 151 y 152). A ello habría que agregar todavía, los bienes donados o dejados en testamento conjuntamente a los cónyuges con designación de la parte que corresponde a cada uno, o en su defecto, de por mitad, según lo establecido en el artículo 153 y que se califican como bienes propios de los cónyuges...'.

Respecto al procedimiento a aplicar para dicha partición es el ordinario, al observar el artículo 183 del Código Civil que establece que:

(Omissis)

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 778 de nuestra norma

adjetiva, la oportunidad para hacer oposición al proceso de partición, le es dada a la parte demandada, en la contestación de la demanda.

En el presente caso, como ya se ha expresado, la parte demandada al momento de comparecer a dar contestación a la demanda, solo se limitó a rechazar y contradecir la misma, en base a lo alegado por parte actora, respecto de su negación a la partición amistosa, es decir, la parte demandada en el escrito de contestación, -el cual hemos transcritto parcialmente-, alega haber realizado gestiones tendentes a concretar la partición de los bienes de la comunidad conyugal, tal como expresamente lo manifiesta.

Obsérvese entonces, que lejos de oponerse a la partición solicitada por (sic) parte actora, su contraparte, declara estar de acuerdo con la misma.

Es con miras a esa manifestación de parte demandada que ésta sentenciadora considera, luego de valorar todas y cada una de las pruebas aportadas y examinadas exhaustivamente, así como lo alegado y probado a lo largo del juicio, que está demostrado en autos la comunidad de gananciales existentes (sic) entre las partes, ciudadano TOMAS (sic) ENRIQUE SUÁREZ ÁLVAREZ y ciudadana MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUÍÑONES.

Ahora bien, observa esta sentenciadora que la parte demandada en el escrito de informes en Alzada, se opone a la solicitud de partición alegando a su favor que la vivienda cuya partición se pretende, está constituida como vivienda principal, para demostrar sus alegaciones trajo a esta Superioridad, documento de 'Registro de Vivienda Principal' y 'Constancia de Residencia'.

A ese respecto, quien aquí decide, observa:

Como se dijo anteriormente, el procedimiento de partición, se encuentra establecido en el artículo 777 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Específicamente el artículo 778, es la norma que rige este procedimiento y que establece la oportunidad procesal para discutir los términos en que debe procederse a la partición, haciendo uso del mecanismo de oposición.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Civil en sentencia de fecha 06-02-2007, expediente N° 2006-000685, donde estableció:

Respecto al procedimiento de partición, esta Sala se ha pronunciado de forma reiterada sobre cuál es la interpretación correcta que debe dársele a los artículos 777, 778 y 780 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, en decisión de fecha 5 de agosto de 1999, caso José Antonio Ramírez Molina y otros contra Edgar Antonio Ramírez Delgado, en el expediente N° 99-103, sentencia N° 259, la Sala expresó lo siguiente:

(Omissis)

Tal criterio es reiterado por sentencia de fecha 29 de junio de 2006, expediente N° 2006-000098, caso: Leydis del Valle Rivas López contra Digna Concepción Zuleta de Pérez, en la cual se sostuvo:

(Omissis)

(Omissis)

Como se evidencia de las jurisprudencias anteriormente transcritas el procedimiento de partición consta de 2 etapas claramente diferenciadas, según la conducta procesal adoptada por la parte demandada, es decir, si ésta no contradice o no se opone a la partición, o lo hace en forma extemporánea, el juez, al no haber discusión respecto a los términos de ésta, debe emplazar a las partes al acto procesal subsiguiente el cual es su emplazamiento a los fines del nombramiento del partidor.

La otra hipótesis que establece la ley procesal es la relativa a la oposición que pudiere formular la parte demandada en la oportunidad de la contestación a la demanda sobre el carácter o cuota de los interesados, caso en el cual debe iniciarse la tramitación del procedimiento ordinario tal como lo preceptúa el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil. (Resaltado y subrayado del texto original).

