



MOP
Ministerio de la
Defensa Pública
Poder Judicial



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

Nº 9

Elaborado por el Ministerio de la Defensa Pública del Paraguay
Asunción 2018



Sumario

ARGENTINA

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)", Expte N° 0260/17/J7". 7

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Causa N° FCB 12836/2014/CFC2 sobre Recurso de Casación". 18

BRASIL

A assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais. (RE 587.970, DJE n° 215 , do dia 22/09/2017) 30

Possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no caso de réu acusado do crime de furto com condenação anterior por crime de posse de entorpecentes para uso próprio (HC 138.697, DJE n° 113 , do dia 30/05/2017) 31

CHILE

Amparo 32

PARAGUAY

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS AUTOS: "COMPULSASE EL EXPTE. CARATULADO: L.P.L., V.F.G. Y M.A.L. S/ SUPUESTO HECHO PUNIBLE CONTRA LA RESTITUCION DE BIENES Y C/ LA LEY 2422/04 REDUCCION Y CONTRABANDO". AÑO: 2012 – N° 1859..... 33

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "DEFENSORÍA DEL PUEBLO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN LORENZO S/ AMPARO". AÑO: 2008 – N° 1054. 44

URUGUAY

"DIRECTV DE URUGUAY LIMITADA c/ PODER LEGISLATIVO. Acción de inconstitucionalidad. Arts. 32, 33, 39 inc. 3, 40, 55, 56, 60, 66, 68, 97, 98, 115 a 117, 139, 142 y 176 a 186 de la Ley No. 19.307", IUE 1-18/2015..... 54

"AA. DENUNCIA. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 3 Y 4 DE LA LEY No. 15.848", FICHA 97-397/2004..... 97

VENEZUELA

SENTENCIA 601 11/08/2017. SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. RECURSO DE CASACIÓN..... 116

SENTENCIA 420 27/11/2017. SALA DE CASACION PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. 147

ARGENTINA

JURISPRUDENCIA 1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (F)", EXPTE N° 0260/17/J7".

Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, "Autorización judicial", 6-7-2017.

LGBTIQ y técnicas de reproducción humana asistida

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1707&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/Voces.aspx?Voces=LGBTIQ>

El Juzgado de Familia N° 7 de Viedma autorizó la transferencia embrionaria al vientre sustituto. Además, ordenó al hospital que haga constar la huella dactilar del/ los bebés, los datos de quien aportó el espermatozoides y su pareja e impuso a los progenitores que, a partir del momento en que su hija/o adquiera la madurez suficiente para entender, le informen de su origen gestacional.

Viedma, de julio de 2017.-

Y VISTOS: Los presentes autos caratulados: "RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)", Expte N° 0260/17/J7, para dictar sentencia de los que;

RESULTA:

I.- Que a fs. 30/37, se presentaron los Sres (DATO RESERVADO). D.N.I. N° (DATO RESERVADO)' y '(DATO RESERVADO)' D.N.I. N° ('(DATO RESERVADO)' por derecho propio a solicitar se autorice judicialmente la implantación de sus embriones en el vientre de la Sra. '(DATO RESERVADO). D.N.I. N° '(DATO RESERVADO), quien se ofreció como portadora y gestante de hasta dos embriones por cada oportunidad que serán logrados a través de técnicas de reproducción asistida -in vitro- y a partir de óvulos de una donante anónima y del espermatozoides aportado por el Sr. '(DATO RESERVADO). Manifiestan encontrarse unidos desde hace 14 años en unión convivencial (fs. 3) compartiendo un proyecto de vida en común y familiar, aspirando desde hace largo tiempo a concretar el sueño de tener hijas/hijos propios. En el año 2015 conocieron a (DATO RESERVADO) y comenzó una amistad con ella y con su grupo familiar. Al tiempo nació la idea de facilitarles la posibilidad de ser padres, lo que implicó comenzar a buscar distintas alternativas, hasta llegar al Centro de Medicina reproductiva (DATO RESERVADO) donde fueron asesorados del procedimiento de Fertilización Asistida de Alta complejidad con Ovodonación y Subrogación de vientre, requiriéndose -en tal sentido- autorización judicial para proceder a la transferencia de los embriones logrados por dicha técnica. De esta manera, han trabajado el proyecto a nivel familiar, sobre todo con los hijos de (DATO RESERVADO), dos menores y uno mayor de edad, quienes conocen completamente toda la cuestión y acuerdan acompañar a su mamá y "prestarles la panza". Reafirman lo manifestado respecto de la imposibilidad de concebir de manera natural, escogiendo el mencionado método, por el cual (DATO RESERVADO) será portadora, sin relación genética alguna, de hasta dos embriones producidos mediante la técnica de fecundación -in vitro- a partir de óvulos de una donante anónima y por decisión de la pareja, y el material genético del Sr. (DATO RESERVADO). Consta en el escrito presentado a fs 15/17 la conformidad de la Sra. (DATO RESERVADO), acompañada por su letrado patrocinante. En función de ello, sostienen la necesidad de la autorización judicial requerida por el centro de salud para la transferencia embrionaria a los fines de evitar que la futura filiación quede determinada por las reglas de la filiación por naturaleza. Así también solicitan se ordene, al momento

del parto, la inscripción del o de los nacimientos a nombre de los actores, asumiendo los mismos el compromiso de informar a su hija/o o sus hijas/os su origen gestacional en oportunidad de adquirir edad y madurez suficiente para entender los hechos acaecidos. Realizaron otras consideraciones al respecto, acompañaron prueba documental, ofrecieron la restante, fundaron en derecho y concretaron su petitorio.

II.- A fs 45/46 obra informe del Equipo Técnico del Juzgado, observando en la pareja una concepción de co-parentalidad respecto de la crianza de su hija/o o sus hijas/os, así como también una familia ampliada dispuesta a acompañar dicho proceso. Ambos han planteado la importancia de comunicar a la/s niña/s o al/los niño/s su origen y del proyecto familiar que han encausado. Respecto de la Sra. (DATO RESERVADO) informan que tiene trabajada la cuestión de la subrogancia, que presta su útero, y que no se infieren deseos de ser madre, hecho recalcado en la entrevista. Plantea haber dialogado con sus seres más próximos respecto del proceso en el cual se encuentran inmersos. Lo ubica como un acto solidario, "que estaba presente aún antes de conocer a la pareja..." Como opinión profesional el equipo evidencia tanto en la pareja como en la Sra. (DATO RESERVADO) un acabado conocimiento sobre el proceso de subrogancia, sus efectos, sus posibles riesgos, sus responsabilidades y una elaboración personal por parte de cada uno respecto a dicho proyecto. No formulando objeciones respecto al avance de dicho proyecto familiar.

A fs 58/59 obra informe socio-ambiental en el domicilio de la pareja de los actores y a fs. 60/61 en el domicilio de la Sra. (DATO RESERVADO) Respecto de la pareja se informa que la misma tiene condiciones de vida óptimas para sostener el proyecto familiar, y con la capacidad de alojar a una hija o a un hijo. Tienen condiciones socio-económicas, culturales y sociales necesarias para afrontar el proceso planteado. Tales condiciones se evidencian en los saberes, conocimientos, herramientas socio – culturales, accesibilidad socio-económica y experiencias de vida que tiene la pareja que le permite transitar el proceso judicial. Cuentan con espacios terapéuticos que operan como sostén y acompañamiento de la pareja, y con el apoyo permanente de la familia ampliada, y de otros lazos sociales cercanos que cumplen una función central en este proceso. Respecto de la Sra. (DATO RESERVADO) de la entrevista mantenida se evidencia que cuenta con las condiciones de vida óptimas para convivir cotidianamente junto a sus hijos, con los servicios necesarios, y el equipamiento básico para garantizar la satisfacción de las necesidades diarias. Se observa que cuenta con un conocimiento previo sobre la temática, con herramientas socio-culturales sólidas, y de experiencias de vida que le permiten transitar el proceso de la subrogancia y las diferentes etapas judiciales. La entrevistada presenta capacidad para sortear obstáculos, adaptarse a los cambios, y tomar sugerencias de profesionales afines. Del mismo modo cuenta con el apoyo y el acompañamiento de su familia extensa, y con predisposición para iniciar y mantener lazos sociales, teniendo las condiciones materiales, sociales y culturales propicias para transitar las diferentes etapas del proceso judicial.

Que el Cuerpo Médico Forense a fs. 66 informa que, conforme los certificados de la Dra. (DATO RESERVADO) y (DATO RESERVADO), la Sra. (DATO RESERVADO) se encuentra en condiciones clínicas para llevar adelante el futuro embarazo. Que respecto de los formularios de consentimiento informado presentados por (DATO RESERVADO) manifiestan que se adecua a lo que la ley prevé, no obstante aconsejan que deberá constar como información médica la valoración del incremento de riesgo de embarazo que implica haber sido sometida a tres cesáreas previas. Que si bien esa circunstancia no implica per se ninguna contraindicación para el implante de un embrión en ese útero, debe informarse estadísticamente el incremento del riesgo de complicaciones y cuales pueden ser de un embarazo en una mujer con tres cesáreas previas. Así también entiende que los informes psicológicos de fs. 45 y los socioambientales efectuados por el equipo técnico resultan claros respecto a la comprensión de los alcances del procedimiento propuesto para cada una de las personas involucradas en el caso.

A fs. 78 se celebra la audiencia con las partes y la suscripta y el Equipo Técnico del Juzgado, donde la Sra. (DATO RESERVADO) manifiesta que entiende perfectamente de qué se trata el presente trámite, que ha sido entrevistada y bien informada sobre los riesgos y consecuencias de la técnica de fertilización asistida de alta complejidad a la que va a someterse. Preguntada sobre qué dicen los hijos, manifiesta que sus hijos mayores han entendido perfectamente y que la apoyan absolutamente y que el más chico ha entendido que el bebé será el hijo de (DATO RESERVADO) y (DATO RESERVADO), y lo llaman "primito". Los Sres. (DATO RESERVADO) y (DATO RESERVADO) manifiestan que esto implica cumplir un proyecto de vida, y que (DATO RESERVADO) los ayudará en este "plan de vida" que ellos han decidido.

A fs. 76 obra escrito de las partes solicitando se oficie al Registro Civil y de Capacidad de las Personas para que la inscripción la/s niña/s o al/los niño/s por nacer sea nombre ellos, y además prevenir al nosocomio (privado -(DATO RESERVADO)- o público -Hospital (DATO RESERVADO) que en el actual formato de los certificados de nacimiento donde deben constar las huellas dactilares de la madre y de la/s beba/s o el/los bebé/s, se imprima la huella dactilar del Sr. (DATO RESERVADO), quien resulta ser el aportante del material genético, siendo completado el procedimiento con la ovodonación, pues la Sra. (DATO RESERVADO) sólo resulta ser portante, sin vinculación genética alguna. También solicitan se ponga en conocimiento de los nosocomios que los Sres. (DATO RESERVADO) y (DATO RESERVADO), en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de la institución. A fs. 79 pasan los autos a dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO:

Que el nuevo ordenamiento legal sistematiza específicamente la filiación por THRA donde "La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada, es irrevocable..." (art 561 y 562 Código Civil y Comercial). Estas nuevas prácticas médicas fuerzan a generar nuevos conceptos jurídicos y su implementación permite separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre el varón y la mujer, e incluso que se pueda procrear sin la participación biológico-genética de la pareja y/o sin su conocimiento. Nuestro Código Civil y Comercial no regula la gestación por sustitución, esto es la utilización artificial del material genético de uno de los peticionantes con la donación de ovocitos de una donante anónima fecundado extracorpóreamente para ser implantado en un vientre que no es de quien aporta el material (madre gestante) como en el caso que nos ocupa. Argentina adoptó una posición abstencionista, al no establecer en el nuevo ordenamiento civil y comercial, como sí lo estaba en el anteproyecto en su texto originario del Art. 562 del anteproyecto sobre estas técnicas, siendo el mismo suprimido y la Comisión Bicameral (apart. VI ítem 62), estimó que "...encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma. "

No obstante ello, se afirma que no haber contemplado normativamente la gestación por sustitución "significaría una contradicción global con el régimen normativo argentino", porque la voluntad procreacional guarda afinidad con la ley 26.529 de Derechos del Paciente, cuyos arts. 1º y 2º señalan

a la autonomía de la voluntad (art. 2º inc. e)]. También se señala como relevante la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, que expresa como uno de sus objetivos que la mujer pueda "decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos" (art. 3º, inc. e)], exige el respeto a sus creencias y libertad de pensamiento (art. 3º, inc. g), en tanto hay violencia sexual contra ellas cuando no pueden decidir voluntariamente acerca de su vida sexual y reproductiva (arts. 5º, inc. 3º, y 6º, incs. a, d y e) (GALETI, Elvio, "Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VII, nro. 1, enero/febrero de 2015, p. 175). El texto legal finalmente sancionado tampoco prohíbe expresamente o sanciona con la nulidad de pleno derecho u otro tipo de reprimenda administrativa, penal o de otro orden, la gestación por sustitución, situación que genera incertidumbre para los que recurren a éste tipo de técnicas y para la sociedad en general al no tener pautas claras hasta que no exista una jurisprudencia consolidada, pues ello dependerá de la discrecionalidad del juzgador para cada caso. En el caso traído en autos, el mismo se trata de un matrimonio conformado por dos hombres, los cuales no cuentan con la posibilidad biológica de poder gestar, quedando como única vía posible de ser padres tener que recurrir a esta técnicas.

La gestación por sustitución es una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) considerada como una figura jurídica compleja, que en alguna de sus modalidades -como es el caso de autos- pone en tela de juicio la célebre máxima del derecho romano *mater semper certa est*, lo que ha dado lugar al inicio del expediente con el objeto de solicitar autorización judicial a los fines de realizar la transferencia embrionaria en el vientre sustituto mediante el procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad con Ovodonación (ovulo de una donante anónima) y subrogación de vientre, aportando uno de los miembros de la pareja el esperma para que, luego de la fertilización *in vitro*, se le implantara el embrión a la mujer gestante. La gestación por sustitución tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la gestante ("madre subrogada", "madre de alquiler" o "madre portadora") acepta someterse a las TRHA para llevar a cabo el proceso de gestación a favor de una persona o pareja comitente, también llamados progenitores intencionales, para quienes la mujer gestante se compromete a entregar el/la niño/a o niña/os que puedan nacer. A dicha practica suelen acudir parejas del mismo sexo, fundamentalmente hombres, como en el caso de autos, que lograrán tener hijos que también lo sean genéticamente de al menos de uno de ellos, pues se emplearán sus gametos para fecundar óvulos de la propia mujer gestante o de una tercera mujer, una donante, a efectos de implantar los embriones en el útero de aquélla (Scotti, Luciana Beatriz, "La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, No. 38, ene.-jun. 2015).

En cuanto a la denominación más adecuada de esta modalidad se considera que no se trata de una maternidad de sustitución sino de una gestación de sustitución, pues la gestante no será madre genéticamente: el o los niños que dé a luz llevarán los genes de los comitentes. Ahora bien, como la gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico no se halla regulada, corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art.19 de la Constitución Nacional). Así se lo ha entendido en las XXV Jornadas Nacionales de Derechos Civil, realizadas en Bahía Blanca (2015). En la Comisión 6 de Familia, sobre "Identidad y filiación", cuando se trató la cuestión de la Gestación por sustitución, se concluyo por unanimidad que "[a]ún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida." (Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN deH. Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow) Según dichas interpretaciones, la gestación por sustitución contaría con recepción implícita en el CC y C, por considerar que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición; ello

con sustento, en el ámbito nacional, en el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que la tecnologías derivadas del conocimiento científico. Así, en el CC y C en el art.558 establece que: “ la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción”. Se admite, así, una nueva fuente de filiación, las TRHA, que el nuevo código equipara a las ya reconocidas en la legislación anterior.

El Dr Gil Domínguez considera que:“en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio. Asimismo, siguiendo el enfoque interdisciplinario, insoslayable en la decisiones a adoptar en el fuero de familia, afirma que "desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas." (...) "El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisonal y autónomo". (Gil Dominguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p. 13) Así, la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado. El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación. Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana. El acceso a dichos procedimientos es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas puedan “disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional” (Gil Domínguez, Andrés, ob. cit., p.41)

Debemos resaltar que ley 26862 constituye un instrumento para la concreción de este derecho a intentar ser padre o madre como parte del proyecto de vida, desde un enfoque respetuoso del pluralismo y la diversidad. La garantía del acceso integral a la TRHA implica un claro cumplimiento del efecto erga omnes de la norma convencional interpretada en la materia por la Corte interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs. Costa Rica” (2012). El acceso integral a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales de reproducción médicamente asistida configura “un desarrollo progresivo normativo y simbólico de los derechos de las personas en un ámbito donde confluye el amor filial, el linaje, la existencia y las trascendencia más allá de nuestra humana finitud”, dice Gil Domínguez (ob. cit., p.39). Los derechos humanos a los que esta ley intenta dotar de virtualidad y eficacia son lo que consagró la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica”: derecho de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías - derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación.

Por ello se considera que, en Argentina, como Estado constitucional y convencional de derecho, el acceso a las TRHA es un derecho fundamental, ya que constituye el apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás.

De esta manera de las constancias de autos surge que el Sr. '(DATO RESERVADO) y el Sr. (DATO RESERVADO) se encuentran en igualdad de condiciones con los demás, el derecho fundamental y humano de recurrir a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, pues queda

claro que la única la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada gestación por sustitución. Ante la imposibilidad de la pareja de llevar adelante la gestación por ausencia de útero, la gestación por otra mujer –en este caso su amiga– se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH) , a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD” – ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Gil Domínguez ha expresado que, en esta sentencia la Corte Interamericana, “mediante el derecho viviente convencional configuró la estructura de la voluntad procreación como derecho humano cuyo contenido iusfundamental se conforma con los contenidos derivados de los derechos humanos a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y familiar y el goce de los beneficios del progreso científico”. Entiende el jurista que la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano, cuya garantía para muchas personas heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales se traduce en el acceso integral y sin discriminación alguna a las TRHA y a la gestación por sustitución. Este derecho surge directa y operativamente de la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Y más allá de que un código civil lo desarrolle o no de manera general, los titulares lo podrán ejercer plenamente aunque para ello deban transitar el sendero de la jurisdicción constitucional particular en busca de poder gozar del amor filial y el linaje” (Gil Dominguez, Andrés, op.cit, p.39).

Eleonora Lamm señala que pese a no estar regulada la gestación por sustitución no ha sido prohibida, que el tema queda sujeto a la discrecionalidad de los jueces, “cobrando especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con los o las comitentes [...] Como se ha dicho tantas veces , la Gestación por sustitución es una figura compleja, por lo que es conveniente e imperiosa la necesidad de que se establezcan reglas claras que determinen con precisión el vínculo de filiación a favor de los comitentes, de modo que cuando nazca el niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes han querido ser sus padres y/o madres.

De esta manera, la gestación por sustitución, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsables y en igualdad de condiciones que los demás.

De las constancias de autos y en especial de la entrevista personal mantenida con las partes, la cual se encuentra resguardada mediante medio audiovisual con el Numero 114134, surge que la maternidad subrogada se presenta como la alternativa válida para esta pareja, teniendo en cuenta que la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada, contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica; que uno de los integrantes del matrimonio peticionario ha aportado sus gametos; que los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; que la gestante no ha aportado sus gametos; que la gestante no ha recibido retribución de ningún tipo; que la gestante ha parido tres hijos antes del caso bajo análisis; que la gestante ha prestado su vientre en forma libre luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar y ayuda psicológica; que el recurso de éstas técnicas fue utilizado como la única alternativa por los peticionantes dado su imposibilidad biológica de gestar.

POR ELLO ES NECESARIO RESALTAR:

1.- Voluntad procreacional de la pareja (comitentes): entendida esta como “el deseo de convertirse en padres de un niño asumiendo su cuidado, su protección, educación, formación y desarrollo en forma integral, dándole desde su nacimiento todo el amor y la contención necesaria. No teniendo tal voluntad la amiga de los comitentes (Sra. (DATO RESERVADO)) quien lleva a cabo el embarazo, la misma no desea ejercer el rol materno sino que su aporte ha tenido como finalidad altruista ayudar a que los comitentes concreten el ansiado deseo de ser padres. Destacando en todo momento que el rol de los progenitores se ejerce aún antes de que se gesté y nazca el hijo, como así también que sus hijos conocen la verdad respecto de la gestación, manifestando los mismos que será “su primo” , “el hijo de los tios '(DATO RESERVADO) y (DATO RESERVADO)’”.

El Dr. Gil Domínguez afirma que “en el ordenamiento constitucional y convencional argentino, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo para su ejercicio. En nuestro sistema jurídico, la gestación por sustitución no está regulada, con lo cual, se debe aplicar el principio de legalidad que sostiene que todo lo que no está prohibido está permitido. Si en algún momento se intentara establecer un régimen regulatorio que lo prohibiese sería inconstitucional e inconveniente. Si se sancionase un régimen intrusivo de la autonomía de la voluntad de las partes también sería inconstitucional e inconveniente. En la actualidad, y en virtud de lo dispuesto por la ley 26.862, el decreto 956/2013 y los arts. 558 y 562 del CCC, la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional [...] Con lo cual, no es constitucional y convencionalmente correcto lo que afirman Pitrau y Córdoba sobre que el único progenitor es quién dio a luz en el marco de la voluntad procreacional como derecho fundamental y derecho humano que el CCC debe garantizar de forma instrumental pero nunca estructurar como una regla cerrada y excluyente.” En tanto Marisa Herrera señala: “... la voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado, es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Así, padres serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético”. (Preguntas y respuestas sobre las modificaciones más relevantes en materia de familia. Por Marisa Herrera.

2.- El Vínculo genético: Con el advenimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, gestante y madre, dejaron de ser términos sinónimos. Una madre es una gestante pero una gestante puede no ser una madre.

El término madre implica una decisión adoptada en el marco de la constitución subjetiva de una mujer o de una persona autopercebida en su identidad de género como un hombre que mantiene los órganos de reproducción femeninos. Este supuesto es posible en la República Argentina en virtud de lo dispuesto por la ley 26.743 que garantiza el derecho a la identidad de género. La maternidad se basa en la elección de un plan de vida dentro del ámbito de la libertad de intimidad, el derecho a procrear y el derecho a conformar una familia. La decisión de ser madre se refleja en la asunción de la responsabilidad parental. Hay en la mujer madre voluntad procreacional y amor filial, y en algunos supuestos, vínculo genético.