Por lo tanto, el lapso estipulado en nuestra normativa legal para que la parte demandada hiciera oposición al procedimiento de partición, era en la contestación de la demanda. En el presente caso, la demandada al comparecer a juicio, no lo hizo, y en virtud de ello, el sentenciador de la recurrida decidió con arreglo a las probanzas aportadas a los autos, y como consecuencia de ello, declaró parcialmente Con Lugar la demanda, con miras a los documentos de opción de compra venta y compra venta traídos a los autos por la propia parte demandada como demostrativos de que ya se había procedido a la venta de uno de los inmuebles cuya partición se pretende, específicamente el ubicado en Guacara, Estado Carabobo.

De modo tal pues que, no le está permitido a las partes hacer alegaciones nuevas en esta instancia del proceso. Los únicos medios probatorios admitidos en la segunda instancia, son los previstos en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil.

Al comparecer la parte demandada ante esta Superioridad y mediante un escrito de informes alegar ‘un hecho nuevo’, como lo es, que la vivienda cuya partición fue declarada por el Juzgado que conoció de la causa en primera instancia, constituye ‘su vivienda principal’, contradice uno de los principios procesales del procedimiento Civil, cual es el ‘principio de preclusión’. Admitir ese hecho nuevo,

sería dejar en estado de indefensión a su contraparte quien no tendría oportunidad procesal para contradecir ese alegato.

Aunado a ello, consta en autos (folio 70), un oficio emanado del Consejo Nacional Electoral, al que ya se le ha atribuido pleno valor probatorio, donde informa que el domicilio procesal de la demandada es en la Ciudad de Puerto Ordaz, Estado Bolívar.

En conclusión, como quiera que el objeto de la pretensión es, precisamente la partición y liquidación de los bienes comunes, lo cual significará para la hoy recurrente un incremento en su patrimonio y no lo mermará y que viene en sustento de la sentencia de divorcio que alude a la disolución de la relación conyugal y posteriormente a la partición y liquidación de los bienes objeto de la comunidad que los unía, esta Juzgadora en su función garantista de los intereses de todo el núcleo familiar, considera forzoso declarar procedente la partición de la comunidad conyugal solicitada por el ciudadano TOMAS ENRIQUE SUÁREZ ÁLVAREZ, contra la ciudadana MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES, y así será declarado en el dispositivo del presente fallo.

El Tribunal que conozca de la causa en primera instancia, deberá emplazar a las partes para el nombramiento de partidores, una vez que la presente decisión quede definitivamente firme.”

III

DE LA COMPETENCIA

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre su competencia para conocer de la solicitud de revisión de la sentencia que se analiza y para ello, observa:

Debe esta Sala determinar su competencia para conocer de la presente solicitud de revisión y al respecto observa que conforme lo establece el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional tiene atribuida la potestad de:

“(...) Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (...)”.

Esta potestad de revisión de decisiones definitivamente firmes que abarca fallos que hayan sido expedidos tanto por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia como por los demás tribunales de la República, conforme al artículo 25, numerales 10 y 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se fundamenta en la intención final que reposa en la Sala Constitucional para ejercer su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo que establece el artículo 335 del Texto Fundamental.

En el caso que nos ocupa, si bien la decisión proferida el 27 de enero de 2015 por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas era recurrible en casación, no habiendo sido siendo ejercido el recurso en el lapso oportuno para ello, quedó definitivamente firme, en atención a la normativa anteriormente citada, esta Sala resulta competente para conocer de la presente solicitud. Así se declara.

IV

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Revisado el expediente, esta Sala pasa a decidir y en tal sentido realiza las siguientes consideraciones:

Observa la Sala que la peticionaria alega que el fallo dictado, el 01 de octubre de 2015, por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, violentó la garantía material del derecho a la vivienda prevista en el artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el derecho a la dignidad del ser humano prevista en el artículo 3 constitucional, afectando a la debida protección integral de los niños, niñas y adolescentes así como la protección del interés superior del niño, niña y adolescente prevista en el artículo 78 constitucional, que le asiste a la ciudadana Rebeca Alexandra Suárez Mendoza como hija común de los ex cónyuges.