El término gestante adquiere un significado determinado cuando se vincula con una mujer que adoptó la decisión libre e informada de gestar a un niño o niña con quién no tiene ninguna clase de vínculo afectivo ni genético. La gestación se sostiene en el desarrollo de una biografía altruista o lucrativa basada en la libertad de intimidad exenta de vulnerabilidad que persigue desarrollar un proceso en pos de satisfacer el amor filial de un otro. La decisión de ser gestante elude conscientemente los derechos y obligaciones emergentes de la responsabilidad parental. No hay en la mujer gestante voluntad procreacional, vínculo genético o amor filial. Intentar confundir o fundir dichos términos

no es una equivocación conceptual, sino por el contrario, responde a una estrategia ideológica de obturación de la gestación por sustitución que se traduce en la imposición moral de que siempre debe haber una madre aunque una mujer solo desee ser una gestante. La filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que sólo pueda concretarse a través de la gestación por sustitución implica el ejercicio del derecho a procrear, a conformar una familia que debe ser protegida integralmente, a desarrollar un plan de vida libre de interferencias y a disfrutar del desarrollo humano vinculado al aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico como vectores conducente hacia la efectiva tutela de la dignidad humana. Por último, el derecho humano y fundamental de acceso integral y sin ninguna clase de discriminación a las técnicas de reproducción humana asistida garantiza que, en aquellos casos donde se verifica una incapacidad de desarrollo de un embarazo, se pueda acceder a la gestación por sustitución, quedando en claro que no existe vínculo genético entre la madre gestacional o portadora y el bebé.

Así, la jurisprudencia ha dicho La imposición a una mujer gestante el rol de mujer madre evidencia la performatividad regresiva del discurso jurídico operando sobre la sexualidad, los cuerpos y el amor filial. Las técnicas de reproducción humana asistida dislocan la estructura heterosexual basada en una relación sexual como única fuente posible de filiación directa cuando es biológica o indirecta cuando es adoptiva. Si bien la posibilidad de que una pareja heterosexual procrea sin que medie una relación sexual es disruptiva, la idea de que una pareja de la diversidad procrea sin una relación sexual heterosexual apoyándose en una gestante que no desea ser madre es lisa y llanamente insoportable. Descendencia, linaje, amor filial, concepción sin relación sexual heterosexual, gestación sin maternidad, filiación registral directa basada en la voluntad de procrear sin aporte de material genético y sin importar la orientación sexual o el estado civil; allí radica la revolución moral que con la transformación de la mujer gestante en mujer madre se intenta sofocar utilizando los resquicios técnicos del discurso jurídico. Aunque desde una perspectiva pragmática y luego de un largo proceso judicial se pueda obtener una registración de copaternidad igualitaria, la opción de inscribir como madre a la gestante y luego impugnar judicialmente la maternidad, no deja de ser una alternativa que jurídica y simbólicamente abona la performatividad que transforma a la gestante en madre y acepta la interdicción del discurso jurídico. (Juzgado Civil de Primera Instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 81, caso "Santalla, Ignacio Nicolás y otro c/ Aguilar Cintia Laura s/ impugnación de filiación", marzo de 2017). La identidad de origen y la gestacional no tienen por qué desplazar en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración compleja y que estará a cargo de quienes tuvieron la intención y el interés procreacional, no son manifestaciones excluyentes, sino por el contrario son complementarias.

3.-Responsabilidad Procreacional: la misma recaerá sobre '(DATO RESERVADO) y (DATO RESERVADO)' quienes serán directa y efectivamente responsables de criar y educar al niño/a por nacer, sin que exista conflicto en este sentido con la gestante. Entiendo en este sentido que los actores cumplen acabadamente con esta condición, pues de las entrevistas mantenidas con el equipo técnico y la personal con la suscripta, surge que la decisión asumida por la pareja ha sido tomada con total responsabilidad, teniendo recursos suficientes, tanto sociales como culturales y también económicos para afrontar este proyecto de vida, cuentan también con el apoyo de las familias ampliadas y su círculo íntimo. Que del informe del equipo técnico de fs 45, los socio-ambientales realizados a las partes de fs 58/61, los certificados de las psicologías glosados a fs 19, 20 y 21, ha quedado demostrado en el expediente que la Sra. '(DATO RESERVADO)' ha dado su consentimiento en forma totalmente libre, responsable y cuenta con el apoyo de su familia ampliada. Que del informe de la psicóloga la Dra (DATO RESERVADO) agregado a fs 19, surge que la misma actúa de manera plenamente libre y con el acompañamiento de sus hijos y que ha decidido brindarle a sus amigos la posibilidad de ser padres. Que posee herramientas suficientes a nivel cognitivo y emocional, contención afectiva y una claridad en el rol que decide ocupar, para

afrontar el despegue de la entrega del bebé al momento del nacimiento y las consecuencias que de ello se podrían desprender. Con lo cual no estamos en el supuesto de cosificación o explotación de la mujer gestante, como se ha querido llamar a la mujer que se somete a esta práctica. También debe descartarse el concepto de “explotación” de la madre sustituta, ya que el objetivo de la gestante es totalmente altruista, oficiando de vehículo para que el deseo de los futuros padres pueda hacerse realidad. No hay de por medio una finalidad económica. Es más, existiendo entre los involucrados una relación de profunda amistad, también se ha trabajado respecto a esa cuestión, concluyéndose que ambas partes se encontrarían preparadas tanto a nivel psíquico como emocional para afrontar el embarazo y posterior nacimiento del futuro bebé, sin que se adviertan motivos para generar confusión en los roles parentales futuros. Del certificado de la licenciada (DATO RESERVADO) de fs 20/21 surge que la pareja se halla habilitada psicológicamente para funcionar como apego de un niño y así mismo desarrollar las funciones de protección, accesibilidad y sensibilidad a las necesidades del otro, imprescindibles para cuidar a un futuro hijo. Destaca el alto nivel de compromiso emocional que les implica esta larga búsqueda de llevar adelante este deseo de parentalidad compartida y el derecho a la descendencia.

Con lo expuesto hasta aquí, adelanto que haré lugar a la autorización solicitada, considerando que se encuentran en juego: el derecho a la identidad, a la protección de la familia, a la libertad reproductiva, a la voluntad procreacional y a la intimidad.

A) No obstante, tendré presentes algunas de las recomendaciones del Cuerpo médico forense que ha intervenido en estos autos; con el objetivo de acompañar el proceso: 1) El consentimiento informado que suscribirán las partes deberá incluir factores de riesgo teniendo en cuenta las características y antecedentes clínicos y obstétricos de la madre gestante (tres cesareas, edad, etc.) dejándose en claro que la información es recibida en primera persona y que la firma es efectuada de puño y letra por los involucrados; 2) Seguimiento psicológico durante el embarazo y luego del parto a la gestante y a sus hijos.

4.- Acceso a la justicia e inscripción inmediata del niño: Al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución en el CCC, algunos interrogantes—sobre todo de orden práctico—siguen abiertos con la inseguridad jurídica que ello genera al carecer los Registros de normativa, que asegure la inmediata inscripción del nacimiento conforme a la voluntad procreacional y así evitar la indeterminación e incerteza respecto de la identidad del niño. Si bien, la jurisprudencia ha venido subsanando de alguna manera el vacío de regulación, pero es preciso legislar de modo que cuando nazca un niño pueda ser inmediatamente inscripto como hijo de quienes quieren ser sus progenitores o progenitor conforme al elemento volitivo expresado, ya que el interés superior del niño comprometido merece ser atendido con la máxima diligencia y premura. Para evitar una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada y un proceso judicial posterior al nacimiento del niño para determinar el vínculo filial, con el consumo de tiempo e producción de sufrimiento derivado de la incerteza de la resolución judicial pendiente, la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño se encontraría con una familia que lo desea. “El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de los convenios. Ese interés exige contar con un marco legal de protección, que “brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva”. (Tratado de Derecho de Familia según el CCCoN de 2014, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora; Tomo II, art.5509 a 593, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág.526).

En efecto, el derecho a la inscripción inmediata del nacimiento ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño en el art.7 y reviste máxima relevancia porque la inscripción inmediata del nacimiento de una persona es determinante para el goce efectivo de los demás derechos que en nuestro sistema reviste jerarquía constitucional, de conformidad con el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional. En los párrafos 9, 10 y 11, se hace hincapié en la obligación de los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención sobre los Derechos del Niño de establecer "procedimientos administrativos y legislativos adecuados y eficaces y de otras medidas apropiadas que permitan un acceso justo, efectivo y rápido a la justicia." Así, en la Observación General Nro 5 el Comité afirma que: "los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Por lo que, en virtud del derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, los Estados se hallan obligados a erradicar las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y adoptar medidas afirmativas para velar por que todas las personas, incluidos los niños, tengan derecho al mismo acceso a los mecanismos judiciales y decisorios sin distinción de ninguna índole. Además, los Estados deben garantizar que todas las partes en las actuaciones judiciales o legales sean tratadas sin discriminación. Kemelmajer, Herrera y Lamm han sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que "el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.). (Kemelmajer de Carducci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", LL, 10/09/2012, p.1)H.

En este caso garantizar el interés superior de la/s niña/s o el/los niño/s que nacerá implica tutelar efectivamente, el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que ella se incluirá como una más de la familia. En virtud de ello deberá hacerse saber al nosocomio (privado -(DATO RESERVADO)- o público -Hospital (DATO RESERVADO) que en el actual formato de los certificados de nacimiento deberán constar la huella dactilar del pie de la/s beba/s o el/los bebé/s y las del Sr. (DATO RESERVADO), que resulta ser quien aporta el material genético (esperma), sin constar el de la Sra. (DATO RESERVADO), que es sólo portante, sin vinculación genética. Así también se debe dejar constancia de que los Sres. (DATO RESERVADO) D.N.I. (DATO RESERVADO) y (DATO RESERVADO) D.N.I. (DATO RESERVADO), en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de dicha institución.

En virtud de todo lo expuesto considero que debe hacerse lugar a la autorización solicitada, con fundamento en el derecho a constituir una familia (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos), y en el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño en la que se reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad, medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros en particular de los niños, en que éstos necesitan la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento que debe ser inscripto, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos y que el impedimento gestacional de la pareja que han expresado ampliamente su voluntad procreacional recurriendo a una TRHA, no puede constituir un obstáculo al derecho a la identidad del niño por nacer y a la conformación de la familia.

POR ELLO; RESUELVO:

I) Autorizar la transferencia embrionaria en el vientre sustituto, previa suscripción del consentimiento informado con las recomendaciones realizadas en el ítem 3 "A".-

II) Ordenar la inscripción de la/s niña/s o el/los niño/s dados a luz por '(DATO RESERVADO) D.N.I (DATO RESERVADO) como hija/s o hijo/s de (DATO RESERVADO) D.N.I. (DATO RESERVADO) y (DATO RESERVADO) D.N.I. (DATO RESERVADO), debiendo el Registro Civil y de Capacidad de las Personas expedir el certificado de nacimiento correspondiente, conforme lo dispone el art 559 del C.C. y C. A tal fin, líbrese el pertinente oficio.-

III) Hacer saber al nosocomio (privado -(DATO RESERVADO)- o público -Hospital (DATO RESERVADO)) que, en el actual formato de los certificados de nacimiento, deberán constar la huella dactilar del la/s beba/s o el/los bebé/s y las del Sr. (DATO RESERVADO), que resulta ser quien aporta el material genético (esperma), sin constar el de la Sra. (DATO RESERVADO), que es sólo portante, sin vinculación genética. Así también se debe dejar constancia de que los Sres. (DATO RESERVADO) D.N.I. (DATO RESERVADO) y (DATO RESERVADO) D.N.I (DATO RESERVADO), en su carácter de progenitores, son los únicos autorizados a retirar a la/s beba/s o el/los bebé/s de dicha institución. A tal fin, líbrense los pertinentes oficios.-

IV) Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su/s hija/s o hijo/s adquieran edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.-

V) Imponer las costas por su orden y regular los honorarios profesionales de manera conjunta a las letradas Dra. María Marcela Cirignoli y María Patricia Armas en la suma de 20 jus, y al Dr. Simón Orte en atención a su participación en el proceso en 5 Jus (conforme lo dispone el art 9,38 y 42 de la ley 212). Cúmplase con la Ley 869.-

VI) Notifíquese a las partes en legal forma y al Instituto (DATO RESERVADO). -vía mail-, regístrese y protocolícese.-

MARÍA LAURA DUMPÉ
JUEZA

JURISPRUDENCIA 2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “CAUSA N° FCB 12836/2014/CFC2 SOBRE RECURSO DE CASACIÓN”.

CFCP, Sala II, “ARA”, 1-8-2017.

Hábeas corpus por realización de trabajos no remunerados en una unidad carcelaria

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1760&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/Voces.aspx?Voces=H%C3%81BEAS%20CORPUS>

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al recurso y, por mayoría, casó parcialmente la sentencia recurrida y remitió las actuaciones para que se dicte un nuevo pronunciamiento. Para llegar a esta decisión, el juez Slokar –a cuyo voto adhirió la jueza Ledesma– consideró que cabía atender el reclamo en los términos previstos por los artículos 3 y 4 de la ley N° 23.098. En este sentido, invocó el precedente “Képych”, en el que había sostenido que “[resultaban] aplicables a las relaciones laborales de los internos la totalidad de las normas que integran denominado Orden Público Laboral...”. Asimismo, agregó: “...los artículos 107 inciso f) y 120 de la ley 24.660 expresamente disponen que el trabajo de las personas privadas de la libertad ambulatoria debe ser remunerado [y que] los salarios serán abonados en los términos de la legislación vigente”.



Cámara Federal de Casación Penal


MARIA LAURA VILELA
PROSECRETARIA DE CÁMARA

Sala II

Causa Nº FCB 12836/2014/CFC2

"ANDRADA RICARDO ARNALDO Y OTROS s/
recurso de casación"

Registro nro.: 984/17

LEX nro.: FCB 012836/2014/CFC002

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 1 días del mes de agosto de dos mil diecisiete, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la jueza Angela Ester Ledesma como presidente y los jueces doctores Alejandro W. Slokar y Carlos Alberto Mahiques como vocales, asistidos por la Prosecretaria de Cámara doctora María Laura Vilela, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la presente causa nº FCB 12836/2014/CFC2 del registro de esta Sala, caratulada: "Andrada, Ricardo Arnaldo s/ recurso de casación", encontrándose representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Javier Augusto De Luca, la provincia de Córdoba por el doctor Diego Sánchez Bustos y la Defensa a cargo del señor Defensor Público Oficial, doctor Santiago García Berro.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez Alejandro W. Slokar, y en segundo y tercer lugar los jueces Carlos Alberto Mahiques y Angela Ester Ledesma, respectivamente.

El señor juez Alejandro W. Slokar dijo:

-I-

1º) Que por decisión de fecha 15 de febrero de 2017, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en los autos "Andrada, Ricardo Arnaldo y otros s/ habeas corpus" del

registro de la Sala B, resolvió -en cuanto es materia de recurso- confirmar el auto del juez de grado que no hizo lugar a la presente acción de habeas corpus (fs. 175/187).

Contra esa resolución, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 188/195vta.), que fue concedido (fs. 197/198 vta.).

2º) La recurrente sostuvo que "...la práctica impuesta por el Servicio Penitenciario Córdoba constituye, sin lugar a dudas, un trata degradante y, además innecesario que implica avasallar el derecho a recibir un salario por el trabajo realizado".

Así, refirió que a pesar de la claridad de la ley nº 23.098: "...la Cámara entendió que encontrándose afectado el derecho al trabajo, esta afectación no habilita la vía del hábeas corpus sino que debe ser planteado ante cada juez a cuya disposición el detenido de que se trate se halle".

En ese sentido, la defensa señaló que: "...en el caso resuelto, la conclusión arribada es errada ya que al entender que la cuestión debió haber sido resuelta conforme los parámetros de la última parte del artículo 3 de la ley 23.098, esto es, la utilización de las facultades del juez de la causa; lo cierto es que entonces la solución jurídica correcta hubiera sido la declaración de incompetencia".

De otra parte, alegó que: "[e]l criterio para denegar la procedencia del habeas corpus como vía elegida radicó en el hecho de que el derecho afectado es un derecho diferente al de la libertad. Esta premisa es acertada cuando


 MARÍA LAURA VILELA
 PROSECRETARIA DE CÁMARA

Cámara Federal de Casación Penal

 Sala II
 Causa Nº PCS 12836/2014/CFC2
 "ANDRADA RICARDO ARNALDO Y OTROS s/
 recurso de casación"

se trata de personas que están en libertad y ésta puede estar amenazada o ya anulada (supuestos del artículo 3, inciso 1 de la ley 23098); más nunca podrá serlo cuando estamos ante el caso de alguien que ya está privado de su libertad en forma oficial, legal, por parte del estado".

En ese orden, refirió que: "...una vez que la persona se encuentra detenida a disposición de la autoridad pública, todo lo que a esa persona le pase es responsabilidad de dicha autoridad, ello en virtud de la posición de garante que ella asume necesariamente".

Por último, adujo que: "[e]s cierto que no corresponde sustituir por vía del habeas corpus al juez natural de la causa en los asuntos que a él correspondan, más éste no es uno de esos casos, puesto que lo que se está denunciando es una práctica generalizada en el Servicio Penitenciario Córdoba, mediante la cual se han creado categorías no autorizadas por la ley 24660 ('trabajo voluntario'), de modo tal de eludir las obligaciones de remunerar dicho trabajo", agregando que tan transcurrido casi tres años desde la interposición del hábeas corpus y todo sigue igual.

En definitiva, solicitó que se haga lugar al recurso y se case lo decidido.

3º) Que a fs. 215 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 465 bis CPPN, y de haber presentado breves notas la defensa y la defensa y el representante del Ministerio Público Fiscal.

En esa oportunidad, la asistencia técnica reeditó los agravios vertidos en el recurso de casación.

A su turno, el Sr. Fiscal General señaló que: "...no podemos hacer distinción alguna entre los trabajadores que realizan sus labores extramuros con aquellos que lo hacen intramuros, hay que poner el acento aquí no en el trabajo realizado, sino en la protección de los derechos de quienes ejercen la mano de obra".

Agregó que: "...la práctica impuesta por el Servicio Penitenciario de Córdoba constituye un trato degradante que implica avasallar el derecho a recibir un salario justo por el trabajo realizado".

En esa línea, memoró que: "...se ha configurado un agravamiento en las condiciones de detención, ya que la falta de acceso a un trabajo remunerado genera la creación de una categoría de trabajadores no contemplada normativamente".

Por último, solicitó que se haga lugar al recurso interpuesto, y en consecuencia se resuelva hacer lugar a la acción e habeas corpus.

-II-

Que esta Sala ya se ha pronunciado en orden a la admisibilidad del remedio casatorio, maguer la inexistencia de regla expresa que conceda jurisdicción a la Cámara Federal de Casación Penal (Cfr. art. 23 del CPPN).

En la ocasión, se indicó -entre otros argumentos- (cfr. causa nº 14.805, caratulada: "N.N. s/recurso de casación", rta. 2/2/2012, reg. nº 19.653 y causa nº 16.436,


 MARÍA LAURA VILELA
 PROSECRETARIA DE CÁMARA

Cámara Federal de Casación Penal

 Sala IX
 Causa Nº PCB 12636/2014/GSC2
 "ANDRADA RICARDO ARNALDO Y OTROS s/
 recurso de casación"

caratulada: "Procuración Penitenciaria s/recurso de casación", reg. nº 647/13, rta. 22/5/2013) que: "[s]i bien el art. 432 C.P.P.N. ha establecido un régimen de numerus clausus al declarar que 'las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley', ni el hecho de que las decisiones de la naturaleza de la que aquí se pretende impugnar no estén comprendidas en los arts. 457 y ss. C.P.P.N, ni el art. 19 de la ley 23.098 conducen a la aplicación de tal regla de clausura cuando se invoca una cuestión federal que habilita la competencia de esta Cámara de Casación como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de Fallos 328:1108 ('Di Nunzio, Beatriz Herminia s/excarcelación s/recurso de hecho') doctrina que ha sido extendida a las impugnaciones de decisiones sobre hábeas corpus dictadas en el marco de la ley 23.098, si los agravios invocados aparecen claramente vinculados con una cuestión federal en el caso de Fallos: 331:632 ('Sandoval, Sebastián Ricardo')".

Por lo demás, el recurso de casación ha sido deducido temporáneamente y satisface las demás exigencias de interposición del artículo 463 del código de forma.

-III-

Que, liminarmente, sin perjuicio de cuanto sostuve en cuanto a que el informe realizado luego de la acción instada ya constituía un auto de habeas corpus en los términos del art. 11 de la ley nº 23.098, pues importaba poner en

marcha un proceso, y que la decisión de fs. 66/67 vta. condujo a truncar la actuación judicial que el legislador ha previsto para velar por la protección de los derechos de las personas que se encuentran privadas de su libertad, toda vez que se impidió la audiencia del art. 14 y la consiguiente posibilidad de que se esclareciera la situación del amparado -con el resultado de la inmediación en las especiales circunstancias del caso (cfr. Fallos: 330:2429 y el criterio asumido *mutatis mutandi* por esta sala en el precedente "Robles, Fabio Adrián s/recurso de casación" (causa n° CCC 3238/2014/CFC1, reg. n° 1420/14, rta. 16/7/2014); en las particularidades de la especie, siendo que el agravio se ciñe al rechazo del hábeas corpus instado, corresponde abordar la materia recursiva.

Sentado lo expuesto, deviene necesario relevar las vicisitudes procesales que resultan pertinentes para la solución del sub examine.

Así, cabe señalar que el juez federal resolvió rechazar la denuncia de habeas corpus, sosteniendo que: "...lo planteado por la Defensa se encuentra fuera de la órbita del instituto en cuestión, debiendo encausarse lo peticionado mediante un recurso de amparo", agregando que "...surge de su contenido que en esencia está cuestionando los derechos comprometidos de los internos pero que de ninguna manera agravan las condiciones de detención"; frente a ello, la defensa interpuso recurso de apelación.

A su turno, la alzada señaló que: "[t]al como lo ha sostenido el Juez Federal de primera instancia, la doctrina


 MARÍA LAURA VILELA
 PROSECRETARÍADO CÁMARA

Cámara Federal de Casación Penal

 Sala II
 Causa N° PCB 12836/2014/CPC2
 "ANDRADA RICARDO ARNALDO Y OTROS s/
 recurso de casación"

imperante en la materia ha establecido que la vía de habeas corpus solo procede cuando se invoca restricción ilegal de la libertad corporal de las personas o bien agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación, mientras que los demás derechos garantizados por la Constitución deben ser defendidos por otras acciones ajenas a dicho remedio".

De otra banda, la Cámara de Apelaciones consideró que: "...no se configuran los supuestos exigidos por el artículo 3 de la ley 23098, para la procedencia del habeas corpus, por cuanto de ningún modo las circunstancias anoticiadas suponen un agravamiento de las condiciones propias de detención en los términos de dicha norma, resultandoo en definitiva competentes los jueces propios de las causas a cuya disposición se encuentra detenido cada uno de los internos...".

Finalmente, sostuvo que: "...pronunciarse en el marco del presente proceso sobre el fondo de la cuestión implicaría, no solo desnaturalizar la esencia del instituto de habeas corpus, sino también un avasallamiento a la facultades propias de los jueces a cuya disposición se encuentran detenidos los internos, por sustitución de las vías legales pertinentes" y confirmó la resolución apelada que rechazó la denuncia de habeas corpus, siendo recurrido dicho decisorio por la Defensa y oportunamente concedido.

-IV-

Que, sentado lo expuesto, de acuerdo a lo que resulta de las secuencias del proceso, el recurso interpuesto

por el recurrente habrá de tener favorable acogida, por cuanto la resolución impugnada luce arbitraria.

En efecto, de adverso a lo establecido en la decisión venida en recurso, en cuanto se sostuvo que no implica que se encuentre configurada una situación que constituya agravamiento ilegítimo en la forma y las condiciones de detención del causante que habilite la vía intentada, en los términos previstos por los artículos 3 y 4 de la ley 23.098, cabe atender al reclamo.

Sostener lo contrario implicaría desnaturalizar el instituto de habeas corpus, por cuanto llevo dicho que: "...resultan aplicables a las relaciones laborales de los internos la totalidad de las normas que integran denominado Orden Público Laboral, tales como la ley 20.744 de Contrato de Trabajo (LCT), la ley 24.013 Nacional de Empleo (LNE), la ley 24.557 de Riesgos de Trabajo (LRT), la ley 19.587 de Seguridad e Higiene en el Trabajo, entre otras" (cfr. causa nº 1318/13, caratulada: "Képych Yúriy Tibériyevich s/recurso de casación", reg. nº 2490/14, rta. 1/12/2014).

Asimismo, se estableció en el mencionado precedente que: "[e]n tal sentido, el trabajo del preso en su lugar de detención no resulta ser una concesión graciable, sino que, de conformidad con lo expresamente dispuesto por la normativa en la materia, constituye un derecho (art. 106 de la Ley Nº 24.660 y el art. 97 del decreto Nº 303/96)".

Corresponde adicionar que: "...el trabajo prestado por las personas privadas de la libertad ambulatoria se encuentra



MARIA LAURA VILELA
PROSECRETARIA de CÁMARA



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº FCS 12836/2014/CYC2
"AMORADA RICARDO ARIALDO Y OTROS s/
recurso de casación"

alcanzado por el principio general de protección o 'protectorio' previsto por el art. 14 bis CN, el cual establece que 'El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial...'.

También se determinó que: "Los arts. 107, inc. f) y 120 de la ley 24.660 expresamente disponen que el trabajo de las personas privadas de la libertad ambulatoria debe ser remunerado. Asimismo, dicho art. 120 determina que '[l]os salarios serán abonados en los términos establecidos en la legislación laboral vigente' De esa manera, mediante el mecanismo de la remisión legal, la norma citada precedentemente dispone en forma expresa la regulación del instituto de la remuneración de los internos en los términos previstos por los arts. 103, siguientes y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo".

En consecuencia, con arreglo a lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, postulo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto, sin costas, casar parcialmente la resolución recurrida en su punto

dispositivo II y, en consecuencia, remitir las actuaciones a su origen, a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con la doctrina aquí establecida (arts. 470, 530 y ccds. CPPN).

Así voto.

El señor juez doctor Carlos A. Mahiques dijo:

La resolución puesta en crisis descartó que en el caso se verifique algún supuesto de "Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad", contemplado por el artículo 3, inciso 2º, de la ley 23.098 para el procedimiento de hábeas corpus.

El recurrente no ha logrado demostrar ningún supuesto de arbitrariedad en el tratamiento de las cuestiones planteadas por la defensa que habiliten la intervención de esta Cámara, por lo que la vía intentada sólo muestra una disconformidad con la decisión adoptada.

En este entendimiento, el recurrente no ha introducido tampoco ninguna crítica que logre conmover lo concluido por el juez de la acción interpuesta, que fue confirmado por la cámara respectiva.

Por lo expuesto, y encontrándose garantizado el principio de la doble instancia, por cuanto han recaído pronunciamientos concordantes del juez instructor y de la cámara, y no encontrándose comprometida cuestión federal o supuesto de arbitrariedad alguno en la decisión impugnada que amerite la intervención de esta Cámara, en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
CAUSA Nº FCM 12936/2014/CPC2
"ANDRADA RICARDO ARNALDO Y OTROS s/
RECURSO DE CASACIÓN"

re "Di Nunzio, Beatriz Herminia s/excarcelación", causa nº 107572, D.199.XXXIX, estimo que corresponde declarar inadmisibile el recurso intentado, sin costas

Tal es mi voto.

La señora juez Angela Ester Ledesma dijo:

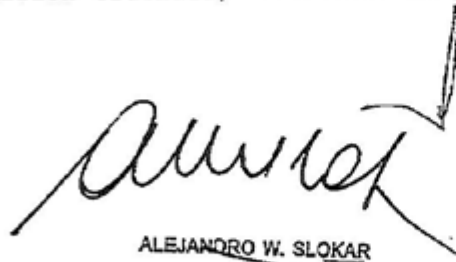
En las particulares circunstancias del caso, adhiero a la solución propuesta por el doctor Slokar.

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el tribunal por mayoría **RESUELVE**:

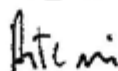
HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto, **SIN COSTAS**, **CASAR PARCIALMENTE** la resolución recurrida en su punto dispositivo II y, en consecuencia, **REMITIR** las actuaciones a su origen, a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con la doctrina aquí establecida (arts. 470, 530 y ccds. CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.


ALEJANDRO W. SLOKAR


ANGELA ESTER LEDESMA


CARLOS A. MAHIQUES


Intem

11


MARIA LAURA VILELA
PROSECRETARIA DE CÁMARA

BRASIL

JURISPRUDENCIA 1

TÍTULO

A ASSISTÊNCIA SOCIAL PREVISTA NO ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BENEFICIA BRASILEIROS NATOS, NATURALIZADOS E ESTRANGEIROS RESIDENTES NO PAÍS, ATENDIDOS OS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. (RE 587.970, DJE Nº 215 , DO DIA 22/09/2017)

SÍNTESE JURÍDICA

Trata-se de decisão do Supremo Tribunal Federal que, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos do voto do Ministro Relator.

O Relator assentou não haver, na Lei Maior, dispositivo a restringir o benefício assistencial aos cidadãos brasileiros. Consignou caber à legislação ordinária apenas definir os critérios para aferição da insuficiência de recursos, não sendo lícito limitar o benefício nos termos pretendidos pelo INSS.

Mencionou que “o estrangeiro residente no País, inserido na comunidade, participa do esforço mútuo. Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos de algum modo, responsáveis pelo bem de todos, inclusive daqueles que adotaram o Brasil como novo lar e fundaram seus alicerces pessoais e sociais nesta terra”.

Entendeu o Relator, ademais, que por haver uma relação clara entre a dignidade da pessoa humana, a proteção jurídica do indivíduo por ostentar a condição humana e o reconhecimento de esfera de proteção material do ser humano, haveriam de ser oferecidos pelo Estado certas prestações essenciais para sobrevivência do ser humano, as quais constituem o chamado mínimo existencial. O relator conclui salientando que não existiria, na Constituição Federal, ressalva ao não nacional quanto à obrigação do estado de prover assistência aos desamparados, pelo contrário, haveria necessidade, segundo o art. 5º, de garantir igualdade e tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros residentes no País.

SÍNTESE DOS FATOS

A Defensoria Pública da União (DPU) ajuizou ação contra o INSS para concessão do benefício de assistência social, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, a estrangeira residente no Brasil há mais de 54 anos. A primeira Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3ª região condenou o INSS à concessão do referido benefício.

O INSS interpôs recurso extraordinário contra tal decisão, argumentando que como não haveria idêntica situação fática entre nacionais e estrangeiros, a decisão da Turma Recursal teria violado os artigos 5, caput, e 203, V, da Constituição Federal. Sustentou, ainda, que não haveria motivos para estender aos portugueses residentes no País os mesmos direitos dos cidadãos brasileiros e que o contido no art. 203, V, não disporia de eficácia imediata, pois o próprio texto submeteria o implemento do benefício assistencial aos termos definidos em lei. Em suas contrarrazões, a DPU enfatizou que a pretensão do INSS implicaria em discriminação entre nacionais e estrangeiros, sendo conflitante com a dignidade da pessoa humana.

JURISPRUDENCIA 2**TÍTULO**

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CASO DE RÉU ACUSADO DO CRIME DE FURTO COM CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CRIME DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO (HC 138.697, DJE Nº 113 , DO DIA 30/05/2017)

SÍNTESE JURÍDICA

Trata-se de decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) que, por decisão unânime, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator, ordenando o trancamento da ação penal em que é réu o paciente por crime de furto.

O Relator, em seu voto, lembrou que a Primeira Turma do STF já havia reconhecido que as condutas tipificadas no art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) continuaram a ser crimes, tendo ocorrido, no entanto, a despenalização para o tipo, com a exclusão das penas privativas de liberdade. Assim, o Relator questionou se diante da ausência de cominação de penas privativas de liberdade, deveria ser perquirido se a condenação transitada em julgada do usuário pela posse de entorpecentes caracterizaria a reincidência prevista no art. 63 do Código Penal. Concluiu que, se tal condenação não poderia acarretar o aprisionamento do condenado, sendo as penas impostas ao usuário de caráter educativo, não seria razoável considerá-la para afastar a aplicação do princípio da insignificância a fato posterior.

Por fim, a segunda Turma do STF entendeu que embora constasse dos autos o registro de uma condenação anterior pela prática do delito de posse de entorpecentes para uso próprio, ante a inexpressividade da ofensa ao bem jurídico protegido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal ao caso concreto, deveria ser reconhecida a atipicidade da conduta.

SÍNTESE DOS FATOS

O paciente foi condenado pela prática do crime descrito no art. 155, caput, combinado com o art. 61, I, e art. 65, III, todos do Código Penal, pelo furto de aparelho celular, avaliado em R\$ 90,00 (noventa reais).

A Defensoria Pública da União (DPU) impetrou habeas corpus, com pedido de liminar, em favor do assistido contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que negou provimento ao Agravo Interno no REsp 1.585.687/MG. A referida Turma do STJ havia considerado que a reincidência do réu seria incompatível com a aplicação do princípio da insignificância.

No habeas corpus impetrado pela DPU, alegou-se a incidência do princípio da insignificância, uma vez que “a conduta perpetrada pelo agente não gerou qualquer

prejuízo, vez que o objeto foi restituído ao seu proprietário, de modo que a lesão ao bem jurídico tutelado é inexpressiva, nula a periculosidade social da ação e também

reduzidíssima a ofensividade da conduta e a reprovabilidade do comportamento atribuído ao paciente”. Asseverou-se, ainda, que a reincidência não poderia servir de obstáculo ao reconhecimento da insignificância penal da conduta, particularmente quando não se refere ao mesmo tipo de delito.

CHILE

JURISPRUDENCIA 1

AMPARO

Santiago, doce de febrero de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos cuarto, quinto y sexto, que se suprimen.

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

1.- Que según consta de la Resolución N° 823/2362, de 4 de octubre de 2016, de la Intendencia de la Región de Arica y Parinacota, la expulsión de la ciudadana dominicana Felicita Jesús Ozoria es consecuencia de la denuncia que formulara la Policía de Investigaciones el 19 de agosto de 2016 a la indicada autoridad administrativa con motivo del ingreso clandestino de la amparada al país.

2.- Que la Intendencia recurrida, el 25 de agosto de 2016, formuló denuncia contra la amparada a fin de que el Ministerio Público iniciara la investigación por infracción al artículo 69 del D.L. N° 1094, que sanciona al extranjero que ingrese clandestinamente al país, desistiéndose con posterioridad de ella, lo que trajo como consecuencia la extinción de la acción penal, impidiendo con ello que el órgano persecutor pesquisara y verificase los hechos constitutivos del delito de ingreso clandestino del que se le daba noticia y, de paso, tampoco permitió al amparado controvertirlos.

3.- Que en tal situación resulta forzoso concluir que la decisión en contra de la cual se ha interpuesto esta acción constitucional se torna ilegal, porque su única motivación fáctica no fue eficazmente investigada por las autoridades llamadas por ley a hacerlo con el objeto de establecer su efectiva ocurrencia, pese a lo cual se la invoca en un acto administrativo de grave trascendencia, lo que ilustra sobre la desproporcionalidad de la medida. En definitiva, el dictamen de expulsión se basa únicamente en la mera noticia de la autoridad policial a la administrativa del ingreso al país del recurrente, antecedente del todo insuficiente para sostener en este caso la decisión de expulsión cuestionada, circunstancia que priva de fundamento al acto, pone en peligro la libertad personal del amparado, compelido a hacer abandono del país, y faculta a la jurisdicción para dictar las medidas pertinentes que garanticen el ejercicio del derecho a la libertad individual que se ha afectado con la medida de que se trata, por lo cual la presente acción constitucional será acogida.

4°.- Que, por último, no está demás consignar que desde el ingreso de la amparada al territorio nacional ha intentado insertarse laboralmente, no tiene antecedentes policiales ni penales en Chile y se encuentra vinculado afectivamente con persona determinada, nada de lo cual le ha sido permitido demostrar, con motivo de la decisión administrativa carente de toda justificación.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia de treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, pronunciada en la causa ingreso N° 20-2018, de la Corte de Apelaciones de Arica, y en su lugar se decide que se acoge el recurso de amparo interpuesto a favor de Felicita Jesús Ozoria, por lo que se deja sin efecto la Resolución N° 823/2362 de la Intendencia de la Región de Arica y Parinacota, de 4 de octubre de 2016, que dispuso su expulsión del territorio nacional y los demás actos que sean consecuencia de ella. Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Valderrama, quien estuvo por confirmar la sentencia apelada en virtud de sus propios fundamentos. Comuníquese por la vía más expedita, regístrese y devuélvase.

PARAGUAY

Jurisprudencia 1

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS AUTOS: “COMPULSAS EL EXPTE. CARATULADO: L.P.L., V.F.G. Y M.A.L. S/ SUPUESTO HECHO PUNIBLE CONTRA LA RESTITUCION DE BIENES Y C/ LA LEY 2422/04 REDUCCION Y CONTRABANDO”. AÑO: 2012 – N° 1859.

ACUERDO Y SENTENCIA NUMERO: MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO.-

En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los Catorce días del mes de Octubre del año dos mil trece, estando en la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, los Excmos. Señores Ministros de la Sala Constitucional, Doctor ANTONIO FRETES, Presidente y Doctores GLADYS BAREIRO DE MÓDICA y VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Miembros, ante mí, el Secretario autorizante, se trajo al acuerdo el expediente caratulado: EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS AUTOS: “COMPULSAS DEL EXPTE. CARATULADO: L.P.L., V.F.G. Y M.A.L. S/ SUPUESTO HECHO PUNIBLE CONTRA LA RESTITUCION DE BIENES Y C/ LA LEY 2422/04 REDUCCION Y CONTRABANDO”, a fin de resolver la excepción de inconstitucionalidad opuesta por la Agente Fiscal asignada a la Unidad Penal N° 1 de la Fiscalía Zonal de la Ciudad de Villeta, Abogada Silvia Graciela Frers Martí.

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, resolvió plantear y votar la siguiente:

CUESTION:

¿ES PROCEDENTE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD OPUESTA?

A la cuestión planteada el Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: La presente excepción de inconstitucionalidad fue promovida contra la Ley 4669/12, por la Agente Fiscal Silvia Graciela Frers Martí, ante el pedido de extinción de la acción penal formulado por los defensores técnicos de los acusados L.C.P. y J.C.A.M., en base a la ley impugnada. Alega la excepcionante la conculcación de los principios constitucionales consagrados en los artículos 9, 16, 17, 46, 47 y 137 de la Constitución Nacional.

El Agente Fiscal, en el escrito de interposición de la excepción que nos ocupa, ha señalado: “...la fijación de un tiempo para la duración máxima de un proceso debe responder a los delineamientos de la Tutela Jurisdiccional Efectiva... con esta nueva modificación de los plazos... el legislador ha provocado una limitación al ejercicio de esos derechos... al no contemplar ambos intereses o derechos... generando de esta manera un desequilibrio en el ejercicio efectivo de esos derechos, tanto desde el punto de vista de aquellas personas que se presentan ante los órganos jurisdiccionales a reclamar sus intereses, como también de aquellas personas que son pasibles de ser sometidas a un proceso penal... para la razonabilidad de la fijación de un plazo para la culminación de un proceso debe ser enfocada y tenerse en cuenta todas las circunstancias o contingencias que pudieran surgir en el curso de un proceso, independientes o externos a la actividad del órgano jurisdiccional”.-

Más adelante sostiene: “... la misma redacción de la ley 4669/12 no cumple realmente con el postulado de fijar un plazo razonable para la culminación del proceso, pues el legislador al obviar

incluir el recurso de casación y la acción de inconstitucionalidad, sin fijar un plazo en el que se deben resolver, en puridad y en la práctica, una persona podrá estar sometida o ligada a un proceso de manera indeterminada... el plazo previsto por el legislador para la culminación efectiva de los procesos no refleja la realidad operativa en la tramitación de los mismos, tales como los tiempos de notificación, infraestructura adecuada, cantidad de jueces y salas de apelación para atender la gran cantidad de planteamientos en cada causa, etc.,”.-----

Prosigue: “La ley 4669/12 transgrede ostensiblemente el artículo 137 de la Constitución Nacional... la regulación legal atacada solo establece plazos límites con relación a la primera y segunda instancia... siendo que el proceso penal culmina definitivamente con una sentencia firme y ejecutoriada... queda en evidencia que si bien la ley 4669/12 aparentemente establece un plazo en el que debe terminar un proceso, en realidad, no lo hace; pues al regular solo una parte del proceso penal, antes de que la sentencia quede firme, solo fija un término ficticio... siempre debe prevalecer el orden de prelación establecido en el artículo 137 de la carta fundamental, por ende, como la nueva ley se opone a lo dispuesto en la citada disposición, se produce un quiebre, una alteración de orden jurídico y su consecuencia directa e indefectible es que la nueva ley carece de validez...” (sic).-

La adversa contestó el traslado de rigor (fs. 284/286 y fs. 287/288), peticionando el rechazo de la excepción deducida en autos.-----

Por su parte, el Fiscal Adjunto de la Fiscalía General del Estado recomendó hacer lugar a la presente excepción de inconstitucionalidad, en virtud al Dictamen N° 1485 del 17 de octubre de 2012 (fs. 290/301).-----

Ahora bien, corresponde en primer lugar verificar que la excepción de inconstitucionalidad reúna los requisitos formales y de congruencia establecidos en el art. 538 del Código Procesal Civil.-----

El art. 538 del Código Procesal Civil dispone: “La Excepción de Inconstitucionalidad deberá ser opuesta por el demandado o el reconvenido al contestar la demanda o la reconvenición, si estimare que éstas se fundan en alguna ley u otro instrumento normativo violatorio de alguna norma, derecho, garantía, obligación o principio consagrado por la Constitución...”.-----

El objetivo de la excepción de inconstitucionalidad es evitar que tal norma sea aplicada al caso específico en el que se la deduce, es decir, lograr de la Corte una declaración prejudicial de inconstitucionalidad de una ley antes de que el juez se vea en la obligación de aplicarla.-----

La presente excepción ha sido planteada durante la sustanciación de la audiencia preliminar, ante la pretensión de extinción de la acción penal formulada por los representantes de la defensa técnica de los acusados L.C.P. y J.C.A.M., quienes peticionaron la desvinculación de sus defendidos fundados en la ley hoy impugnada. El requisito de admisibilidad vinculado a la oportunidad procesal exigido por el artículo citado en el párrafo que antecede, no resulta incumplido, al contrario, teniendo en cuenta las particularidades del procedimiento penal, con fases propias distintas a las del proceso civil y en razón que la impugnante ha planteado la excepción que nos ocupa al tomar conocimiento de la pretensión defensiva articulada por la contraria, en base a una la ley que reputa inconstitucional, considero que dicha circunstancia torna oportuno su planteamiento.-----

Asimismo, corresponde tener presente que si bien la entrada en vigencia de la ley 4669/12, objeto de la presente excepción de inconstitucional, ha quedado suspendida por imperio de la ley N° 4734/12, que dispone: “Artículo 1°.- Suspéndase por el plazo de dos años la vigencia de la Ley N° 4669/12, “QUE MODIFICA LOS ARTICULOS 136 Y 137 DE LA LEY N° 1286/1998, CODIGO

PROCESAL PENAL, MODIFICADO POR LEY N° 2341/2003. Artículo 2°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo”; sin embargo, ello no obsta atender la excepción formulada en autos, pues al tiempo de su planteamiento se hallaba plenamente vigente la ley impugnada. En efecto de las constancias de autos surge que la excepción que nos ocupa fue planteada en fecha 30 de agosto de 2012, y la ley que difiere la entrada en vigencia de la Ley 4669/12, rige desde el día 12 de septiembre de 2012...///...