Toda vez que si bien alcanzó la mayoría de edad, también tiene el derecho a la protección especial dada la condición permanente, originada en el paro respiratorio que en su nacimiento le produjo lesiones neurológicas y muscoesqueléticas

creándole una discapacidad motora presente hasta la fecha, donde el carácter tuitivo del Estado se encuentra establecido en el artículo 351 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en los siguientes términos:

“Artículo 351. Medidas en caso de divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio.

En caso de interponerse acción de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio, el juez o jueza debe dictar las medidas provisionales, en lo referente a la Patria Potestad y a su contenido, particularmente en lo que concierne a la Custodia, al Régimen de Convivencia Familiar y a la Obligación de Manutención que deben observar el padre y la madre respecto a los hijos e hijas que tengan menos de dieciocho años y, a los que, teniendo más de esta edad, se encuentren con discapacidad total o gran discapacidad, de manera permanente. En todo aquello que proceda, el juez o jueza debe tener en cuenta lo acordado por las partes.”

Inicialmente, cabe señalar que la facultad revisora que le ha sido otorgada a esta Sala por la Carta Magna de 1999, tiene carácter extraordinario y solo procede en los casos de sentencias definitivamente firmes cuya finalidad esencial es garantizar la uniformidad en la interpretación de normas y principios constitucionales y en ningún momento debe ser considerada como una nueva instancia, pudiendo ejercerse dicha facultad sobre las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que, de manera evidente, hayan incurrido en error grotesco de interpretación de la Constitución o cuando se evidencia la inobservancia de las interpretaciones de la Sala de las normas constitucionales.

Es así que el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la revisión constitucional, que no puede ser concebida como un recurso ordinario que se pueda intentar bajo cualquier fundamento, sino como una potestad *extraordinaria, excepcional y discrecional* que ejerce esta Sala Constitucional y que se encuentra limitada a unos supuestos claramente establecidos, con la finalidad de uniformar la doctrina de interpretación del Texto Fundamental y para garantizar la supremacía y eficacia de las normas y principios constitucionales (Vid. Sentencia N.º44 del 02 de marzo de 2000).

Se encuentra entonces la Sala en la obligación de considerar todos y cada uno de los fallos que son remitidos para su revisión, pero no de concederla y proceder a realizarla, por lo que su negativa no puede, en caso alguno, constituir violación del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes.

En el presente caso, se observa que el fallo objeto de análisis versa sobre un juicio de partición de bienes, que se rige proceduralmente siguiendo la Ley Adjetiva Civil en los artículos 777 y siguientes, los cuales manifiestan las características propias que le circunscriben, otorgándole un procedimiento de carácter especialísimo.

Del contenido de la referida normativa se evidencia que en el juicio de partición pueden presentarse dos situaciones diferentes, a saber: 1) Que en el acto de la contestación de la demanda no se haga oposición a los términos en que se planteó la partición en el correspondiente libelo, en cuyo supuesto no existe controversia y el juez declarará que ha lugar la partición y en consecuencia ordenará a las partes nombrar el partidor, no procediendo en estos casos recurso alguno; 2) que los interesados realicen oposición a la partición, la cual puede ser total o parcial, vale decir que recaiga sobre todo o algunos de los bienes comunes, en estos casos el proceso se sustanciará y decidirá siguiendo los trámites del juicio ordinario hasta que se dicte el fallo que implique la partición, tal y como lo establece el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo estado se emplazará a las partes para que procedan al nombramiento del partidor. Contra las decisiones que se produzcan en esta segunda hipótesis, se conceden tanto el recurso subjetivo procesal de apelación como el extraordinario de casación.