...///...(según publicación oficial), por lo que en estas condiciones se impone su estudio y consideración por parte de esta máxima instancia judicial, pues en ocasión de la formulación de la pretensión impugnativa el acto normativo y generador de los agravios esbozados por la excepcionante se hallaba plenamente vigente.-----

Al abocarme al estudio de procedencia adelanto mi opinión que la ley impugnada debe ser declarada inconstitucional.-----

Aclarando que la decisión legislativa de establecer un plazo determinado y específico de duración del procedimiento, dejándolo establecido en un término distinto al que regía hasta la entrada en vigencia de la ley impugnada, no constituye el motivo de la declaración de inconstitucionalidad, sino su repentina y sorpresiva aplicación, generando un desequilibrio en el efectivo ejercicio de los derechos de la víctima y la sociedad en relación a los derechos del imputado, vulnerando derechos y garantías de factura constitucional vinculados a la igualdad procesal. Asimismo, el siguiente análisis pondrá en evidencia la ilegitimidad constitucional de la ley modificatoria en ausencia de una conexión y armonización de sus preceptos con otros principios y garantías tanto de orden nacional como internacional.-----

En efecto, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (duración máxima del procedimiento) está reglamentado en el Art. 136 del Código Procesal Penal, en consonancia con el Art. 8 Num. 1° del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por Ley N° 1/89 y el Artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley N° 5/92 -que integran nuestro derecho positivo vigente en las condiciones y orden de prelación que establece el Art. 137 de la Constitución Nacional-.-----

La ley impugnada modifica el artículo 136 del Código Procesal Penal, referente al plazo de duración del procedimiento -cuya redacción original a su vez ya había sufrido una primera modificación con la Ley 2431/03, conocida como ley Camacho- y el artículo 137 del Código Procesal Penal, que alude a los efectos del vencimiento del plazo previsto en el artículo 136, cuyo desenlace jurídico se materializa por vía de la extinción de la acción penal por extenuación del plazo razonable, que en definitiva constituye el fundamento medular (ratio legis) de las disposiciones en estudio.-----

Sin embargo, la redacción de la Ley 4669/12, introduce una serie de modificaciones, que a efectos de una mejor explicación será enteramente reproducida; refiriendo: -

“Artículo 1°.- Modifícase los Artículos 136 y 137 de la Ley N° 1286/98 “CODIGO PROCESAL PENAL”; modificado por Ley N° 2341/03, cuyos textos quedan redactados como sigue:

CAPITULO V - CONTROL DE LA DURACION DE PROCEDIMIENTO

“Art. 136.- DURACION DEL PROCESO PENAL. Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. A dicho efecto, todo proceso tendrá una duración máxima de tres años para su finalización en primera instancia, contada a partir de la imputación o a partir de la acusación, en ausencia de aquella.-

En segunda instancia, el plazo será de seis meses para la resolución de la apelación especial. En los casos de reenvío por anulación de la sentencia de primera instancia, el nuevo juicio deberá culminar en un plazo máximo de un año.-----

No será computado como parte del plazo mencionado en el primer párrafo del presente artículo, el tiempo que duren las audiencias preliminares, desde que se hayan iniciado hasta la resolución de todos los planteamientos realizados en las mismas.-----

Todos los incidentes, excepciones, apelaciones y recursos planteados por las partes, suspenden automáticamente el plazo, que vuelve a correr una vez que se resuelva lo planteado y el expediente vuelva a origen.-----

La fuga o rebeldía del imputado interrumpirá el plazo de duración del procedimiento. Cuando comparezca o sea capturado, se reiniciará el plazo.-----

Entiéndase por resolución judicial definitiva, a los efectos previstos en este artículo, aquella contra la cual no quepa recurso ordinario alguno; por lo que estarán expresamente excluidos de cómputo respectivo; la acción de inconstitucionalidad y el recurso de casación”.-----

“Art. 137.-EFECTOS. Vencido el plazo previsto en el artículo anterior, el juez, a petición de parte, declarará extinguida la acción penal, conforme a lo previsto por este código. A tal efecto, el peticionante deberá presentar en escrito fundado la solicitud de extinción de la acción penal, señalando las causas que la motivaron y los funcionarios intervinientes en el hecho.-----

Cuando se declare la extinción de la acción penal por morosidad judicial, la víctima deberá ser indemnizada por los funcionarios responsables o por el Estado. Se presumirá la negligencia de los funcionarios actuantes, salvo prueba en contrario. En caso de insolvencia del funcionario, responderá directamente el Estado, sin perjuicio de su derecho a repetir”.-----

Artículo 2º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.-----

Nótese que la nueva redacción contenida en la regulación impugnada, establece las siguientes modificaciones, a saber: a) reduce de cuatro (4) a tres (3) años el plazo de duración máxima del procedimiento, computable a partir de la imputación o a partir de la acusación, en ausencia de aquélla; b) reduce de doce (12) a seis (6) meses el plazo para la resolución de la apelación especial; c) incorpora una novedosa cláusula de suspensión del cómputo originado en el tiempo que duren las audiencias preliminares (amén de los ya conocidos incidentes, excepciones, apelaciones y recursos), que reduce aún más el ámbito de aplicación de la norma; d) incorpora una definición estipulativa de lo que debe entenderse por resolución judicial definitiva; e) excluye el tiempo insumido en la tramitación y resolución del recurso de casación y la acción de inconstitucionalidad del cómputo de los plazos procesales operados, y; f) excluye la declaración oficiosa de la extinción de la acción penal.-----

Adviértase que algunas modificaciones resultan beneficiosas al imputado (como la reducción del plazo) y otras gravosas a su posición como la (suspensión o exclusión del cómputo del plazo frente al cumplimiento de determinados actos), ocurriendo lo propio con la víctima (entendida como la directamente ofendida por el delito), al reducir el ámbito de aplicación de la norma a supuestos que excluyen el tiempo que duren las audiencias preliminares, los incidentes, excepciones, apelaciones y recursos, resulta conveniente a su posición pues ese tiempo no se ve consumido u operado a los efectos del cómputo total, más perjudica a su posición el acortamiento abrupto del plazo por

instancia, circunstancia que incluso permea la labor del representante del Ministerio Público al verse restringido en el ejercicio de sus derechos como representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, en cumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 266 y 268 de la Constitución Nacional.-----

Modificaciones que con sus luces y sus sombras (atendiendo la posición que se asuma), adquieren potencialidad de aplicación a los juicios en trámite, ante la articulación de algún medio de defensa fundado en el transcurso del nuevo plazo más favorable, por imperio del artículo 14 de la Constitución Nacional. A propósito, señalo en relación a la vigencia de la ley en el tiempo, que cuando dos o más leyes rigen al momento de sustanciarse el proceso penal en su integridad, el artículo 14 de la Constitución Nacional que además de consagrar la regla de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley, establece la excepción, aclarando el alcance del beneficio tanto para al encausado o procesado –ley procesal penal- como al condenado –ley penal-; de ahí que el articulado constitucional reconoce la posibilidad de la aplicación retroactiva de la ley procesal penal en los casos que sea más favorable al encausado o condenado.-----

Sin embargo, esta situación de efecto beneficioso para el imputado –generada necesariamente a partir de la puesta en vigencia de la ley impugnada y prohijada por el citado artículo constitucional- no debe emerger soslayando otros derechos reconocidos, tanto en el orden interno como internacional, a las demás partes del proceso, abandonando la visión político-criminal trazada para garantizar el efectivo cumplimiento del debido proceso legal, que emplea al proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial reclamado por cualquiera de las partes. De hecho, el derecho a la Tutela Judicial Efectiva (regulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 incisos 1 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8 inciso 1 y el artículo 25), constituye uno de los derechos fundamentales del que goza todo sujeto de derecho al requerir la intervención del órgano jurisdiccional en la seguridad que le amparan unas garantías mínimas conducentes al amparo o protección del derecho reclamado, siendo precisamente esta garantía la que la impugnante reputa conculcada.-----

Si bien nuestra Constitución Nacional no reconoce de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, acoge en aras de la protección de los derechos fundamentales el espíritu de las diversas declaraciones, tratados y convenios vigentes en el derecho internacional, por lo que el derecho enunciado encuentra efectividad en las disposiciones contenidas en los artículos 15 (prohibición de hacer justicia por sí mismo), 16 (defensa en juicio), 17 (derechos procesales), 45 (de los derechos y garantías no enunciados), 46 (igualdad de las personas) y 47 numerales 1 y 2 (de las garantías de igualdad) de la Carta Magna, amén de los artículos 131, 132, 133, 134 y 135 (garantías constitucionales) de la norma fundamental, por lo que los mismos -repito- no deben soslayarse so pretexto de garantizar otros derechos que gozan de igual protección constitucional. No se trata de dejar de lado unos derechos o garantías -sea a quien ampare- y encontrar argumentos legítimos que acoja aquellos que emergen en procura de la protección de unos derechos en detrimento de otros, sino al contrario, la tarea consiste en conciliarlos a la luz de la seguridad jurídica, el principio de igualdad y otros principios fundamentales del sistema Republicano consagrado en la Constitución Nacional, a fin de extenuar la problemática presentada; circunstancia definitivamente no reflejada en las disposiciones del acto normativo impugnado, contrariando incluso el espíritu del Código Procesal vigente que en el artículo 9, primer párrafo, garantiza a las partes “... el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código”.-----

En efecto, la norma impugnada no ha contemplado ni tutelado los intereses o derechos en juego de todas las partes intervinientes en la relación procesal, que engloba tanto el interés de la víctima y la sociedad de acceder a la justicia y obtener una respuesta jurisdiccional a sus reclamos, así

como el del imputado o acusado en el respeto de sus derechos y garantías procesales, incluso el de los propios funcionarios actuantes cuya negligencia se presume desde el mismo momento que se consuma la extinción de la acción penal; sino que sorpresivamente ha cambiado las reglas vinculadas a la duración máxima del procedimiento favoreciendo al imputado y perjudicando a las demás partes del proceso penal, que por el vencimiento abrupto del nuevo plazo culminan el procedimiento por medio de una solución jurídica distinta a las pautadas al inicio del mismo, si ello acontece, la impunidad frustra el derecho de la víctima a la justicia, y la tutela judicial efectiva se convierte en letra muerta porque el conflicto penal se define por un mecanismo extraño a la sentencia definitiva que es el modo normal y deseado que el debido proceso exige para poner fin a una causa penal.-----

Problemática no percibida por los legisladores (se han reducido plazos en primera y segunda instancia, se ha reducido el ámbito de aplicación de la norma, agregando suspensiones vinculadas al término que duran las audiencias preliminares, etc.), que conllevan peculiaridades que por mandato constitucional y razón práctica por lo menos debieron ser cuidadosamente contempladas en una disposición que organice su oportuna o pertinente entrada en vigencia. No habiéndolo hecho se vulnera el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 14 incisos 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1, 3, 8 inciso 1, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto San José de Costa Rica, indisolublemente unido a la efectividad del principio de igualdad contenido en el artículo 46 y 47 incisos 1 y 2 de la Constitución Nacional.-----

Numerosos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltan como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia, así el caso Velásquez Rodríguez en su fundamento 166, refiere: "La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos". Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988 y el caso Barrios Altos, que en su fundamento 43, establece: "La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención". Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia del 14 de Marzo de 2001.-----

Similar criterio ha adoptado en el caso López Álvarez Vs. Ecuador al afirmar, en sus considerandos Nros. 136 al 140, que: "... El artículo 25.1 de la Convención establece la obligación de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. No basta con que los recursos existan formalmente; es necesario que sean efectivos, es decir, se debe brindar la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida;" La existencia de esta garantía "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención". Al respecto, esta Corte ha reiterado que dicha obligación no se agota en la existencia legal de un recurso; es necesario que éste sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la

autoridad competente ... En consecuencia, la Corte considera que el Estado violó el Artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez, dado que no le garantizó el acceso a recursos judiciales efectivos que lo ampararan contra las violaciones a sus derechos....". CORTE IDH. Caso López Álvarez Vs. Ecuador. Sentencia del 1 de febrero de 2006.-----

Además, también encuentro anticonstitucional sustraer del cómputo del plazo de duración máxima del procedimiento planteamientos de recursos en general y el recurso extraordinario de casación y la acción de inconstitucionalidad, en particular. -----

En efecto, la cláusula de suspensión inserta en relación a incidentes, excepciones, apelaciones y recursos, tratada luego de la redacción que establece la duración del procedimiento tanto en primera como en segunda instancia, hace suponer que la modificación legislativa está orientada a la suspensión en todos los casos del plazo de duración máxima del procedimiento, es decir, que la misma también alcanza a los recursos planteados luego de la finalización de lo que la ley impugnada denomina primera instancia, por tanto, excluye al recurso de apelación especial o incluso al recurso de casación directa, que pueden ser planteados contra la decisión del Tribunal de Sentencia, del cómputo del plazo de duración máxima del procedimiento, que de por sí constituye un despropósito por atentar abiertamente no solo contra la garantía de recurribilidad de la que gozan las partes, sino sobre todo por su incidencia en el cómputo final ante la imperativa suspensión dispuesta, extremo no compatible con el espíritu del artículo 17 inciso 10 de la Constitución Nacional (que si bien habla de sumario simplemente se debe a que la Carta Magna fue redactada antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, pero trasluce la intención del legislador de la duración limitada del proceso penal) y los artículos 8 inciso 1 y 7 inciso 5 Convención Americana de los Derechos Humanos, imponiéndose el concepto de supremacía como la obligación de adecuación de las disposiciones de la norma impugnada a las de rango superior, no verificándose dicha circunstancia en el acto normativo impugnado, se produce además la vulneración de las disposiciones contenidas en los artículos 137 y 145 de la Constitución Nacional.-----

Los citados artículos 8 inciso 1 y 7 inciso 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos "Pacto San José de Costa Rica", instituyen entre el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, la garantía del plazo razonable, señalando: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter..."; y "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio".-----

Asimismo, nutrida jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido lo que debe interpretarse por plazo razonable; en el caso Suárez Rosero, en el fundamento N° 70, ha dicho: "El principio de "plazo razonable" al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente....". Asimismo, en el fundamento N° 71, respecto a la interposición de recursos y su consecuencia en el cómputo respectivo, interpreta lo que sigue: "...Considera la Corte que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (cf. Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A n° 81, párr. 29) y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse....". CORTE IDH Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997 (Fondo).-----

En el caso Tibi Vs. Ecuador, se ha adoptado semejante criterio al afirmar, en el fundamento N° 171, que: “La aprehensión del señor Daniel Tibi ocurrió el 27 de septiembre de 1995. Por lo tanto, se debe apreciar el plazo a partir de ese momento. Asimismo, este Tribunal ha establecido que para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta que el proceso concluye cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción, y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”. CORTE IDH Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia del 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).-----

En resumidas cuentas el ejercicio del derecho impugnatorio entendido como una garantía a quien le esté expresamente acordado a ejercerlo, en procura de obtener la reparación de sus agravios a través de los mecanismos establecidos en la legislación, no puede convertirse en una suerte de sanción para la parte que lo ejercita (reconociendo que su ejercicio en estas condiciones siempre será más gravoso para el imputado), excluyéndolo del cómputo final de duración del procedimiento, esta circunstancia desvirtúa la propia materia que pretende regular la ley impugnada, esto es, el resguardo de la garantía del plazo razonable.-----

Considero que lo propio ocurre en relación al Recurso Extraordinario de Casación y la Acción de inconstitucionalidad que al ser desplazados del cómputo final no resultan abarcados por la temporalidad dispuesta en la ley reglamentaria, como si fuesen materia extraña al procedimiento penal, cuando que incluso –aunque de naturaleza extraordinaria la primera cuya finalidad es la vigencia de la ley (cuestiones de derecho) y autónoma la otra, cuya finalidad es mantener la supremacía constitucional- pueden incidir en el proceso que aún no ha adquirido calidad de firmeza, por lo que considero que no debería descontarse o excluirse del cómputo en estudio las instituciones señaladas, sostener lo contrario hace a la negación misma del principio del plazo razonable.-----

En suma, por las consideraciones que anteceden, corresponde hacer lugar a la presente excepción de inconstitucionalidad planteada declarando la inaplicabilidad de la norma impugnada al presente caso, por vulneración de los artículos 14 incisos 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1, 3, 7 inciso 5, 8 inciso 1, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto San José de Costa Rica, y las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 17 inciso 10, 45, 46, 47 incisos 1 y 2, 137 y 143 de la Constitución Nacional. Es mi voto.-----

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: Silvia Graciela Frers Martí, Agente Fiscal de la Unidad Penal N° 1 de la Fiscalía Zonal de la Ciudad de Villeta, opuso Excepción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 4669/2012 “Que modifica los artículos 136 y 137 de la Ley 1286/98 Código Procesal Penal, modificado por la Ley 2341/03”, alegando la violación de los artículos 9, 16, 17, 46, 47 y 137 de la Constitución Nacional.-----

Antes de expedirnos sobre la cuestión principal, traemos a colación el art. 538 del CPC dice: "Oportunidad para oponer la excepción en el proceso de conocimiento ordinario. La excepción de inconstitucionalidad deberá ser opuesta por el demandado o el reconvenido al contestar la demanda o la reconvención, si estimare que éstas se fundan en alguna Ley u otro instrumento normativo violatorio de alguna norma, derecho, garantía, obligación o principio consagrado por la Constitución. También deberá ser opuesta por el actor, o el reconviniente en el plazo de nueve días, cuando estimare que la contestación de la demanda o la reconvención se funda en una Ley u otro acto normativo inconstitucional por las mismas razones. Este plazo se computará desde la notificación de la providencia que tiene por contestada la demanda o la reconvención".-----

De la norma legal transcrita surge diáfamanamente en qué casos procede la impugnación por vía de Excepción.-----

De lo señalado precedentemente, la recurrente ha interpuesto oportunamente la excepción, en atención a que el Abogado de la defensa C.A.C., en representación del acusado J.C.A.M., planteó la extinción de la acción penal, el cual fue sustanciado en el marco de la audiencia de Preliminar, por la entrada en vigencia de la Ley 4669/2012, luego del traslado al representante del Ministerio Público, respetando los principios de bilateralidad, siendo el momento de contestación equiparable a la oportunidad procesal prevista en la norma (Art. 538 CPC); teniendo en consideración los principios generales propios del procedimiento penal, razón por la cual voto por la admisibilidad formal de la Excepción.-----

De los antecedentes de autos se colige que luego de la apertura formal de la Audiencia Preliminar, la defensa del acusado, dijo: "...esta defensa técnica viene a plantear incidente de extinción de la acción penal en la presente causa, teniendo en cuenta que se encuentra en vigencia los Arts. 136 y 137 de la Ley 4669 que modifica el Capítulo V Título I de los Actores Procesales, Libro Segundo del Código procesal penal, Capítulo que regula el control de Duración del procedimiento específicamente los Arts. 136 y 137 de la Ley N° 1286/98 habiendo sido modificado con anterioridad el Art. 136 en virtud a la Ley 2431/03 más conocida como Ley Camacho, por lo que la nueva ley en vigencia dispone DURACIÓN MÁXIMO:TODA PERSONA TENDRÁ DERECHO A UNA RESOLUCIÓN JURÍDICA DEFINITIVA EN UN PLAZO RAZONABLE, a dicho efecto todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres años para su finalización en primera instancia, contado a partir de la imputación... teniendo en cuenta que el inicio del procedimiento es de fecha 18 de julio de 2008, con el acta de imputación presentada por el Ministerio Público, agregada a fs. 16 y 17 de autos por lo que haciendo el cómputo transcurrido desde esa fecha hasta esta audiencia, tenemos que efectivamente el plazo transcurrido es de tres años, once meses, más diez y siete días...por lo que solicito previo informe de la Actuaría, del cómputo del plazo transcurrido, el juzgado haga lugar a la extinción de la causa..."(sic). Acto seguido el Juez sustanció dicho incidente corriendo traslado del mismo al Fiscal de la causa, momento en que el Ministerio Público interpuso Excepción de Inconstitucionalidad (ver Acta de audiencia preliminar, fojas 282,283). El juicio oral y público fue suspendido hasta tanto recaiga decisión de la Corte Suprema de Justicia.-----

La Excepción de inconstitucionalidad fue sustanciada, siendo contestado por los Abogados de la defensa Leonardo Colina Brítez y César Acevedo Candia, en los términos de los escritos presentados en fecha 07.09.2012 y 12.09.2012, respectivamente.- -----

Finalmente, la Fiscalía General del Estado, a través del Fiscal Adjunto, Abogado Marco Antonio Alcaraz R., contestó el traslado en los términos del Dictamen N° 1485 del 17.10.2012, solicitando se disponga hacer lugar a la excepción de inconstitucionalidad planteada por la Agente Fiscal Silvia Frers, contra la Ley N° 4669/12, según consideraciones contenidas en el mentado escrito.-----

La Excepción de Inconstitucionalidad debe ser admitida, por cuanto sigue:

De la exposición de la representante del Ministerio Público se concluye que con la modificación de los tiempos de duración máxima de un proceso, el legislador no sólo limitó el ejercicio de los derechos constitucionales de las personas que se presentan a reclamar sus intereses, como también de aquellas personas que son pasibles de ser sometidas a un proceso penal y por sobre todo produce un quiebre del ejercicio de la igualdad entre las partes, ya que el M.P. como representante de la sociedad, encuentra restringida arbitrariamente su actuación al cambiarse en forma repentina las reglas de juego; más bien, en inteligencia de esta Magistratura, se ha visto afectada la obligación del Ministerio Público, consagrada por la Constitución Nacional bajo la denominación: "De los deberes y de las atribuciones", previstas en el Art. 268 de la Constitución Nacional, donde bajo los incisos

1), 2) y 3), comprometen a dicho órgano de la justicia a: -velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales; -promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos y; -ejercer la acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte.-----

Igualmente la Ley N° 4669/2012 cuestionada, vulnera el Art. 3 de la Constitución Nacional donde se establece la forma en que debe ser ejercido el Poder Público, por los poderes de Legislativo, Ejecutivo y Judicial, dentro de un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control y; esquivo al reconocimiento de la dignidad humana, podría ocasionar la inobservancia de valores como la libertad, la igualdad y la justicia que inspiraran a la Convención Constituyente a la redacción del Preámbulo de la Constitución de la República del Paraguay.-----

A los efectos de una mejor comprensión de la tesis sustentada por esta Magistrada, es preciso aclarar la posición jurídica de la Fiscalía en el proceso penal. La Fiscalía es una autoridad de la justicia que si bien goza de autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones, debemos considerarla como un órgano independiente de la administración de justicia (Art. 266 C.N.). No puede ser equiparada al juez, en razón que a la Fiscalía le está vedada la tarea específica judicial de dictar decisiones que alcancen la autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, en modo alguno podemos considerar a la Fiscalía como una mera autoridad administrativa, en razón que le está confiada la administración de justicia penal, en división funcional con los tribunales y, su actividad como la del juez, no puede estar orientada a las exigencias de la administración, sino sólo a valores jurídicos, esto es, a criterio de verdad y justicia.-----

Las características señaladas, tiene consecuencias prácticas de gran importancia; en primer lugar, no podemos considerar “parte”, en razón que sus actuaciones deben regirse por un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley y tomando en consideración los elementos de cargo y de descargo en relación al imputado y absteniéndose de acusar cuando no encuentre fundamento para ello o los elementos que haya recogido no sean suficientes para lograr una condena (Art. 52, 315 CPP); todo lo contrario sería irreconciliable con su obligación hacia la verdad y la justicia.-----

Por otra parte, la fiscalía, en principio, está obligada a acusar ante la existencia de acciones punibles (Art.32 Ley N° 1562/2000 Orgánica del Ministerio Público), el llamado “principio de legalidad”, obligación ésta perturbada con la modificación introducida por la Ley N° 4669/2012 y a través de la cual se vieron reducidos los plazos procesales para la conclusión de la sustanciación del juicio oral y público, tendiente a dilucidar una sospecha fundada, conforme la acusación presentada contra el incoado por la Representante del Ministerio Público, priva de la posibilidad de la aplicación de una sanción penal al hecho investigado -claro está- si se comprueba la sospecha, generando una inconstitucionalidad por vulnerar la materia constitucional; adscribiéndonos al sector de la doctrina, recogida por la versión de Florencia 2000 del Corpus Iuris proyectado para la UE, donde se sostiene que el principio de protección de la confianza legítima, resulta vulnerado, pues –en el marco del principio de legalidad- el fundamento de esta norma es la mencionada analogía del efecto sobre la seguridad jurídica que tienen los cambios jurisprudenciales y los legales, así como la relación complementaria que existe entre la ley y su interpretación (Confr. –E. Bacigalupo, en Estado de Derecho y Orden Jurídico Penal, BIJUPA, Asunción, 2006, pág. 44-47).-----

El sistema del ejercicio de los Poderes se vio afectado, pues la entrada en vigencia de la ley cuestionada propició un desequilibrio en la coordinación que entre los Poderes del Estado debería prevalecer para asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, valores sustentados como forma del Estado y de gobierno, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana; entiéndase dignidad humana como derecho fundamental, inclusiva no sólo de derechos subjetivos y garantías constitucionales,

a través de las cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de la autoridad pública, sino que incluyen deberes positivos que vincula a todas las ramas del Poder Público; circunstancia por las cuales consideramos vulnerado el Art. 3 CN.-----

La ley atacada introduce modificaciones trascendentes para todos los sujetos procesales; sería justo que dadas las implicancias importantes de la misma sea realizada en forma coordinada no sólo su forma de aplicación, como ser una transición entre la anterior y la que se pretende implementar, sino también en redacción para así dejar sentadas las reglas a ser utilizadas a partir de su vigencia.-

La justicia como tal forma parte íntegra y primordial de la seguridad jurídica, que no es otra cosa que un principio del Derecho, universalmente reconocido, basado en “certeza del derecho”, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.-----

Por las razones expuestas considero que la Excepción de Inconstitucionalidad opuesta, debe acogerse favorablemente, declarando inaplicable la Ley N° 4669/2012 al presente caso. Así voto.-

A su turno el Doctor FRETES manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ, por los mismos fundamentos.-----

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

Ante mí:

SENTENCIA NÚMERO: 1288.-

Asunción, 14 de Octubre de 2.013.-

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR a la excepción de inconstitucionalidad opuesta por la Agente Fiscal Silvia Graciela Frers Martí, asignada a la Unidad Penal N° 1 de la Fiscalía Zonal de la Ciudad de Villeta y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad de la Ley N° 4669/12, al presente caso.-----

ANOTAR, registrar y notificar.-----

FDO.: Doctor ANTONIO FRETES, Presidente y Doctores GLADYS BAREIRO DE MÓDICA y VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ. ANTE MÍ: Arnaldo Levera Gómez (Secretario Judicial I).-

Ante mí:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: “DEFENSORÍA DEL PUEBLO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN LORENZO S/ AMPARO”. AÑO: 2008 – N° 1054.

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: Mil trescientos seis.-

En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los quince días, del mes de Octubre, del año dos mil trece, estando en la Sala de Acuerdos de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, los señores Ministros ANTONIO FRETES, GLADYS BAREIRO DE MÓDICA, VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y SINDULFO BLANCO y los Conjueces VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ, OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y NERI VILLALBA FERNÁNDEZ, éstos últimos integran este Alto Colegiado por la no aceptación de los Doctores MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI y CESAR ANTONIO GARAY y la ausencia dejada por el Doctor JOSÉ V. ALTAMIRANO AQUINO, respectivamente, bajo la Presidencia del Primero de los nombrados, por Ante mí, el Secretario autorizante, se trajo al acuerdo el Expediente intitulado: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: “DEFENSORÍA DEL PUEBLO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN LORENZO S/ AMPARO”, a fin de resolver la Acción de Inconstitucionalidad incoada por el Defensor del Pueblo de la República, Abogado Manuel María Páez Monges, bajo patrocinio de Abogados, en representación del Señor José Daniel Vargas Telles, contra el Ac. Y Sent. N° 78 del 16 de julio de 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial 5ta. Sala de la Capital.

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, resolvió plantear y votar la siguiente: -----

CUESTIÓN:

¿ES PROCEDENTE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDA?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: FRETES, BAREIRO DE MÓDICA, NÚÑEZ RODRÍGUEZ, TORRES KIRMSER, BLANCO, PUCHETA DE CORREA, NÚÑEZ GONZÁLEZ, PAIVA VALDOVINOS Y VILLALBA FERNÁNDEZ. -----

A la cuestión planteada el Doctor FRETES dijo: El Defensor del Pueblo de la República, Dr. Manuel María Páez Monges, bajo patrocinio de los Abogs. S. R. A. D., H. B. F. B., J. M. C. y E. F. S., interpuso acción de inconstitucionalidad contra el Ac. y Sent. N° 78 del 16 de julio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Quinta Sala, de la Capital, en los autos individualizados precedentemente.

1.- La resolución en cuestión resolvió confirmar la SD N° 105 del 13 de marzo de 2008 dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno.

2.- Al fundar la resolución impugnada el Tribunal sostuvo que: “El amparo fue denegado, por el a quo. El art. 40 de la CN establece que el derecho a peticionar a las autoridades es un derecho, pero, debe hacerse “según las modalidades que la Ley determine”. La propia Constitución Nacional establece que el límite a ese derecho debe establecerse por Ley. Y, la Ley 1682 en sus arts. 4 y 5 y su modificatoria la Ley 1969/02, establecen que estos datos solicitados, cuando se refieran al patrimonio, debe tener la autorización del afectado. El hecho de pedir datos de los sueldos de terceras personas tiene su contrapeso jurídico en el derecho constitucional a la intimidad, por tanto, al condicionar la Ley a la autorización de los afectados, la petición realizada vía amparo constitucional

es improcedente al no adecuarse al art. 134 en la parte que dice que se vea afectado por un acto “manifiestamente ilegítimo”. La denegación por parte de la Municipalidad de San Lorenzo de proveer dicha información se ajusta estrictamente a la Constitución Nacional y la 1682/00. Por otra parte no ha referido cual es el daño que le ocasiona la falla de provisión de dichos datos al peticionante. Al faltarle el primer requisito mencionado es suficiente para confirmar el rechazo del amparo, por tanto, debe confirmarse la SD N° 105 de fecha 13 de marzo de 2008, con costas, a la parte perdedora”.

3.- Que, en fecha 9 de noviembre de 2009 los representantes convencionales de la Municipalidad de San Lorenzo opusieron las excepciones de falta de personería y falta de acción y contestaron la demanda. Para sostener la excepción de falta de personería argumentaron que el Defensor del Pueblo no había acompañado el poder que acreditara la representación del Sr. José Daniel Vargas Télles, mientras que al referirse a la excepción de falta de acción arguyeron que la Ley 631/05 “Orgánica de la Defensoría del Pueblo” no lo habilita a plantear acciones de inconstitucionalidad. Finalmente contestaron la demanda, sustentando que la actor a debería haber planteado su reclamo por la vía contencioso-administrativa y no a través de la acción de amparo, haciendo suyos los argumentos vertidos en su momento por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno.

4.- Que, el 23 de febrero de 2010 en los términos de la Acor. N° 479 del 9 de octubre de 2007, se convocó por el término de 15 días a los interesados en emitir su opinión fundada en la presente controversia como “Amigos del Tribunal”, a los efectos de proporcionar elementos técnicos especializados que permitan a esta Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia legitimar adecuadamente su decisorio y dar respuesta razonable al interés de la colectividad.

5.- Que, el 25 de febrero de 2010 se presentaron los escritos de los “Amigos del Tribunal”, a saber; a) El del “Open Society Institute- Open Society Justice Initiative” (Instituto de la Sociedad Abierta - Iniciativa Pro Justicia de la Sociedad Abierta) de la Ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, Estados Unidos de América (fs. 182 a 235); y, b) El de las siguientes organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro extranjeras, integrantes de la denominada Alianza Regional por la Libertad de Expresión e Información; “Asociación Instituto Prensa y Libertad de Expresión – IPLEX” de la Ciudad de San José, República de Costa Rica; “Fundación para la Libertad de Prensa – FLIP”, de la Ciudad de Bogotá, República de Colombia; “Fundación Pro Acceso”, de la Ciudad de Santiago, República de Chile; y, “Fundación Andina para la Observación y Estudio de Medios – Fundamedios”, de la Ciudad de Quito, República de Ecuador (fs. 91 a 178).

6.- Asimismo, adhirieron a esas presentaciones: El Dr. Mario Paz Castaing, en representación de la organización paraguaya “Centro de Información y Recursos para el Desarrollo – CIRD” (fs. 56 a 57); el Sr. Álvaro Herrero, Director Ejecutivo de la “Asociación por los Derechos Civiles – ADC” de la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina (fs. 58); el Sr. Juan Javier Zeballos Gutiérrez, Director Ejecutivo de la “Asociación Nacional de la Prensa – ANP”, de la Ciudad de La Paz, del Estado Plurinacional de Bolivia (fs. 59/60); el Sr. Edison Lanza Robatto, Director Ejecutivo del “Centro de Acceso a la Información Pública – CAINFO” de la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay (fs. 61/62); la Sra. Katya Salazar, Directora Ejecutiva de la “Fundación para el Debido Proceso Legal – DPLF”, de la Ciudad de Washington DC, Estados Unidos de América (fs. 63/64); la Sra. Karina Verónica Banfi, Secretaria Ejecutiva de la “Alianza Regional por la Libertad de Expresión e Información” (fs. 65/66); y la Dra. María Jesús Bogado de Schubeius, en representación de la organización paraguaya “Semillas para la Democracia” (fs. 236/237).

7.- Que, en fecha 19 de marzo de 2010 también adhirieron a los escritos de los “Amigos del Tribunal” citados precedentemente, la organización “Instituto Prensa y Sociedad – IPYS”, de la Ciudad de Lima, República del Perú (fs. 243/245) y la organización “Trust for the Americas” de la Ciudad de Bogotá, República de Colombia (fs. 250).

8.- Que, en fecha 2 de junio de 2011 se hizo saber a las partes que la Sala Constitucional para entender estos autos se encuentra integrada con los Dres. Antonio Fretes, Víctor Núñez, Gladys Bareiro de Módica, Raúl Torres Kirmser, Sindulfo Blanco, Alicia Pucheta de Correa, Valentina Núñez-Neri Villalba y Oscar Paiva.

9.- Que, en primer término cabe analizar las excepciones de falta de personería y falta de acción opuestas por los representantes convencionales de la Municipalidad de San Lorenzo. Las mismas deben ser rechazadas. Los incs. 7) y 8) del art. 10 de la Ley 631/95 establecen que “son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo: (...) 7) interponer Hábeas Corpus y solicitar amparo, sin perjuicio del derecho que le asiste a los particulares; 8) actuar de oficio o a petición de parte para la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios”. Como bien señala el Defensor del Pueblo en el escrito en el que interpone la presente demanda de inconstitucionalidad, sería ilógico y antifuncional al ejercicio de los deberes y atribuciones de su cargo y los de la Defensoría del Pueblo que, por un lado, pudiera solicitar amparo a favor de una persona que es víctima de un menoscabo o negación de sus derechos humanos y que, por el otro lado, no pudiera desarrollar en plenitud todas las posibilidades que el marco constitucional y legal prevén para evitar la consumación jurisdiccional de ese menoscabo o negación. Durante la tramitación del juicio de amparo cuyo resultado adverso motivó la presente acción, la Defensoría del Pueblo interpuso amparo a favor del Sr. José Daniel Vargas Télles, asumiendo de hecho su representación procesal y alegando violaciones al derecho de acceso a la información pública que, sostuvo, es un derecho humano. Pudiendo la Defensoría del Pueblo actuar de oficio para la defensa de los derechos humanos no parece razonable exigirle que las presuntas víctimas le otorguen un poder para actuar en su nombre, ni mucho menos negarle la posibilidad de interponer la acción de inconstitucionalidad cuando esa es la única vía idónea para intentar conjurar una posible violación de los derechos humanos de un habitante de la República.

10.- Que, cabe además analizar la objeción planteada en el Dictamen N° 1813 de la Fiscalía General del Estado. Ante todo, conviene resaltar de antemano que en el presente caso no se dan las circunstancias acaecidas en los precedentes citados. En estos, los fallos de segunda instancia confirmaron los de primera instancia con fundamentos similares. En el caso que nos ocupa el fallo de primera instancia rechazó la acción de amparo sosteniendo que la vía procesal elegida por la Defensoría del Pueblo no era la adecuada, en razón de que el Juez actuante entendió que ante una negativa a entregar la información pública solicitada en su oportunidad por el Sr. Vargas Télles debería haberse interpuesto una acción contencioso administrativa. El a quo no analizó siquiera si el solicitante tenía o no derecho a que se le entregara la información que había requerido.

11.- Por otro lado, el fallo de segunda instancia no hizo ni la menor referencia a este fundamento, sino que analizando la pretensión de la actora negó categóricamente que el Sr. Vargas Télles hubiera tenido derecho a acceder a la información solicitada. En cierto sentido, el ad quem hizo lugar al planteo de la actora en relación a que su pretensión era atendible en el marco de una acción de amparo, pero la rechazó por considerar que no tenía el derecho que invocaba.

12.- Ahora bien, tampoco es cierta la afirmación de que el Defensor del Pueblo no ha cuestionado la constitucionalidad del fallo de primera instancia. En efecto, el accionante solicitó la declaración de inconstitucionalidad del fallo de segunda instancia, confirmatorio del de primera instancia, cuestionando la constitucionalidad de ambos y fundando en términos concretos su petición. En el acápite 5.2 se lee: “En este punto, se reiterarán -aunque en forma ampliada- los argumentos vertidos en el escrito de inicio de la acción de amparo que culminó con el nulo e inconstitucional Ac. y Sent. N° 78 del 16 de julio de 2008. Ello por un doble motivo. Primero, para cumplir con el requisito de autosuficiencia que necesita todo escrito introductorio de un nuevo proceso. Segundo y más importante, porque son los argumentos que tanto la jueza de primera instancia como los

integrantes del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 5ª, obviaron considerar en sus decisiones, lo cual los descalifica como actos jurisdiccionales válidos”. Inmediatamente después expuso cuál hubiera sido a su entender el derecho aplicable a la solución del caso y, entre esos argumentos, citó las decisiones jurisdiccionales en las que solicitudes de acceso a la información habían sido acogidas por la vía del amparo: SD N° 40 del 31 de julio de 2007, dictada por el Juzgado de Liquidación y Sentencia N° 1; SD N° 15 del 27 de septiembre de 2007, dictada por el Juzgado de Liquidación y Sentencia N° 7; y, SD N° 51 del 2 de mayo de 2008, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 3, de Asunción.

13.- Que, en estas condiciones no existen impedimentos para que esta Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia analice el fondo del asunto.

14.- Que, el caso que nos ocupa tuvo su origen en la petición de acceso a la información que el Sr. José Daniel Vargas Télles realizó al señor Intendente Municipal de la Ciudad de San Lorenzo el día 4 de mayo de 2007, en la que le requirió “copia impresa de cantidad de empleados contratados y nombradas, con sus nombres y apellidos, puestos de trabajo y salarios respectivos de los que se encuentran trabajando en los distintos departamentos de la municipalidad de San Lorenzo”. Invocó a favor de su derecho los arts. 1, 28 y 45 de la CN, así como “los instrumentos internacionales que en la materia el Paraguay ha ratificado” (fs. 13 del expediente del juicio de amparo).

15.- Que, en consecuencia, y atento el sentido de lo resuelto por el Tribunal ad quem, la cuestión a decidir versa sobre el aparente conflicto de dos derechos consagrados en la Constitución: el derecho a informarse (art. 28) y el derecho a la intimidad (art. 33).

16.- El primero cuenta con una mínima regulación legal (art. 2 de la Ley N° 1682/01, texto según Ley N° 1969/02; y art. 68 de la Ley N° 3966/10): mientras que el segundo se encuentra extensamente regulado en la Ley N° 1682/01, texto según Ley 1969/02, y en el CP, art. 143 (Lesión de la intimidad de la persona).

17.- Que, a fin de determinar la existencia de un conflicto de derechos de igual jerarquía, lo cual obligaría a realizar un juicio de ponderación y armonización, primeramente debemos proceder a analizar las características de cada uno.

18.- Que, como punto de partida se debe hacer referencia al art. 28 de la CN, el cual en su parte pertinente establece lo siguiente: “Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La Ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo”. Asimismo, la República del Paraguay, mediante la Ley N° 1/89 ha aprobado y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 13 dispone, en su parte pertinente: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores las que deben estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesarias para asegurar; a) El respeto a los derechos o la reputación de los demás; o, b) La protección de la Seguridad Nacional el orden público o la salud o la moral públicas”. Luego, mediante la Ley N° 5/92 se ha aprobado la adhesión efectuada por nuestro país al Pacto Internacional de Derechos Políticos, cuyo art. 19 prevé: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. El ejercicio del derecho previsto

en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especules. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán sin embargo, estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

19.- Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Claude Reyes vs. Chile” ha interpretado el art. 13 de la Convención en los siguientes términos: “el art. 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar” y a “recibir informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa Información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera dará las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”.

20.- Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el máximo órgano de interpretación de las disposiciones de la Convención, siendo en consecuencia lógica y razonable que sus decisiones sean consideradas por esta Corte Suprema de Justicia. Ello permitirá evitar eventuales decisiones adversas para nuestro país por inobservancia de los principios de la Convención, que comprometerían su responsabilidad internacional.

21.- Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo citado ha sostenido que el “derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones” y ha fijado tres requisitos: “En primer término deben estar previamente fijadas por Ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público”. “En segundo lugar, la restricción establecida por Ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el art. 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. “Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”.

22.- Que, la interpretación dada en este caso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ajusta plenamente a nuestro régimen constitucional, caracterizando con precisión los alcances y las condiciones de aplicación del derecho de acceso a la información, criterios que son igualmente aplicables en la República de Paraguay.

23.- Que, ofrecidas las consideraciones que anteceden, resta ahora analizar si la solicitud de acceso a la información realizada por el Sr. Vargas Télles se ajusta a esta interpretación o si, por el contrario, entregar la información requerida podría vulnerar derechos de terceros.

24.- Que, el Tribunal ad quem ha sostenido que “El hecho de pedir datos de los sueldos de terceras personas tiene su contrapeso jurídico en el derecho constitucional a la intimidad”.

25.- Que, el art. 143 del CP al castigar el hecho de exponer la intimidad de otro, especifica que debe entenderse por intimidad a “la esfera personal íntima de su vida y especialmente su vida familiar o sexual o su estado de salud”. Esta definición de intimidad guarda relación con la de datos sensibles contenida en la Ley N° 1682/01, texto según Ley N° 1969/02, a los que define como “los referentes a pertenencias raciales o étnicas, preferencias políticas, estado individual de salud, convicciones religiosas, filosóficas o morales; intimidad sexual y, en general, los que fomenten perjuicios y discriminaciones, o afecten la dignidad, la privacidad la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias” (art. 4).

26.- Que, la Ley N° 1682/01, texto según Ley N° 1969/02, contiene una casuística precisa que cabe exponer para clarificar la cuestión. Esta Ley distingue entre datos personales públicos y datos personales privados. Los primeros son “los datos que consistan únicamente en nombre y apellido, documento de identidad, domicilio, edad, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, ocupación o profesión, lugar de trabajo y teléfono ocupacional” (art. 6, inc. a). A los datos personales privados los subdivide en datos sensibles y datos patrimoniales. Con relación a los datos privados sensibles, la Ley prohíbe “dar a publicidad o difundir datos sensibles de personas que sean explícitamente individualizadas o individualizables” (art. 4). Con relación a los datos privados patrimoniales establece lo siguiente: “Los datos de personas físicas o jurídicas que revelen, describan o estimen su situación patrimonial, su solvencia económica o el cumplimiento de sus obligaciones comerciales y financieras, podrán ser publicados o difundidos solamente: a) cuando esas personas hubiesen otorgado autorización expresa y por escrito para que se obtengan datos sobre el cumplimiento de sus obligaciones no reclamadas judicialmente; b) cuando se trate de informaciones o calificaciones que entidades estatales o privadas deban publicar o dar a conocer en cumplimiento de disposiciones legales específicas; y, e) cuando consten en las fuentes públicas de información” (art. 5).

27.- Sin lugar a dudas, la información solicitada por el Sr. Vargas Télles sobre la “cantidad de empleados contratados y nombrados, con sus nombres y apellidos (y) puestos de trabajo” se trata de datos personales públicos que deberían haber sido proporcionados sin cuestionamiento alguno.

28.- Que, con relación a la información relativa al sueldo de los funcionarios, es muy difícil calificarla como dato sensible; por el contrario, es información que sin lugar a dudas sirve para estimar, junto con otra información, su situación patrimonial o su solvencia económica. Por lo tanto, bien puede sostenerse que esa información es un dato personal patrimonial.

29.- Que, de acuerdo con las disposiciones legales ya citadas, los datos personales patrimoniales pueden ser publicados o difundidos cuando consten en las fuentes públicas de información. Al no haber disposición legal que defina lo que es una “fuente pública de información” y al estar los jueces obligados a juzgar aún en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 6, CC), debe realizarse una interpretación judicial. Quienes ejercen el periodismo gozan de la prerrogativa de no estar obligados a “revelar sus fuentes de información” (art. 29 de la CN); esto es, las personas o los documentos en los que se originó o de quienes o dónde provino la información que difunden. Estas personas o documentos pueden ser privados o públicos “Público” es lo “perteneciente o relativo a todo el pueblo” (Cfr. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, vigésima segunda edición). De acuerdo con el art. 3 de la CN: “El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control”. Así, las “fuentes públicas de información” son esos tres poderes que ejercen el gobierno del pueblo; o más precisamente, los documentos que están en su poder y las personas que lo ejercen.

30.- Que, en consecuencia, como la información sobre el sueldo de los funcionarios del Estado necesariamente debe constar en alguna de sus dependencias, se trata de un dato personal patrimonial que puede ser publicado o difundido.