Debe observarse la naturaleza jurídica del acto de partición, que en nuestro sistema jurídico positivo es de carácter estrictamente declarativo y no atributivo del derecho sobre el bien a dividir. No obstante lo cual, es menester que la Sala revise si el fallo objeto de análisis, a la luz de la presente solicitud, cumple con la finalidad máxima de la institución, que no es otra que velar por el cumplimiento de la Constitución en su entendido más amplio, vale decir, con la letra formal e interpretativa emitida por parte de la Sala, en la intención de preservar su integridad y supremacía para defenderla de las agresiones producidas en las resoluciones judiciales que puedan quebrantarla.

Respecto a la denuncia presentada por la solicitante, referida a que el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas no se había pronunciado en torno a que el bien inmueble objeto de partición se constituye en la vivienda principal de la hija común de los ex cónyuges quien tiene una discapacidad permanente, refiere a una condición conocida por el sentenciador expresada en el fallo en los siguientes términos:

“...Mediante escrito de fecha 17 de junio de 2015, la abogada TAILANDIA MARGARITA MÁRQUEZ RODRÍGUEZ, apoderada judicial de la ciudadana MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES, presentó escrito de informes en el cual hizo los siguientes señalamientos:

Destacó que el presente juicio es por Partición de la Comunidad Conyugal, en el cual se ordenó la partición de un bien inmueble que es vivienda principal de su representada y su menor hija, que sufre de una discapacidad motora, lo cual hace aún de mayor cuidado la sentencia hoy recurrida, por los derechos e intereses que puede afectar... ”(Añadido nuestro)

La situación anterior requiere del análisis de la situación a la luz de lo contemplado en la Carta Magna en su Título III, artículo 19, referido a los Derechos Humanos, Garantías y Deberes, donde se establece la obligación que tiene el Estado de garantizar, según los principios de progresividad y no discriminación alguna, el “*goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos...*”; declarando en su artículo 21 que todas las personas son iguales ante la ley y en consecuencia no se admitirá discriminación alguna, razón por la cual merecen el mismo trato y protección por parte de la administración de justicia, prohibiendo cualquier tipo de discriminación estableciendo una protección especial a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Con base en lo precedentemente expuesto, atañe al Estado asumir la responsabilidad de proteger esencialmente a quienes por su condición mental y física se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad, sancionando los abusos que puedan cometerse contra ellos, lo que se traduce en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la libertad que tiene el Estado de aplicar el principio de acción afirmativa o positiva, como disposición de excepción ante una condición merecedora de una interpretación restrictiva, comprendida como las medidas dirigidas a la protección de

los más vulnerables, cuyas prerrogativas suponen el reto para el sistema judicial de proporcionarles tales disposiciones de apoyo atendiendo a sus circunstancias concretas.

Esta responsabilidad estatal que si bien gravita en el derecho internacional público, donde se regulan los derechos de esta parte de la población, siguiendo lo que señala la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que obliga a los Estados parte a asegurar que se brinden las salvaguardas adecuadas y efectivas en todas las medidas relativas al ejercicio de los derechos de las personas que componen este grupo poblacional, incluyendo aquellos intereses fundamentales que conciernen a la vida, intrínsecos a la dignidad, como lo es la vivienda, para que mas allá de la letra del tratado se cumpla con la fuerza vinculante que se refleja en nuestro ordenamiento, siendo adoptado por ley en Caracas el 05 de agosto de 2009, publicado en Gaceta Oficial N.º 39.236, del 6 de agosto de 2009, se refleja en la legislación interna a través de la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente en su artículo 383, asimismo prevé la protección que deben los progenitores a los hijos discapacitados e imposibilitados para proveerse por sus propios medios de los bienes económicos necesarios para su manutención, en el marco de la justicia social que debe primar en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

Esta concordancia nace del proceso evolutivo de interpretación que ha signado al tema de la capacidad cuyas normas de protección no son una entidad aislada dentro del ordenamiento jurídico, sino que hace parte de un sistema integral que se conecta de manera directa con otras afectadas en su capacidad: la infancia y adolescencia, de modo que la condición de asimilar los derechos parte del mismo presupuesto y finalidad.