31.- Que, a mayor abundamiento, como han ilustrado los Amigos del Tribunal a esta Corte Suprema de Justicia “existe una clara tendencia en el mundo democrático a considerar el libre acceso a los registros de información patrimonial como esencial para garantizar la integridad y credibilidad del gobierno. Dicho acceso público representa una restricción justificable y responsable al derecho de tales funcionarios a mantener la confidencialidad de su información patrimonial, especialmente en relación con los ingresos que perciben de las áreas públicas. Asumir un cargo público y ser depositario de la confianza pública exigen que este interés en resguardar la intimidad ceda en cierta medida en favor de la obligación de rendir cuentas a la comunidad”.

32.- Por las razones expuestas precedentemente, y oído el parecer del Ministerio Público, la acción de inconstitucionalidad incoada contra el Ac. y Sent. N° 78 de fecha 16 de julio de 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, debe prosperar, correspondiendo se declare la nulidad de la misma. En lo concerniente a la SD N° 105 del 13 de marzo de 2008 dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, conforme a la opinión vertida referente a la suerte de la resolución de alzada y la implicancia de su consiguiente nulidad -cuyo efecto es el de retrotraer las actuaciones al momento anterior de dicha resolución- nos encontramos con una resolución de primera instancia apelada. Por dicha razón y conteste con la opinión de este Juzgador en casos similares, no corresponde aún el estudio referente a su constitucionalidad. En este estado, de conformidad al art. 560 del CPC, los autos en estudio deberán ser pasados al Tribunal de Apelación que siguen en orden de turno, a fin de que dicte una nueva resolución. En atención a que no existen precedentes sobre la materia, las costas deberán imponerse en el orden causado. Es mi voto. -----

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El Defensor del Pueblo de la República, Abog. M. M. P. M., bajo patrocinio de Abogados, en representación del Sr. José Daniel Vargas Télles, promueve acción de inconstitucionalidad contra el Ac. y Sent. N° 78 del 16 de julio de 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 5ª Sala de la Capital, en el marco del juicio caratulado: “Defensoría del Pueblo c. Municipalidad de San Lorenzo s/ Amparo por el cual se resolvió confirmar la SD N° 105 de fecha 13 de marzo de 2008 dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno.

El accionante alega que se ha visto conculcado el derecho humano de acceder a la información pública oportunamente solicitada, en raigón de un estudio superficial y caprichoso de la causa, así como también una aplicación incorrecta e irrazonable de las disposiciones legales aplicables. Que los datos acerca de los salarios de los funcionarios públicos de una municipalidad constan en fuentes públicas de información, y en consecuencia pueden ser proporcionados a cualquier ciudadano en base a los reglamentos internacionales ratificados por el Paraguay como ser la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 13); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 13), etc.

El Ac. y Sent. N° 78/08 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala determinó textualmente cuanto sigue: “... El art. 40 de la CN establece que el derecho a peticionar a las autoridades es un derecho, pero, debe hacerse según las modalidades que la Ley determine”. La propia Constitución Nacional establece que el límite a ese derecho debe establecerse por Ley. Y, la Ley N° 1682/00 en sus arts. 4 y 5 y su modificatoria la Ley N° 1969/02, establece que estos datos solicitados, cuando se refieran al patrimonio, deben tener la autorización del afectado. El hecho de pedir datos de los sueldos de terceras personas tiene su contrapeso jurídico en el derecho

constitucional a la intimidad, por tanto, al condicionar la Ley a la autorización de los afectados, la petición realizada por vía amparo constitucionales improcedente al no adecuarse al art. 134 en la parte que dice que se vea afectado por un acto “manifiestamente ilegítimo”. La denegación de parte de la Municipalidad de San Lorenzo de proveer dicha información se ajusta estrictamente a la Constitución Nacional y la Ley N° 1682/00...”.

Recordemos que la presente acción de inconstitucionalidad tiene como antecedente la negativa de la Municipalidad de San Lorenzo de proporcionar al Sr. José Daniel Vargas Télles copia impresa de la cantidad de empleados contratados y nombrados, con sus nombres y apellidos, puestos de trabajo y salarios respectivos de dicho municipio. A raíz de dicha negativa, el mismo, a través de la Defensoría del Pueblo, presentó un recurso de amparo ante la jurisdicción civil y comercial que fuera rechazado tanto en primera como en segunda instancia.

En el ejercicio de los derechos tanto de información como de libertad de expresión, en la medida en que los hechos sobre los que se informe u opine afecten a personas, tanto físicas como jurídicas, puede producirse un conflicto con el derecho al honor de los implicados.

El honor, es un concepto jurídico normativo cuyo contenido debe quedar delimitado conforme a las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio.

Hay que señalar que tanto el Derecho a la Información como el Derecho al Honor, son todos derechos fundamentales; es por ello que en caso de conflicto, procede aplicar para su resolución técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pero sin perder de vista el papel estratégico que juega el derecho a la información como garante de la formulación de una opinión pública libre.

En este sentido, en caso de conflicto, el primer elemento que debe valorarse es el interés general de la información o la relevancia pública de las personas implicadas. La proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias.

Los arts. 26 y 28 de nuestra CN, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantizan un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública informada, pilar de una sociedad libre y democrática.

En el caso sometido a análisis vemos que la información es relevante para el público, es veraz y no resulta injuriosa para los afectados, por lo que priman las referidas libertades de información sobre otros derechos individuales, creando así un ámbito generoso para que puedan desenvolverse sin temor.

Por otro lado, analizando estrictamente los arts. 4 y de la Ley N° 1682/02 (modificados por Ley N° 1969/02), que fueran mencionados en el Ac. y Sent. N° 78/08, vemos que los mismos disponen cuanto sigue:

Art. 4: Se prohíbe dar a publicidad o difundir datos sensibles de personas que sean explícitamente individualizadas o individualizables.

Se consideran datos sensibles los referentes a pertenencias raciales o étnicas, preferencias políticas, estado individual de salud, convicciones religiosas, filosóficas o morales; intimidad sexual y, en general, los que fomenten prejuicios y discriminaciones, o afecten la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias.

Art. 5: Los datos de personas físicas o jurídicas que revelen, describan o estimen su situación patrimonial, su solvencia económica o el cumplimiento de sus obligaciones comerciales y financieras, podrán ser publicados o difundidos solamente:

- a) Cuando esas personas hubiesen otorgado autorización expresa y por escrito para que se obtengan datos sobre el cumplimiento de sus obligaciones no reclamadas judicialmente;
- b) Cuando se trate de informaciones o calificaciones que entidades estatales o privadas deban publicar o dar a conocer en cumplimiento de disposiciones legales específicas; y,
- c) Cuando consten en las fuentes públicas de información.

Por su parte, el art. 2, párrafo segundo de la Ley 1682/01 (texto actualizado) menciona que las fuentes públicas de información son libres para todos. Toda persona tiene derecho al acceso a los datos que se encuentren asentados en los registros públicos.

Así pues, y en vista a las disposiciones legales transcritas, se observa que los juzgadores dictaron una resolución que claramente resulta contra legem, porque en ella se contradice lo dispuesto en la norma vigente aplicable al caso, que establece claramente que las fuentes públicas de información son de acceso libre para todos. En efecto, la discrecionalidad utilizada por los juzgadores para resolver el caso no puede ser admitida, porque no es dable a los mismos omitir la Ley, sino que deben resolver conforme a la Ley. La norma se encuentra vigente y los jueces no pueden ignorarla, ni soslayar su aplicación violando de este modo el art. 256 de la CN.

Por lo manifestado precedentemente, debe admitirse la acción de inconstitucionalidad planteada y debe declararse la nulidad del Ac. y Sent. N° 78 de fecha 16 de julio de 2008 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, 5ª Sala de Asunción. En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas en el orden causado por tratarse de una cuestión no resuelta anteriormente. El expediente debe seguir el trámite previsto en el art. 560 del CPC. Es mi voto.

A su turno el Doctor BLANCO dijo: Los votos emitidos hasta ahora por los ilustres componente de la Corte Suprema de Justicia son de alto valor científico, los cuales no puedo aceptar o rechazar, en este estado del procedimiento porque:

1. La naturaleza del Amparo es de carácter sumarísimo, y tiene por fin adoptar “las medidas de urgencia” más elementales, de tal suerte que el impetrante pueda acceder con mayor tranquilidad al juicio ordinario. Es por ello que el efecto jurídico de toda sentencia recaída en ella carezca del valor de “cosa juzgada”. Ergo, en el presente caso, la Acción de Inconstitucionalidad tiene por fin únicamente remover, si corresponde, la firmeza del fallo emitido en las 2 primeras instancias, que si se sigue, permitirá un nuevo juzgamiento en el, o los grados inferiores de la estructura judicial.
2. De las actuaciones obrantes en autos, el impetrante -José Daniel Vargas Telles- simplemente peticionó amparo pidiendo la exhibición de los datos relativos al personal municipal afectado, sin explicitar cuales eran los motivos justificantes de la “urgencia” requerida constitucionalmente, lo cual pudo ser un vicio insuperable al momento de juzgarlo. Por lo demás, no encuentro respuesta a ensayar para el supuesto que el amparo fuera concedido favorablemente y la parte afectada, acto seguido, se presentará a pedir juicio ordinario, ya que el pronunciamiento de aquel no causa estado.
3. La falta de motivación requerida al accionante tropieza también con la peculiaridad de haber sido formulada en términos genéricos, lo cual, a mi juicio, resulta irregular, porque en este asunto de los Convenios Internacionales vigentes, se admiten excepciones (ej: secreto de Estado, Habeas Data).
4. Concluyendo, encuentro que la vía del Amparo, escogida por el recurrente, puede ser también motivo de impugnación como medio legal idóneo, en el escenario jurisdiccional que corresponda,

siendo que existen las vías procesales adecuadas para dirimir esta clase de situación, como ser la contenciosa-administrativa o habeas data.

Por lo tanto, soy del parecer que, de conformidad al artículo 579 del Código de Procedimientos Civiles, corresponde ANULAR los fallos recurridos, para que el órgano jurisdiccional que lo reemplace, analice y juzgue conforme al cuestionario, y no con el fondo de los mismos, contenido en los votos precedentes; por lo que el reenvío debe ser al Tribunal de Apelaciones que le sigue en el orden de turno al que dictara la resolución recurrida, concordando con la imposición de las costas en el orden causado, con el mismo argumento. ES MI VOTO.

A su turno la Magistrada NÚÑEZ GONZÁLEZ dijo: Que adherirse al voto del distinguido preopinante por los mismos fundamentos. Y agrega que la cuestión resuelta en la presente acción viene a establecer con claridad el alcance del derecho a acceder a informaciones que se encuentran bajo el control del Estado o en fuentes de carácter público, lo que vendría a poner fin a las diversas corrientes que se generaran al respecto.

La existencia de disposiciones contenidas en la Constitución Nacional, en tratados internacionales y leyes que rigen nuestra República, así como antecedentes jurisprudenciales que ya han establecido la procedencia de dicho acceso, nos llevan a la conclusión que la resolución objeto de inconstitucionalidad fue dictada sin tener en cuenta dichos antecedentes y por consiguiente amerita la anulación de la misma y el reenvío a los efectos de que otro Tribunal dicte resolución en relación a la apelación interpuesta contra la SD N° 105 del 13 de marzo de 2008.

A su turno el Doctor PAIVA VALDOVINOS dijo: Adherirse al voto del distinguido Ministro preopinante por compartir los mismos fundamentos expresados en su voto.

A sus turnos los Doctores NÚÑEZ RODRÍGUEZ, TORRES KIRMSER, PUCHETA DE CORREA y VILLALBA FERNÁNDEZ, manifestaron que se adhieren al voto del Ministro preopinante, Doctor FRETES, por los mismos fundamentos. -----

Con lo que se dio por terminado el acto firmando SS.EE., todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

Ante mí:

SENTENCIA NÚMERO: 1306

Asunción, 15 de octubre de 2013

Y VISTOS:

Los méritos del Acuerdo que anteceden, la Excelentísima CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

R E S U E L V E:

HACER LUGAR a la Acción de Inconstitucionalidad promovida y en consecuencia declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 78 de fecha 16 de julio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Quinta Sala, de la Capital. -----

 IMPONER las costas en el orden causado. -----

REMITIR estos autos al Tribunal de Apelación que sigue en orden de turno a fin de que se dicte una nueva resolución, de conformidad al Art. 560 del C.P.C. ----

ANOTAR, registrar y notificar. -----

Ante mí:

Antonio Fretes, Gladys Bareiro de Módica, Víctor Manuel Núñez Rodríguez, José Raúl Torres Kirmsers, Alicia Pucheta de Correa y Sindulfo Blanco, Oscar A. Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González, Neri E. Villalba, Arnaldo Levera - Secretario

URUGUAY

Jurisprudencia 1

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR FELIPE HOUNIE. Montevideo, cinco de abril de dos mil dieciséis

VISTOS:

“DIRECTV DE URUGUAY LIMITADA C/ PODER LEGISLATIVO. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ARTS. 32, 33, 39 INC. 3, 40, 55, 56, 60, 66, 68, 97, 98, 115 A 117, 139, 142 Y 176 A 186 DE LA LEY NO. 19.307”, IUE 1-18/2015.

RESULTANDO:

1) A fs. 204-247vto., los representantes de Directv de Uruguay Ltda. (en adelante, Directv) promovieron la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 32, 33, 39 inc. 3, 40, 55, 56, 60, 66, 68, 97, 98, 115, 116, 117, 139, 142 y 176 a 186 de la Ley 19.307 (“Ley de servicios de comunicación audiovisual”) contra el Poder Legislativo, con base en los siguientes argumentos:

1) Las normas cuestionadas vulneran los arts. 7, 8, 10, 28, 29, 32, 36, 77 nal. 7 y 85 nal. 17 de la Constitución. Los derechos que consagran estos artículos se encuentran, a su vez, contenidos en los pactos internacionales en materia de derechos humanos, que también integran la Carta en función de lo dispuesto por el art. 72 de la Constitución.

El escenario en el que su representada decidió invertir ha cambiado a partir de la vigencia de la Ley 19.307, que le impone nuevos límites que le impiden crecer y prestar nuevos servicios, así como también le genera costos y gastos que afectan directamente su derecho de propiedad y su libertad de comercio. También limita su libertad de expresión, con disposiciones que se dirigen exclusivamente a ella, generando distinciones irracionales y sin fundamento.

Al cambiar las reglas del juego, se afectaron sus derechos fundamentales bajo la excusa de un interés general que no es tal.

Se trata de un instrumento “del gobierno de Turno”, creado para diagramar el tipo de televisión que, a su juicio, le conviene a la población, estableciendo cuáles son los contenidos que deben emitirse. Además, prevé que el aparato estatal controle el cumplimiento de la Ley, imponiendo sanciones para los casos de incumplimiento.

La norma discrimina a su representada, ya que contiene varios artículos dirigidos a perjudicarla. También ignora las particularidades de la televisión satelital, que, a diferencia de la televisión por cable o la tecnología MMDS, no requiere infraestructura física (por ejemplo, cableado), lo que le permite llegar a todo el país, inclusive a las zonas rurales a donde no llegan otras modalidades de televisión para abonados.

Esta Ley ha sido dictada para favorecer a Antel, dándole carta blanca para actuar en el sector audiovisual, sin ningún tipo de regulación, y creando, en los hechos, un monopolio sin contar con las mayorías especiales previstas en el art. 85 nal. 17 de la Constitución.

Impone a las empresas de televisión para abonados un subsidio ilegítimo en favor de la producción audiovisual nacional, cuando si el Estado quiere estimularla, es él quien debe hacerse cargo.

No existen razones de interés general que habiliten el cercenamiento de los derechos fundamentales de Directv y la sola invocación de dicho interés no justifica, por sí sola, la limitación del derecho de libertad de expresión y de comunicación.

2) En cuanto a los artículos impugnados, y de acuerdo con el orden seguido en la demanda, sostuvieron:

2.1) El art. 55 es una norma con nombre y apellido, dado que afecta exclusivamente a Directv, que es la única empresa con licencia y operativa para prestar servicios de televisión para abonados en todo el territorio nacional.

Por lo tanto, vulnera el principio de igualdad y de generalidad de las Leyes.

Además de afectar a su representada, afecta también a los consumidores, lo que enerva que pueda manejarse una hipótesis de justificación basada en el interés general.

Limita en forma ilegítima la libertad de expresión y de comunicación consagrada en el art. 29 de la Constitución al restringir el público al que la empresa puede acceder. También restringe la libertad de empresa y de comercio (art. 36 de la Carta), ya que, una vez alcanzados los topes previstos por la norma, Directv no podrá continuar prestando sus servicios.

Vulnera el derecho a la seguridad jurídica al afectar los derechos adquiridos de Directv. Una empresa no invierte en publicidad y en mejorar sus servicios para mantenerse tal como está, sino que lo hace para crecer, lo que no le es permitido cuando se le limita la clientela.

Violenta el derecho de propiedad reconocido en los arts. 7 y 32 de la Carta. El límite arbitrario que se fijó respecto de la clientela también la obliga a renunciar a parte de los abonados que ya cuentan con sus servicios. Dicha clientela es un activo intangible de gran valor para la empresa, que no es debidamente compensado por el Estado y que le es privado sin que se hubiese dictado una Ley por razones de utilidad pública, conforme al art. 32 de la Constitución.

Y vulnera el principio de igualdad al diferenciar, en forma irracional y arbitraria, a Directv del resto de sus competidoras, colocándola en una posición de desventaja.

2.2) El art. 56 inc. 1 establece incompatibilidades para la prestación de servicios de comunicación audiovisual y servicios de telecomunicaciones de telefonía de transmisión de datos, con el único fin, indisimulado, de favorecer a Antel.

De este modo, vulnera los principios en materia de telecomunicaciones contenidos en el art. 72 de la Ley 17.296 y la libertad de expresión y de comunicación.

También infringe los arts. 7 y 36 de la Constitución. Cuesta creer que no se les permita a los consumidores contratar con una única empresa tanto los servicios de telecomunicaciones como los de comunicación audiovisual en forma conjunta.

Violenta, además, el principio de igualdad al asegurarle a Antel que no surjan nuevos competidores en los sectores de telecomunicaciones en los que no alcanza su monopolio legal (telefonía fija), vulnerando el art. 85 nal. 17 de la Carta al crear un monopolio “por la negativa”, previendo que sólo una empresa, Antel, pueda brindar servicios audiovisuales y de telecomunicaciones.

El art. 56 inc. 2 es una norma accesoria al inciso 1.

El art. 56 inc. 3, referido exclusivamente a Directv, le prohíbe prestar servicios de telecomunicaciones, así como “casi cualquier otro tipo de servicios de comunicación audiovisual (fuera de internet)”.

Con ello, impone, una vez más, limitaciones que no existían al momento en que su representada decidió iniciar su actividad en nuestro país, vulnerando la seguridad jurídica y la libertad de la empresa.

Lo único que distingue a su representada de las demás empresas de televisión para abonados es que tiene alcance nacional. Pero Directv compite en cada mercado local y en ningún caso posee un monopolio o un privilegio. Por ende, la distinción que hace la norma carece de respaldo constitucional y vulnera el principio de igualdad consagrado en el art. 8 de la Carta.

2.3) El art. 115 vuelve a tratar a Directv en forma desigual, cuando establece la necesidad de que no existan ofertas discriminatorias dentro de un mismo ámbito territorial (“a nivel de cobertura geográfica”). De acuerdo con esta norma, los canales 4, 10 y 12 podrían no ofrecerle incorporar sus señales a Directv.

Directv no es un operador con licencia para operar en Montevideo y, por lo tanto, según el art. 117 inc. 2, no tiene derecho a incorporar los canales 4, 10 y 12 en forma gratuita.

Además, el art. 117, en sus incisos 3 y siguientes, obliga a Directv a incorporar tres señales adicionales de televisión a través de un procedimiento de concurso, lo cual supone una intromisión indebida del Estado.

También restringe el derecho de propiedad de su representada, pues deberá subir estas señales al satélite e, incluso, de ser necesario, bajar señales actuales.

2.4) El art. 39 inc. 3 habilita al Estado a incluir, en forma discrecional, otros “eventos adicionales” en la modalidad de “licencia obligatoria”, limitando, así, el derecho exclusivo de Directv, permitiendo que el evento sea también transmitido por televisión abierta.

A su vez, el art. 40 no le garantiza a Directv una remuneración acorde, pues si ninguna empresa quisiera adquirir los derechos por los eventos en cuestión, será el Estado el que se hará cargo de transmitirlos, sin que deba abonarle monto alguno por tal concepto.

Estas normas vulneran los arts. 7, 32 y 36 de la Constitución. Los derechos exclusivos adquiridos y que adquiera a futuro Directv están amenazados por esa facultad irrestricta y vaga concedida al Poder Ejecutivo, lo que supone una expropiación sin previa y justa compensación.

2.5) Los arts. 60 y 116 vulneran los arts. 7, 8, 29 y 36 de la Constitución, así como el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica.

El art. 116 exige la inclusión de, al menos, una señal de producción propia en su paquete básico. Con ello, soslaya el funcionamiento de los servicios satelitales y sus verdaderas posibilidades de disposición, vulnerando la seguridad jurídica y la libertad de empresa al imponer una condición que no existía al momento en que Directv decidió invertir en el Uruguay.

Tampoco se comprende por qué Directv tiene que contar con una señal de producción propia y los demás prestadores no, lo que, claramente, violenta el derecho de igualdad consagrado en el art. 8 de la Constitución.

El art. 60 es una de las ofensas más evidentes de la Ley 19.307 a la Carta y constituye un claro ejemplo de violación de la libertad de expresión al establecer una serie de regulaciones con el fin de promover la producción audiovisual nacional, finalidad que en un Estado de Derecho no puede procurarse por la vía de la coacción, sino por la del estímulo.

2.6) Los arts. 32, 33, 139 y 142 vulneran la libertad de expresión y de comunicación, así como la libertad empresarial.

Las limitaciones impuestas por los arts. 32, 33 y 139 son innecesarias, pues el legislador debió optar por otras alternativas menos lesivas de los derechos de las empresas. El legislador parece olvidar que, según la propia Constitución, es la familia la encargada de velar por los intereses de los menores.

Además, las limitaciones son desproporcionadas. El horario de protección al menor resulta excesivo. También es excesivo lo dispuesto en materia publicitaria y en cuanto a los programas de juegos de azar o que fomenten el esoterismo. Varias de estas limitaciones constituyen prohibiciones en blanco que vulneran el principio de reserva legal.

El art. 142 también es inconstitucional, porque obliga a Directv a incluir publicidad electoral, en contravención con el interés de la propia empresa de no intervenir en materia política en nuestro país. La norma viola los arts. 7, 29, 36 y 77 nal. 7 de la Constitución.

2.7) Los arts. 66, 68, 97, 98 y 176 a 186 regulan el “aparato estatal” encargado de controlar el cumplimiento de la Ley y contienen las infracciones y las sanciones previstas para los casos de incumplimiento.