Lo precedentemente expuesto, exige revisar la facultad que debe ostentar el juez sentenciador para ejercer la jurisdicción en el asunto sometido a su conocimiento.

Sentado lo anterior, esta Sala Constitucional observa que en el presente caso, la sentencia cuya revisión se solicita deviene de un proceso de partición que presenta características especiales, que hace obligante revisar la garantía del juez natural como un derecho humano fundamental, cuya expresión ha quedado establecida en el artículo 49, numeral 4 del artículo 49 del Texto Constitucional. El cual, refiere a la preservación de la

garantía del debido proceso que debe regir a todas las actuaciones judiciales, para garantizar que los juicios sean tramitados por el juez idóneo y especialista en las áreas de su competencia, toda vez que la idoneidad, la competencia en razón de la materia y la especialidad son exigencias fundamentales y de obligatorio cumplimiento para los sentenciadores.

Así las cosas, del recuento de los actos ocurridos en el presente juicio, se observa que la pretensión está dirigida a una demanda de partición de ex cónyuges donde los derechos e intereses de una hija común con discapacidad pudieran resultar afectados. Al respecto dispone la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en su artículo 177 Parágrafo Primero, literal l, que los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes son los competentes para conocer de las demandas por:

“l) Liquidación y partición de comunidad conyugal o de uniones estables de hecho, cuando hayan niños, niñas y adolescentes comunes o bajo la Responsabilidad de Crianza y/o Patria Potestad de alguno o alguna de los solicitantes.”

De la referida disposición normativa se desprende la competencia especial que tienen los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes, en los juicios de partición o liquidación de la comunidad conyugal que abarca a las personas que por sus características especiales alcancen el fuero atrayente de la causa, incluyendo en tales supuestos a los hijos mayores de edad con discapacidad, cuya situación fáctica debió ser considerada por los jueces civiles que conocieron y decidieron el proceso en primera y segunda instancia, siguiendo la jurisprudencia emanada de esta Sala en la sentencia N.º 289, de fecha 18 de marzo de 2015, ya que si bien la joven que padece la discapacidad no es parte (demandada o demandante) en el juicio de partición, en los casos donde hay hijos menores de edad comunes o de alguno de los excónyuges demandantes de la partición, ello es suficiente para que la competencia la ostenten los juzgados con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes y por otra parte, los jueces de dicha jurisdicción en los casos de divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio, pueden dictar las medidas contenidas en el artículo 351 de la Ley Orgánica de

Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que se refiere al caso de los hijos "que teniendo más edad, se encuentren en discapacidad total o gran discapacidad".

Así, el criterio de esta Sala contenido en la sentencia N.º 289/2015, en la cual se interpretó constitucionalmente las normas "sobre incapacidad, ante el vacío legal existente respecto a las personas que ostentan una discapacidad intelectual parcial o total, congénita u originada en la niñez o en la adolescencia" y "en atención a los principios constitucionales de igualdad y al juez natural, que obligan al Estado a brindarles en analogía a los niños, niñas y adolescentes un régimen especial de protección integral", determinó la competencia de los jueces de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes respecto de las interdicciones o de las incapacidades de personas cuya discapacidad intelectual sea congénita o haya surgido en la niñez o en la adolescencia, lo cual bajo esos mismos supuestos podría extenderse a los casos de partición de comunidad conyugal como el presente caso, en el que la discapacidad de la joven Rebeca Alexandra fue originada en el nacimiento, lo cual igualmente haría competente a la referida jurisdicción especial.

Asimismo, pertinente es señalar que la Ley para las Personas con Discapacidad define la naturaleza de orden público que tienen las disposiciones de la normativa, para garantizar el desarrollo pleno de las personas con discapacidad en el logro del ejercicio de sus derechos atinentes a la integración familiar, que si bien debería cumplirse de manera espontánea, cuando ello no ocurre, debe ser abordado por el Estado desde la perspectiva de los Derechos Humanos atendiendo a la severidad de la patología a la que el Juez debe observar a través de lo que conste en autos emanado de los profesionales de la medicina y los familiares destinados a proveer los criterios que sirvan de apoyo en la dispositiva del fallo.