Si bien Directv aún no ha sido sancionada, dichos artículos le generan un perjuicio actual, dada la especial particularidad del tema en materia de comunicación audiovisual. El operador es conminado a actuar considerando esa “espada de Damocles” que pesa sobre su espalda, impidiéndole ejercer su derecho de comunicación.

Estas normas vulneran los arts. 7, 10, 28, 29 y 36 de la Constitución, así como el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El régimen de control montado por el Estado es exorbitante y queda, principalmente, en manos del Poder Ejecutivo.

Por su vaguedad e imprecisión, las infracciones y sanciones vulneran el principio de reserva legal (art. 10 de la Carta).

La Ley 19.307 legitima actos arbitrarios del Estado. El art. 98 establece, como principio, que si durante una inspección surgen inconvenientes para su normal desarrollo, se suspenderán en forma inmediata las emisiones, y el art. 97 le impone a las empresas de comunicación un deber ilimitado de colaboración con las autoridades durante las inspecciones.

La combinación de ambas normas es nefasta para la libertad de expresión y de comunicación, pero también para la libertad de empresa y la seguridad jurídica, así como para el derecho a la privacidad (art. 28 de la Carta).

II) A fs. 254-297vto. se expidió el Sr. Fiscal de Corte, quien expresó que correspondía declarar la inconstitucionalidad de los arts. 33 lit. F, 56 inc. 1, 60 lit. C, 68 lit. Y, 98 inc. 2, 116 inc. 2, 178 lit. J, 179 lits. B, C, D, E, F y J, y 181 lit. C de la Ley (dictamen No. 791/2015).

III) A fs. 478-559 compareció el Poder Legislativo postulando el rechazo de la acción deducida, tanto por falta de legitimación activa como por cuestiones de fondo.

IV) A fs. 570, el Sr. Fiscal de Corte reiteró su dictamen de fs. 254-297vto., y a fs. 572-611 y 614-636, las partes presentaron sus alegatos.

V) Por providencia No. 1274/2015 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 732).

VI) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia hará lugar parcialmente al accionamiento deducido y, en su mérito, declarará, por unanimidad, la inconstitucionalidad de los arts. 39 inc. 3, 60 lit. C incs. 2 y 3 y 98 inc. 2; y por mayoría, la inconstitucionalidad de los arts. 55 y 60 lit. C inc. 1.

II) Precisiones preliminares. Antes de ingresar al análisis particular de los artículos impugnados, se impone realizar algunas precisiones tanto respecto al mecanismo de contralor de la constitucionalidad de las Leyes confiado por la Constitución a la Suprema Corte de Justicia como a ciertas características de la Ley impugnada, de acuerdo con las distintas posiciones que los integrantes de este Colegiado tienen sobre el punto.

1) Características del mecanismo de contralor de la constitucionalidad de las Leyes.

Para los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux y Elena Martínez, así como también para el redactor, cabe reafirmar que, como la Suprema Corte de Justicia ha sostenido reiteradamente, el juzgamiento de la cuestión constitucional se hace partiendo de dos premisas que tienen plena vigencia:

a) la presunción de constitucionalidad de la Ley;

b) el contralor del acierto o desacierto de una Ley corresponde al Cuerpo Electoral y es ajeno al control de constitucionalidad de la Corte.

a) Toda Ley goza de una presunción de regularidad constitucional mientras no se pruebe lo contrario (sentencias Nos 433/2011, 735/2012, 1/2013, 735/2014 y 131/2015, entre otras).

Como enseña Vescovi, la constitucionalidad de la Ley es el principio y la ilegitimidad la excepción. Y como excepción, limitada y de interpretación estricta (El proceso de inconstitucionalidad de la Ley, págs. 130 y ss.).

La incompatibilidad entre la Constitución y la Ley atacada debe ser manifiesta, ya que, como certeramente expresa Westel W. Willoughby, "(...) un acto de un cuerpo legislativo coordinado no debe ser declarado inconstitucional si, mediante una interpretación razonable de la Constitución o de la misma Ley, ambos pueden ser armonizados" (The Constitutional Law of the United States, T. 1, pág. 26).

b) La Suprema Corte de Justicia no juzga el mérito o desacierto legislativo, sino tan solo si la Ley se ajusta o no a la Constitución.

Un segundo aspecto que no puede perderse de vista es que la norma legal que, dentro de los límites constitucionales, dispone una solución equivocada o desacertada respecto al punto que regula será una mala Ley, pero no por ello es inconstitucional (sentencias de la Corte Nos 415/2009, 374/2013 y 735/2014, entre otras).

El contralor del acierto o desacierto del legislador, en todo caso, será evaluado por el Cuerpo Electoral en las instancias constitucionalmente previstas a tal efecto. Pero es claro que el modelo constitucional adoptado por la República le confiere a los legisladores la potestad de regular la actividad de los particulares y de las entidades públicas dentro de los límites establecidos en la Constitución.

En tal sentido, Jesús María Casal Hernández señala: "El legislador, en uso de su libertad de configuración normativa o libertad política, está facultado para adoptar las medidas que estime necesarias para alcanzar el bien colectivo, lo cual puede conducir a la previsión de medidas restrictivas de algún derecho constitucional. El uso de esa libertad política conoce límites (...), pero el legislador a menudo dispone de un margen de libertad para decidir si somete o no a un derecho

a una determinada restricción constitucionalmente lícita mas no constitucionalmente necesaria” (Condiciones para la limitación o restricción de Derechos Fundamentales, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, No. 3, 2002, pág. 116).

Es en función de estas premisas que entendemos que, en muchos aspectos, la accionante pretende que el Poder Judicial, por medio de la Suprema Corte de Justicia, incursione en la definición de aspectos de la organización social que resultan competencia exclusiva del Poder Legislativo.

Es que “(...) no debe olvidarse que el Poder Judicial administra la justicia, no gobierna al país ni dicta Leyes (...). Este principio básico de la división e independencia [de los Poderes del Estado] alcanza a los jueces constitucionales que deben actuar en una función estrictamente reglada a derecho y resolver por razones y determinaciones puramente jurídicas (...). De no ser así se arriesga que el Poder Judicial se deslice hacia el llamado ‘Gobierno de los Jueces’, lo que constituye una arbitrariedad grave, que se consuma invocando una pretendida interpretación de la Ley, por más digna y honesta que pueda ser la inspiración que anima al magistrado” (...), (discordia extendida por el Dr. Daniel Gutiérrez, en sentencia No. 43/2008; sentencias Nos 95/2008, 155/2008, 4632/2011 y 620/2012).

Véase que “(...) la calidad de intérprete final de la Constitución y el riesgo, siempre presente, de que por la vía del control constitucional el Poder Judicial pueda interferir en la esfera de actuación o en el cumplimiento de los cometidos que la Carta atribuye a los otros Poderes del Estado, impone un criterio de prudencia, autolimitación y mesura (‘self restraint’ en la expresión anglosajona) a la hora de decidir la compatibilidad entre una norma legal y las reglas y principios constitucionales a los que debe someterse. Esta necesaria autorrestricción, que exige una mayor responsabilidad en la decisión, sustentada en una apropiada argumentación racional, debe alejar al intérprete de la búsqueda de protagonismo o manejo institucional en beneficio de las propias ideas, y contribuye a despejar el peligro de que el decisor judicial incursione en cuestiones de naturaleza política ajenas a sus cometidos funcionales” (sentencia No. 620/2012, con cita de la discordia extendida por el Dr. Leslie Van Rompaey, en sentencia No. 43/2008).

2) Los derechos en pugna y la Ley 19.307.

La presente acción de inconstitucionalidad plantea, en lo medular, un conflicto entre el derecho de libertad de expresión en su dimensión colectiva con otros derechos fundamentales: el mismo derecho de libertad de expresión en su dimensión individual, el derecho de libertad de empresa y el derecho de propiedad.

La libertad de expresión, como derecho fundamental, tiene como fuente básica de regulación en nuestro país lo dispuesto en los arts. 29 de la Constitución y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La libertad de expresión, en sus diversas manifestaciones y en los términos regulados en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es un derecho humano fundamental, incorporado a nuestro ordenamiento por la vía del art. 72 de la Constitución.

Ahora bien, como lo destacara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su célebre Opinión Consultiva 5/85, la interpretación del art. 13 de la Convención debe asentarse en dos pilares básicos: el primero, denominado “estándar democrático”; el segundo, llamado “estándar de las dos dimensiones” (cf. Eduardo Bertoni y Carlos J. Zelada, en obra colectiva: “Convención Americana sobre Derechos Humanos–Comentario”, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pág. 324).

A través del “estándar democrático”, la Corte Interamericana propone que la libertad de expresión es un valor que, si se pierde, pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia

de una sociedad democrática. La protección del derecho a expresar las ideas libremente se torna así fundamental para la plena vigencia del resto de los derechos humanos. En efecto, sin libertad de expresión no hay una democracia plena, y sin democracia, la triste historia hemisférica ha demostrado que desde el derecho a la vida hasta la propiedad son puestos en un serio peligro. En palabras de la Corte Interamericana:

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática.

Es indispensable para la formación de la opinión pública (...). Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre”.

Por otra parte, el “estándar de las dos dimensiones” postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse sólo con el aspecto individual del derecho, sino que también se relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo. En tal sentido, el texto de la OC-5/85 establece lo siguiente:

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento o expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...)”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Tal como señaló la Corte Interamericana, se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. Por un lado, ésta requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (Eduardo Bertoni y Carlos J. Zelada, obra citada, pág. 324).

Creemos que esta extensa y calificada cita se justifica para situar las grandes líneas conceptuales que enmarcan este caso, ya que, en principio, la accionante soslaya, en sus cuestionamientos, la incidencia que el estándar democrático y la dimensión colectiva de la libertad de expresión tienen a la hora de resolver la regularidad constitucional de las disposiciones impugnadas.

La Ley 19.307 es una herramienta legislativa por la cual el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, ha buscado promover la libertad de expresión y de comunicación en su dimensión colectiva.

Y a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual, donde la actividad normativa del Estado debe ser mínima, la dimensión colectiva requiere una protección activa por parte del Estado (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina del 29 de octubre de 2013, párrafo 24).

Esa protección es lo que, indudablemente, procura la Ley 19.307, tal como surge de su articulado y de la historia fidedigna de su sanción.

Tales consideraciones apuntan a señalar, revalidando los términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina al juzgar una causa muy similar a la de autos, que el control de regularidad constitucional “(...) debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio (...) [de la accionante] por un lado, y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva, por el otro. Cuando lo que está en juego son

normas referidas a cuestiones patrimoniales y restringen derechos de esa naturaleza (...), el control debe ser menos intenso, pues cabe reconocer al legislador un mayor margen de discrecionalidad” (sentencia del 29 de octubre de 2013, párrafo 24).

Naturalmente que estas consideraciones no obstan a que relevemos aquellas soluciones puntuales de la Ley 19.307 que, en nuestra opinión, son inconstitucionales, por implicar una restricción del goce de derechos fundamentales sin cumplir con los requisitos constitucionales habilitantes para ello.

3) Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Jorge Chediak, señala que no puede dudarse de la trascendencia social que reviste la Ley 19.307 al ser una Ley regulatoria en materia de comunicación. Por ello, se debe ser cuidadoso al momento de analizar la regularidad constitucional de las disposiciones impugnadas.

Uno de los derechos que sin duda puede estar en juego es de la libertad de expresión. Sobre este derecho, la Suprema Corte de Justicia en sentencia No. 930/1996, sostuvo: Por cierto, se está en presencia de un régimen especial en función de la importancia que reviste, para la sociedad, pero fundamentalmente para una sociedad que vive en un sistema democrático, la libertad de expresión.

Sin libertad de los medios de comunicación, sin que sea posible buscar, recibir y difundir información, para que todas las personas estén en situación de formarse su propio criterio, no puede existir la pluralidad de ideas y consecuentemente el derecho irrestricto de cada uno a pensar como lo considere mejor. Con la finalidad de que se efectivice la forma “democrática republicana” que ha adoptado la Nación (Constitución, art. 82). La que de otra manera, no sería posible. Es que, como bien se ha dicho “Uno de los grandes principios de la democracia como sistema político es el diálogo. La democracia es por definición el gobierno de las mayorías, pero ello no significa la exclusión o discriminación de las minorías, ni siquiera por decisión de ellas mismas”, razón por la que, precisamente, “El diálogo es la forma de practicar la democracia, de ‘hacer’ la democracia. Las diferencias existen en toda sociedad, pero la clave está en la forma de convivir pese a ellas, o con ellas. El diálogo no implica abdicación en los principios, ni abandono de las ideas propias. El diálogo es ante todo la disposición a expresar sinceramente los puntos de vista propios, y escuchar los ajenos con la misma sinceridad y apertura. Por ello el diálogo conlleva la posibilidad de reconocer los errores propios, en aras del entendimiento racional. Así practicado, el diálogo hace posible no sólo el entendimiento mutuo, sino el acuerdo y el compromiso para la búsqueda de soluciones” (Carlos M. Ayala Corao, Comentarios constitucionales, pág. 31). Y, precisamente, para que él sea posible y de esa manera se pueda fortalecer el sistema democrático, es necesario e imprescindible, asegurar la libertad de los medios de comunicación.

De ahí, se haya postulado con acierto: “(...) por ese gran poder, cada vez cobra más fuerza la idea de que los medios tienen responsabilidades con la democracia, que son ineludibles para asegurar el vigor y el buen funcionamiento de la misma” (Manuel José Cepeda, Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, Colombia, pág. 216).

Libertad de expresión del pensamiento que el país consagrara desde antes de su conformación formal como Estado, con dos elementos fundamentales: sin censura previa, aunque con eventual responsabilidad posterior. Ya la Ley de 12 de julio de 1826, luego de tipificar algunas figuras delictivas, señalaba que “Cualquiera otra opinión manifestada de viva voz, por escrito o por la prensa, será libre (...)”, (art. 5) y en otra de fecha 4 de junio de 1829, se estableció que “Todo ciudadano puede por medio de la prensa publicar libremente sus ideas sobre cualquier materia sin previa censura” (art. 1).

Por lo que, no puede sorprender que en la Constitución de 1830, se dijera que “Es enteramente libre la comunicación de los pensamientos por palabras, escritos privados, o publicados por la prensa en toda materia, sin necesidad de previa censura (...)”, (art. 141).

Adviértase que el texto actual (art. 29), solamente ha agregado y desde 1934 más allá de correcciones ortográficas, luego de la palabra prensa, “o por cualquier otra forma de divulgación”, con la finalidad de ampliar los medios a través de los cuales, es posible transmitir el pensamiento. Si bien, como es lógico y razonable, “(...) quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la Ley por los abusos que cometieren”. Es que, como bien se advierte, en los propios orígenes de la orientalidad, postulados plasmados en las célebres Instrucciones del Año XIII, se afirmaba que se debía promover “(...) la libertad civil (...) en toda su extensión imaginable” (art. 3).

Pensamiento de avanzada para lo que era la práctica y aún la teoría constitucional de la época (cf. José M. Traibel, Breviario artiguista, pág. 47).

La libertad de expresión, es uno de los derechos esenciales para fortalecer la democracia. Tal como lo señala acertadamente distinguida docente chilena y sensible integrante del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “se reconoce a la libertad de expresión como un poderoso instrumento para resguardar, por una parte, y ejercitar, por la otra, la forma de gobierno democrática” (Cecilia Medina, La libertad de expresión, extracto de una de sus obras, Santiago de Chile, pág. 3. Incluso, se ha dicho desde otro plano: “(...) la libertad de Prensa (...) más que un derecho individual (de defensa) del ciudadano frente al Estado (...), (es) una institución indispensable del Estado democrático” (Hermann Meyn, Los medios masivos de comunicación en la República Federal de Alemania, pág. 22).

Por ello, la esencialidad de este derecho humano. Reconocido en todos los tratados que aluden a los derechos del hombre y que le pertenecen -por encima de que tengan su arraigo esencial en la naturaleza humana o sean el resultado de un proceso histórico (Vé. Pedro Nikken, Sobre el concepto de derechos humanos, en Rev. Tachirensis de Derecho, Universidad Católica de Táchira, Venezuela, No. 3, pág. 6)- dada su condición de ser digno. Dado que, sin perjuicio de aceptar la vigencia de esa discusión, en todo caso, “La vida humana en su plenitud involucra la real posibilidad del ejercicio de todas las facultades inherentes a la naturaleza del hombre (...)”, (Jorge Iván Hübner Gallo, Los derechos humanos, pág. 83; cf. Carlos I. Massini Correas, Los derechos humanos, pág. 219).

Así, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, consagra el derecho que tiene “Toda persona (...) a la libertad de expresión (...)”, (art. 19); lo mismo hace el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, el que, en una de sus disposiciones, señala que “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión” (art. 10). Lo que también establece la normativa americana, estatuida con la finalidad específica de “(...) consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (Preámbulo). Muy claramente reconoce que “Toda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento y de expresión” (art. 13.1).

Así las cosas, considera que si bien algunos derechos pueden ser limitados por el legislador, debe analizarse, en cada caso, si la norma efectivamente tutela el interés general. Para hallarlo, debemos aplicar las reglas de razonabilidad. En tal sentido, esta Corte, en sentencia No. 564/2012, ha sostenido: (...) más allá de toda duda razonable, que en nuestra organización constitucional no existen derechos absolutos y como indicó en Sentencia No. 220/2002, “Ello determina que no exista la alegada vulneración de los principios constitucionales invocados en tanto, si bien consagran la tutela de los derechos, a su vez regulan la propia limitación por cuanto se encuentran sujetos a las limitaciones que surgen del interés general (...)”.

Asimismo, la Corte ha indicado que “(...) es potestad de la Corporación aplicar reglas de razonabilidad cuando juzga si el motivo justificativo de la Ley, está o no basado en el concepto de interés general”. Ya la consagraba el ilustre maestro Justino Jiménez de Aréchaga, al enseñar que “(...) se ha admitido, además, la posibilidad de que la Suprema Corte, en los procedimientos de contralor de constitucionalidad, revise la razonabilidad de ese juicio formulado acerca de las conveniencias del interés general (La Constitución Nacional, edición de la Cámara de Senadores, 1992, t. I, pág. 226). Esto es, razonabilidad del motivo invocado por el legislador, para limitar esos derechos, en función del interés general y no, en cambio, razonabilidad u oportunidad de la legislación misma” (Sent. No. 42/93).

Por último, como lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia en sentencia No. 525/2000, el interés general es variable; no se trata de un concepto rígido e inalterable, sino que varía con el paso de los años.

Ahora bien -continúa el Dr. Chediak-, la Ley impugnada, en algunos aspectos, ingresa en los contenidos que emiten los medios de comunicación, lo que no parece estar de acuerdo con el interés general de esta época, en la que, precisamente, éste se condice con la mayor libertad de expresión posible y en la que los ciudadanos, a través de las nuevas tecnologías, acceden a los contenidos de su interés sin estar cautivos de la programación que otrora les imponían las viejas tecnologías.

En suma, a su juicio, debemos ser sumamente cuidadosos a efectos de impedir que se vulnere el caro principio de libertad de expresión establecido en el art. 29 de la Constitución.

Es por eso que considera que, en caso de duda y si no surge claramente cuál es el interés general protegido, la situación debe resolverse en favor de la libertad de expresión.

III) En cuanto a la legitimación de Directv.

Para analizar la legitimación de la accionante, es preciso delinear las especiales características de su actividad comercial en el contexto de la Ley 19.307, cuyo art. 1 precisa que su objeto consiste en establecer la regulación de la prestación de servicios de radio, televisión y otros servicios de comunicación audiovisual, entendiendo por tal, esto es, por servicio de comunicación audiovisual, aquel que proporciona una oferta estable y permanente de señales de radio o televisión.

Además, el art. 3 define el servicio de comunicación audiovisual para abonados o mediante acceso condicional o por suscripción como aquel que se realiza por el prestador del servicio de comunicación audiovisual en que la recepción de manera inteligible de los contenidos difundidos se debe realizar a través de un dispositivo físico o lógico que restringe su acceso a los receptores autorizados.

En tal sentido, expresa la accionante a fs. 243vto., que la tarea que realiza (...) puede resumirse en transportar señales, nacionales e internacionales, y permitir el acceso a sus clientes.

Se concluye, entonces, que Directv transmite señales, no genera ni difunde opiniones o pensamientos propios. Podría decirse que es un vehículo de difusión del pensamiento de terceros. Un vehículo que hace posible el ejercicio, por parte de terceros, del derecho a la libertad de expresión y comunicación de pensamientos.

Veamos su función en el contexto de la Constitución.

El art. 29 de la Constitución dispone: Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la Ley por los abusos que cometieren.

De acuerdo con la norma transcrita, debemos entender que Directv es titular del derecho en su calidad de “emisor” de pensamientos de terceros, derecho cuya titularidad la propia Ley 19.307 le reconoce (arts. 7 y 14).

En su mérito, cabe categorizar a la actora como un servicio de comunicación audiovisual para abonados, por lo que, en principio, goza de legitimación para promover la presente acción de declaración de inconstitucionalidad.

Decimos en principio, porque no existe acuerdo entre quienes conforman este fallo en cuanto a que Directv esté legitimada para cuestionar, por inconstitucionales, todos los artículos de la Ley 19.307 que impugna. Por lo tanto, su legitimación deberá ser analizada a la luz de lo regulado en cada caso, para así poder establecer cuáles normas le son aplicables y cuáles no.

V) Análisis de las normas impugnadas.

El estudio de los artículos cuestionados se realizará respetando el orden que la accionante siguió en la demanda.

1) En cuanto al art. 55:

La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux, Jorge Chediak y Elena Martínez, estima que, aunque con ciertos matices en su fundamentación, el art. 55 es inconstitucional.

Para los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux y Jorge Chediak, se trata de una norma que, sin perjuicio de perseguir la importante finalidad de evitar conductas monopólicas u oligopólicas, termina por vulnerar el derecho de propiedad de la accionante.

En efecto, en virtud de la aplicación lisa y llana de la norma que impone los límites a la cantidad de clientes, en localidades donde el único prestador del servicio de televisión para abonados es Directv, ésta se verá obligada a rescindir contratos, es decir, a perder patrimonio, sin la justa y previa compensación prevista en el art. 32 de la Constitución.

Por su parte, la Sra. Ministra, Dra. Elena Martínez, aunque no comparte las afirmaciones precedentes, considera que el art. 55 incurre en inconstitucionalidad al lesionar la seguridad jurídica, por afectar los derechos adquiridos de la empresa, fundamento que los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux y Jorge Chediak, también comparten.