Al respecto, debe esta Sala advertir que el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al declarar sin lugar el recurso de apelación ejercido por la ahora solicitante contra la sentencia dictada el 27 de enero de 2015 y su aclaratoria de fecha 30 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio que

por Partición y Liquidación de la Comunidad Conyugal interpusiera la representación judicial del ciudadano Tomás Enrique Suárez Álvarez contra la ciudadana Maythe Coromoto Mendoza Quiñones, mediante la cual se acordó la partición del bien inmueble constituido por un apartamento ubicado en la urbanización La California, municipio Sucre del estado Miranda, quedando establecido que el cincuenta por ciento (50%) del bien inmueble, que conformó parte de la comunidad conyugal que existió entre las partes del juicio, corresponde a la ciudadana Maythe Coromoto Mendoza Quiñones y el cincuenta por ciento (50%) restante al ciudadano Tomás Enrique Suárez Álvarez, omitiendo pronunciamiento respecto a la condición especial de la ciudadana Rebeca Alexandra Suárez Mendoza y los efectos del fallo, obviando las garantías que le asisten como persona con discapacidad y por tanto objeto de una protección reforzada por parte del Estado y la familia.

En este caso, afectando el orden público, de conformidad con el ordinal 1º de los artículos 313 y 320 del Código de Procedimiento Civil, habiéndose denunciado la infracción de los artículos 12, 15 y 243 ordinal 5º, *eiusdem*, por cuanto el sentenciador de Alzada incurrió en menoscabo del derecho de asistencia a la vivienda que asiste a la referida ciudadana, cuya condición de discapacidad es reconocida por ambas partes.

Al no decidir sobre lo alegado en autos, omitiendo pronunciamiento sobre defensas producidas en el escrito de informes, la sentencia emanada del Tribunal de Alzada, se encuentre inficionada de inconstitucionalidad, toda vez que no cumple con el principio de ‘exhaustividad’, que impone a los jueces el deber de resolver todas y cada una de las alegaciones formuladas por las partes, máxime cuando se trate de cumplir con las obligaciones prestacionales que tiene el Estado reconocidas en la Constitución, tratados internacionales y las leyes de la República atinentes a los derechos humanos destinados a proteger a las personas con discapacidad, a quienes consagra el ejercicio pleno de sus derechos sociales y el compromiso conjunto entre el Estado y la familia para su integración social.

En este sentido, considera esta Sala que en la sentencia objeto de revisión debió tomarse en cuenta las previsiones constitucionales referentes a los Derechos Sociales y de

la Familia, las cuales resultan obligantes para todo juzgador, en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que constituye la República Bolivariana de Venezuela, por lo que la aplicación de cualquier norma legal debe realizarse a la luz de tales postulados, en especial los derechos contenidos en el artículo 75 constitucional, referentes a la protección que debe dar el Estado a la Familia como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas y consagrando como principios de las relaciones familiares la igualdad de los derechos y deberes, la solidaridad y el esfuerzo común agregando el artículo 76 el deber irrenunciable, compartido por el padre y la madre de mantener y asistir a los hijos o hijas.

De igual forma, el artículo 81 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad que el Estado “*con la participación solidaria de las familias y la sociedad, le garantizará el respeto a la dignidad humana*”, agregando inmediatamente el artículo 82 el derecho de toda persona a una vivienda digna, siendo por tanto un deber constitucional garantizar a las personas, especialmente aquellas con discapacidad el ejercicio de estos derechos, cuya obligación se extiende a todos los jueces de la República de en aras de garantizar la integridad de la Constitución, prevista en el primer párrafo del artículo 334 constitucional, por lo que deberán aplicar estos postulados a la hora de emitir sus fallos.

A la luz de lo anteriormente señalado, observa esta Sala que en la sentencia objeto de esta revisión debió tomarse en cuenta la jurisdicción especial que recae en los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes para conocer de los juicios de partición de los bienes de la comunidad conyugal en que se vean afectados menores, o hijos mayores con discapacidad que se insertan por fuero atrayente en las circunstancias descritas, para garantizar el respeto de los postulados constitucionales del juez natural, que imponen la corresponsabilidad del Estado y la familia, en particular de los padres de mantener y asistir a sus hijos, especialmente cuando sufran algún tipo de discapacidad permanente, siendo un deber del juez, como órgano del Estado, velar porque la decisión que emita garantice el respeto de la dignidad humana de la persona con discapacidad y en particular su derecho a la vivienda, por lo que debe asegurarse que el padre y la madre, en la partición de la comunidad de gananciales garanticen tal derecho al hijo o hija con discapacidad.

Por los razonamientos antes expuestos se declara ha lugar la solicitud de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el 01 de octubre de 2015, requerida ante esta Sala Constitucional, la cual se anula, visto que el citado fallo se subsume en los supuestos de procedencia reiterados por esta máxima instancia judicial de conformidad con lo establecido en el artículo 25.10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que contempla la posibilidad de revisar las sentencias dictadas por los demás tribunales de la República cuando se trate de sentencias definitivamente firmes que han incurrido en violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos ratificados válidamente por la República. Así se decide.

Todos los anteriores razonamientos son extensivos a las sentencias dictadas el 27 de enero de 2015 y el 30 de marzo de 2015-aclaratoria de la antes mencionada sentencia- por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el juicio que por Partición y Liquidación de la Comunidad Conyugal fuera interpuesto por la representación judicial del ciudadano Tomás Enrique Suárez Álvarez, la cual también se anula. Así se decide.

En virtud de la anterior decisión, se repone la causa al estado de que un tribunal de primera instancia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se pronuncie sobre la admisión de la causa de partición de comunidad conyugal y la tramite de conformidad con lo establecido en el presente fallo, atendiendo al principio rector de uniformidad previsto en el artículo 450.d que rige la normativa procesal de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, conforme al cual las controversias que se susciten entre las partes en reclamación de algún derecho se habrán de tramitar proceduralmente según lo señalado en la citada ley, no obstante que otras leyes tengan pautado un procedimiento especial, por tanto, se ordena remitir a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) para que un Juzgado con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes dicte nueva decisión.

DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la ley:

PRIMERO: Se declara competente para conocer la solicitud de revisión interpuesta por la representación judicial de la ciudadana **MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES** y de su hija **REBECA ALEXANDRA SUAREZ QUIÑONES** contra la sentencia dictada el 01 de octubre de 2015, por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

SEGUNDO: HA LUGAR la solicitud de revisión interpuesta, el 15 de marzo de 2017, por el abogado Eduar Enrique Moreno Blanco, en su carácter de Defensor Público Segundo con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Provisorio, actuando en representación de la ciudadana **MAYTHE COROMOTO MENDOZA QUIÑONES** y de su hija **REBECA ALEXANDRA SUAREZ QUIÑONES** contra la sentencia dictada el 01 de octubre de 2015, por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

TERCERO: ANULA la sentencia dictada el 01 de octubre de 2015 por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y las sentencias dictadas el 27 de enero de 2015 y el 30 de enero de 2015 por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

CUARTO: REPONE la causa al estado de que un tribunal de primera instancia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se pronuncie sobre la admisión de la causa de partición de comunidad conyugal y la tramite de conformidad con lo establecido en el

presente fallo, por tanto, se ordena remitir a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) para que un Juzgado con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes dicte nueva decisión atendiendo a lo dispuesto en la presente sentencia.

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Sesiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 28 días del mes de Junio de dos mil diecisiete (2017). Años: 207º de la Independencia y 158º de la Federación.

El Presidente,

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

LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON

Ponente

La Secretaria,

DIXIES J. VELÁZQUEZ R.

Exp. 17-0210

LBSA