En efecto, la licenciataria del servicio de televisión para abonados, actora en este proceso, obtuvo el permiso bajo determinadas condiciones y en virtud de ellas planificó su estrategia comercial y su actividad económica en el país. Dentro de las “reglas de juego” a las que libremente se sometió, no existían los límites para la captación de mercado, por lo que la clientela así obtenida no puede serle retirada legítimamente, porque se configuraría una clara lesión de sus derechos adquiridos.

Asimismo, el permiso aún se encuentra vigente y, por tanto, el principio consagrado en el art. 1291 del C. Civil obliga a las partes a respetar el contrato que las vincula.

En este sentido, el Estado, recurriendo a sus potestades excepcionales, no puede abstraerse de las obligaciones asumidas sin vulnerar el principio constitucional que consagra la seguridad jurídica que tutela los derechos adquiridos legítimamente.

Como la Suprema Corte de Justicia ha sostenido, no es posible afectar derechos adquiridos (...) desconociendo el principio de protección a la seguridad jurídica que establece el art. 7 de la Constitución (...); ese desconocimiento no se hizo en virtud de ninguna razón de “interés general” que lo autorizara (...). Aunque existan razones de interés público que motiven la revocación, no

pueden afectar el derecho adquirido por el Administrado a regularse por las mismas disposiciones con las que inició su petición (sentencia No. 23/2005).

También coinciden en que el art. 55 distorsiona el libre juego del mercado, vulnerando el art. 36 de la Carta, lo que conlleva un perjuicio injustificado tanto para las empresas que captan usuarios en función de la calidad de su servicio como para los potenciales usuarios que perderán la libertad de escoger la opción que más les convenga entre los prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

La limitación de estos derechos fundamentales sólo se justificaría si se lograra superar el “test” de racionalidad y de proporcionalidad, lo que, en el caso, no acontece.

En tal sentido, las consideraciones que la accionante realiza en referencia a eventuales vulneraciones de los derechos de los consumidores son demostrativas de tal conclusión. No se puede pretender proteger el interés general a través de disposiciones potencialmente perjudiciales para los intereses de los propios destinatarios de tal protección.

2) En cuanto al art. 56:

La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Larrieux y Elena Martínez, así como también por el redactor, considera que esta norma no es inconstitucional. Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Jorge Chediak, solamente comparte tal aserto con respecto al art. 56 inc. 3.

2.1) En cuanto al art. 56 incs. 1 y 2.

La accionante sostiene que estas normas vulneran el art. 85 nal. 17 de la Constitución porque permiten que Antel sea la única empresa que pueda brindar servicios de telecomunicaciones y audiovisuales, así como también infringen el principio de igualdad (art. 8 de la Constitución) y el de subsidiaridad (arts. 10 y 72 de la Constitución).

No le asiste razón.

Como bien señaló el Sr. Fiscal de Corte, esta norma no concede monopolio alguno a Antel y la existencia de un monopolio “por la negativa” (fundamentado no en lo que se le otorgaría al Ente estatal sino en lo que se les restringe o prohíbe hacer a las empresas privadas audiovisuales) carece de relevancia y significado en el derecho constitucional interpretativo, donde la confrontación del texto legal y la Constitución ha de ser flagrante, inequívoca e indubitable (fs. 275vto.).

La mayoría exigida en el art. 85 nal. 17 no ha sido prevista para sancionar una Ley con eventuales efectos que se dicen monopólicos, sino para la efectiva y expresa concesión o para la institución de un monopolio estatal, que no es lo que esta norma prevé (fs. 276).

Asimismo, la Corte, por mayoría, considera que la prohibición establecida en el inciso 1 de la norma en cuestión no implica la violación del principio de seguridad jurídica ni, en consecuencia, de los derechos adquiridos de la accionante.

En efecto, la licencia para la explotación del servicio de televisión para abonados no preveía la explotación de servicios de telecomunicaciones, telefonía o transmisión de datos; por tanto, no se verifica la inconstitucionalidad alegada.

Tampoco se vulneran los principios de igualdad y subsidiaridad.

Como bien señaló el Poder Legislativo al contestar la demanda (fs. 573-575), esta extensa Ley debe ser analizada, en cuanto a su regularidad constitucional, de manera integral y sin perder de vista los principios que la informan, claramente establecidos en su art. 2.

Por eso, en el caso particular del art. 56, hay que recurrir al art. 51 sobre los monopolios y oligopolios, que, precisamente, busca respetar el interés general de toda sociedad a que se asegure el verdadero derecho a la información de las personas que, necesariamente, conlleva la pluralidad y diversidad en la titularidad y control de los servicios de comunicación audiovisual.

En el caso, es clara la intención de evitar la conformación de monopolios y oligopolios en materia de telecomunicaciones, cuestión que, por ser de interés general, permite limitar ciertos derechos de consagración constitucional.

Además, la limitación de la convergencia entre sectores de las telecomunicaciones prevista en los incisos 1 y 2 de la norma supone un fenómeno que se produce en todo el mundo y que no afecta ninguna norma constitucional.

No le corresponde a esta Corporación pronunciarse sobre la evolución de la economía ni sobre las tendencias mundiales en la materia. Las bondades que la parte atribuye a la “convergencia” de sectores económicos no pueden ser materia de pronunciamiento en este proceso, porque exceden su objeto. Ello porque, reiterando lo dicho en el considerando II, nal.1 de esta decisión, el cometido del Poder Judicial es administrar la justicia y no gobernar el país, interfiriendo en la esfera de actuación o en el cumplimiento de los cometidos que la Carta atribuye a otros Poderes del Estado.

2.2) En cuanto al art. 56 inc. 3.

La accionante sostiene que esta disposición vulnera los arts. 7, 8 y 36 de la Constitución y que no existen razones de interés general que lo justifique.

No le asiste razón.

La disposición impugnada no supone una restricción a la libertad de empresa contraria a la Constitución.

Y ello porque la Constitución habilita la limitación del goce de la mayoría de los derechos por ella reconocidos, entre los cuales está la libertad y sus diversas manifestaciones, en la medida en que tal restricción sea impuesta “conforme a las Leyes que se establecieron por razones de interés general” (art. 7 de la Constitución).

Los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique y Elena Martínez, así como también el redactor, consideran que la limitación de derechos que surge del inciso 3 del art. 56 contribuye a evitar la conformación de monopolios y oligopolios no querida por el legislador (art. 51 de la Ley), con base en el interés general, argumento que, en lo que a este inciso refiere, es también compartido por los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux y Jorge Chediak.

La cláusula prevista en el art. 7 de la Carta es lo que estudios especializados han llamado “cláusulas restrictivas”, en la medida en que, sin llegar a limitar un derecho constitucional por sí mismas, facultan al legislador a hacerlo (cf. Jesús María Casal Hernández, obra citada, págs. 115-116).

Ahora bien, al restringir el goce de derechos fundamentales, el legislador no sólo está limitado por la previsión de que la Ley restrictiva del goce de derechos humanos o fundamentales se realice por “razones de interés general”, como expresa el art. 7 de la Carta.

En efecto, el legislador también está limitado por otros requisitos respecto de cuya procedencia existe consenso en la más autorizada doctrina tanto internacional como nacional (cf. Robert Alexy, “Los

derechos constitucionales y el sistema jurídico”, en “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, Fontamara, 2005, México, págs. 78-88; Jesús María Casal Hernández, obra citada, pág. 109; Carlos Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación”, edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 26, 2003, pág. 225-227; Martín Risso Ferrand, “Algunas garantías básicas de los derechos humanos”, FCU, Montevideo, 2a. Ed., págs. 36-39 y 134-136).

“La injerencia del poder público en los derechos fundamentales -dice Casal Hernández- ha de llenar determinados requisitos de los que depende su licitud. Algunos tienen carácter formal, mientras otros son de índole material” (obra citada, págs. 115-116).

La jerarquía constitucional de estos requisitos se desprende de lo dispuesto en los arts. 7 y 72 de la Constitución.

El art. 7 consagra el principio de legalidad y comprende todos los requisitos formales que referiremos a continuación.

El mismo art. 7 y el art. 72 confieren rango constitucional a los llamados requisitos materiales. En este sentido, compartimos plenamente la lúcida interpretación realizada por Martín Risso al respecto. Señala el autor compatriota que cuando el art. 7 refiere a la garantía sustancial más frecuente (la existencia de “razones de interés general”), hasta con el uso de la expresión “razones”, demuestra que las Leyes que limiten derechos humanos deben ser conformes a la razón, razonables, y esa razonabilidad se orienta hacia la noción de interés general como garantía de los derechos humanos; por lo tanto, si no existe esa razonabilidad, esa Ley será inconstitucional (“Algunas garantías básicas de los derechos humanos”, FCU, Montevideo, 2a. Ed., págs. 134-136). El principio de proporcionalidad aparece como una consecuencia lógica de lo que viene de decirse. No puede ser “razonable”, no puede estar fundado en “razones”, el ejercicio de la potestad legislativa cuando una Ley: a) no es idónea para lograr el fin perseguido y, por lo tanto, se sacrifica un derecho sin ningún sentido; b) ni cuando no es necesaria la restricción, ya que ella únicamente es admisible cuando no hay otra alternativa; y, c) ni cuando existe una desproporción entre los intereses y valores en juego (obra citada, págs. 135-136).

Concluye, con acierto, Martín Risso:

“Hay un triple fundamento para la aceptación del rango constitucional de estos dos principios (razonabilidad y proporcionalidad): [I] serían ambos consecuencia lógica e inevitable del Estado de Derecho que establece la Constitución nacional (no hay espacio constitucional para la arbitrariedad o el obrar desproporcionado, como se desprende del propio artículo 7; [II] son garantías (de los derechos humanos en cuanto limita la actuación de los Poderes de gobierno) inherentes a la persona humana por lo que ingresan a la Carta por la vía del artículo 72; y [III] también aparecen como principios derivados de la forma republicana de gobierno, en tanto son límites para el obrar de las mayorías que no pueden avasallar los derechos humanos de un sujeto o de las minorías (también con base en el artículo 72)”, (obra citada, pág. 136).

En cuanto a cuáles son los requisitos para la restricción de derechos fundamentales, por su claridad expositiva, seguiremos el planteo del Prof. Jesús María Casal Hernández, aun cuando en nuestro medio este tema ha sido analizado en similar sentido y con igual claridad, aunque en desarrollo más extenso, por el Prof. Martín Risso en la obra antes citada, en particular en sus capítulos IV y V.

A) En cuanto a los requisitos formales se distinguen: a) la reserva legal; b) la determinación o precisión de la regulación; c) el carácter orgánico de la Ley (debe tratarse de una Ley en sentido orgánico-formal).

B) En cuanto a los requisitos materiales se destacan: a) la licitud del fin perseguido; b) la proporcionalidad; c) la intangibilidad del contenido esencial del derecho; y d) la compatibilidad con el sistema democrático.

Como desarrollaremos a continuación, todos estos requisitos se cumplen en el caso de la restricción a la libertad de empresa impuesta por el inciso 3 del art. 56 de la Ley 19.307.

A) En cuanto a los requisitos formales.

La restricción cuestionada está contenida en una Ley en sentido orgánico-formal, lo que salva dos de los tres requisitos formales. A su vez, la restricción impuesta cumple con el tercer requisito de esta naturaleza: que la restricción esté precisamente determinada, lo cual surge de la mera lectura de la disposición aquí analizada.

B) En cuanto a los requisitos materiales.

Primer requisito material: licitud del fin perseguido. Del texto de la norma se advierte la licitud del fin perseguido por ella, el cual se enmarca en la finalidad general de la Ley que, como vimos, se orienta a evitar la conformación de monopolios y oligopolios en materia de telecomunicaciones.

Segundo requisito material: proporcionalidad.

Cabe detenerse en el concepto de proporcionalidad.

Ha señalado certero estudio sobre el punto:

Toda limitación o restricción legal de derechos fundamentales debe satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad, también denominado de prohibición de exceso, que en la jurisprudencia constitucional europea ha desempeñado una función capital en el control de las injerencias legislativas en tales derechos (...).

Como principio implícito propio del Estado de Derecho, el principio de proporcionalidad ha desplegado su potencialidad en el control de la licitud de la actividad legislativa. Sus implicaciones jurídicas o algunas de éstas se cubren en ciertos ordenamientos bajo el concepto de razonabilidad.

Son tres las manifestaciones del principio mencionado: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida restrictiva o limitativa (Casal Hernández, obra citada, págs. 124-125).

La idoneidad supone que la restricción es apta para alcanzar el fin perseguido por la Ley que la contempla; es un criterio fáctico en el sentido de que debe existir un cierto grado de probabilidad de que, mediante la restricción, se logre el objetivo de la Ley restrictiva (cf. Casal Hernández, obra citada, pág. 125).

La Ley prohíbe a las personas físicas o jurídicas ser titulares, total o parcialmente, en forma simultánea, de una licencia para prestar servicios de televisión para abonados satelital de alcance nacional y de autorizaciones para prestar servicios de radiodifusión abierta, así como de otras licencias para prestar servicios de televisión para abonados, lo que demuestra la idoneidad de la medida restrictiva analizada.

La necesidad, apunta Casal Hernández, se satisface cuando no existe una medida alternativa menos gravosa para el derecho, que sea a la vez idónea para alcanzar, con igual grado de efectividad, el objetivo propuesto (obra citada, pág. 125).

La proporcionalidad en sentido estricto conduce a un examen de la razonabilidad de la medida legalmente prevista considerada en su globalidad, mediante la ponderación de la limitación o

restricción sufrida por el derecho, por un lado, y del fin que se busca alcanzar, por el otro. Si el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio sufrido por el derecho resulta excesivo en relación con el objetivo propuesto, la medida es desproporcionada y, por consiguiente, ilícita. De ahí que el juicio sobre la proporcionalidad en sentido estricto se centre en la relación medio-fines, que debe ser balanceada o proporcionada (cf. Casal Hernández, obra citada, págs. 125-126).

La restricción a la libertad de empresa de la accionante surge totalmente ajustada a las manifestaciones del principio de proporcionalidad que venimos de enunciar (necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), teniendo en cuenta los fines de la Ley y los medios disponibles para alcanzarlos.

Tercer requisito material: intangibilidad del contenido esencial del derecho. Este requisito presupone que los derechos fundamentales pueden ser limitados o restringidos por Ley cuando exista justificación suficiente, pero nunca sería admisible su desnaturalización, vaciamiento o supresión (cf. Casal Hernández, obra citada, pág. 127; Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 67).

Pues bien, en el caso, es claro que la libertad de empresa no se ha visto suprimida o desnaturalizada por la disposición impugnada.

Cuarto requisito material: compatibilidad con el sistema democrático. Tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorgan gran significación a la democracia como parámetro para medir la licitud de las limitaciones o restricciones de derechos humanos (cf. Casal Hernández, obra citada, pág. 134).

En ese sentido, el art. 32.2 de la Convención, inspirado en el art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece: Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Consigna Casal Hernández que en el mismo sentido se expide el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

Es más, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, precisamente en relación con el art. 13 de la Convención Americana sobre libertad de pensamiento y expresión, que el juicio sobre si una restricción de la libertad de expresión es necesaria para asegurar alguno de los objetivos mencionados en el art. 13.2 “tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas” (Opinión Consultiva 5/85, párrafo 44).

Y, como vimos, el artículo impugnado cumple con el requisito de compatibilidad democrática y con los demás requisitos formales y materiales de restricción de derechos fundamentales.

Finalmente, cabe señalar que la norma en cuestión regula en forma igualitaria a todas las empresas que presten servicios de televisión satelital de alcance nacional, lo cual está demostrando que no es una norma dirigida en forma particular a la accionante y que, por ende, no es discriminatoria.

3) En cuanto a los arts. 115 y 117:

3.1) El art. 115. La Corte, por unanimidad considera que esta norma no es inconstitucional.

La accionante sostiene que vulnera el art. 8 de la Constitución al prever que algunas empresas tengan acceso gratuito a los principales canales de televisión abierta de Uruguay, mientras que otras, como Directv, no saben, a ciencia cierta, si podrán contar con ellos y a qué precio.

No le asiste razón.

Así, para el Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrieux, la actora incumplió con la carga que le impone el art. 512 del C.G.P., razón que obsta a ingresar al estudio del mérito de la inconstitucionalidad alegada.

Por su parte, los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Chediak y Elena Martínez, así como también el redactor, coinciden con el Sr. Fiscal de Corte en que esta norma va dirigida a las señales de televisión abierta, a las que se les da la potestad de ofrecer sus señales para ser incorporadas por servicios de televisión para abonados en su grilla de señales.

En ningún momento la norma refiere a la televisión por cable ni excluye a la televisión satelital, por lo cual no se comprende por qué la accionante se considera excluida de la norma.

En todo caso, la actora está interpretando la norma y deduciendo que no resulta contemplada por ella.

Como sostuvo esta Corte en sentencia No. 1903/2015, (...) no corresponde condicionar el planteamiento de inconstitucionalidad (...) a una determinada interpretación normativa, pues "(...) para que sea procedente el planteamiento y como consecuencia el examen de una inconstitucionalidad, es necesario que el texto o textos que se tachan de inconstitucionales sean de aplicación ineludible al caso concreto, porque la Suprema Corte de Justicia no está facultada para efectuar declaraciones genéricas e inútiles, sino que su competencia sobre el punto nace siempre que la Ley deba aplicarse necesariamente a un caso concreto" (Cf. Sentencias Nos 613/03, 54/04, 461/05, 112/06, 1683/08, entre otras), (V. Risso Ferrand, Derecho Constitucional, t. 1, Ed. F.C.U., año 2006, págs. 185 y 186).

En el caso, al no desprenderse del texto de la norma, en forma clara e inequívoca, el vicio que se le atribuye, la impugnación intentada no puede prosperar.

3.2) El art. 117. La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Larrieux y Elena Martínez, así como también por el redactor, considera que esta norma no es inconstitucional.

La actora sostiene que el art. 117 inc. 1 es inconstitucional porque la obliga a incluir la señal Televisión Nacional Uruguay (TNU) en su grilla de señales para transportar.

No le asiste razón.

A juicio del Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrieux, la actora carece de legitimación por ausencia de interés para cuestionar esta norma, ya que, actualmente, en su grilla de señales ofrece la señal TNU, por lo que la impugnación no puede prosperar.

Para los demás integrantes de esta mayoría, la accionante tiene legitimación para impugnar esa disposición, desde que la coloca en diversas situaciones jurídicas de obligación y deber frente a las entidades públicas competentes en materia de servicios audiovisuales. El hecho de que la actora, actualmente, ofrezca la señal TNU voluntariamente no enerva su interés en atacar una disposición que la obliga a ofrecer esa señal, modificando así radicalmente su situación jurídica.

En cuanto al mérito, la imposición legal de transportar la señal TNU no supone infracción alguna a la libertad de expresión. Y ello porque, a diferencia de lo que sucede, como se verá, en el art. 60 de la Ley, en el cual se imponen qué contenidos deben emitirse, aquí, únicamente, se le impone agregar a su oferta otra señal. No es lo mismo que el Estado le imponga transmitir un determinado contenido que simplemente le imponga transportar una señal entre las tantas que Directv transporta (más de 100 señales, según sus propios dichos, fs. 243vto.).

Ello, porque es un hecho notorio que los canales de televisión para abonados tienen una oferta sumamente variada, comprensiva de señales totalmente disímiles.

Esta variada y abundante oferta descarta que la imposición legal de transportar la señal TNU pueda implicar una vulneración de la libertad de expresión, máxime cuando es notorio que el televidente sabe que las señales emitidas por un servicio de televisión para abonados son, de regla, independientes entre sí y que no expresan una línea editorial del servicio que las emite.

La actora sostiene que el art. 117 inc. 3 la obliga a incorporar tres señales nacionales de televisión, a través del mecanismo de concurso que la propia norma estipula.

Dicho precepto supone, a su juicio, una clara intromisión del Estado en la libertad de expresión, dado que las tres señales pueden no ser de la “preferencia de Directv y de sus clientes” (fs. 232).

No le asiste razón.

Una vez más coincidimos con el Sr. Fiscal de Corte cuando expresa: Conforme se desprende de la fundamentación expuesta [se refiere a la fundamentación de Directv], las razones atienden a cuestiones de conveniencia, oportunidad y balance económico, las cuales devienen ajenas a toda cuestión de inconstitucionalidad. Si se observa, la actora se agravia por cuanto la nueva reglamentación no le supone un “rédito esperable”, sino, por el contrario, una erogación superior a la prevista bajo la vigencia de la normativa anterior, esto es, en oportunidad en que la empresa se instalara en el país “al amparo del decreto No. 160/000”, generándose en su perjuicio una excesiva onerosidad superviniente (...), (fs. 287).

Cabe reiterar que la Suprema Corte de Justicia no juzga el mérito o el desacierto legislativo, sino tan sólo si la Ley es o no constitucional, por lo cual es ajeno al objeto del proceso incursionar en cuestiones de política legislativa y, por lo mismo, desacertado formular observaciones sobre la conveniencia, justicia u oportunidad de la norma cuestionada.

Tampoco puede decirse que el art. 117 inc. 3 vulnere la libertad de expresión, por las razones precedentemente expuestas respecto del inciso primero.

La actora también sostiene que el inciso 3 vulnera el derecho de propiedad, dado que subir tres señales al satélite implica un costo “directo y de oportunidad” (fs. 232).

En una nota al pie (76), a fs. 232vto., la accionante afirma lo siguiente: Cabe aclarar que si bien el inciso 5 parte final señala que “el costo de poner a disposición la señal para ser incluida en el servicio para abonados será de cargo del titular de la señal”, no puede extraerse de dicha disposición que el titular de la señal deba cubrir el costo de subir la señal a un satélite, sino, razonablemente, el costo de realizar los ajustes necesarios en los decodificadores para que los mismos permitan el acceso a tales señales.

Una vez más, Directv interpreta la norma legal y deduce que colide con la Carta.

Al respecto, nos remitiremos a los fundamentos de la sentencia No. 1903/2015 de la Corte, que transcribimos precedentemente, para concluir que no puede condicionarse la regularidad constitucional de una norma a la interpretación que de ella realice la accionante.

4) En cuanto a los arts. 39 inc. 3 y 40:

4.1) El art. 39 inc. 3. La Corte, por unanimidad, aunque por distintos fundamentos, estima que esta norma es inconstitucional.

En lo medular, la accionante sostiene que el art. 39 inc. 3, sin limitación alguna, permite al Estado privarla de los derechos exclusivos que hubiera adquirido respecto de otros “contenidos adicionales”.

Dicho inciso prevé que el Poder Ejecutivo tiene la potestad de incluir “eventos adicionales” en la modalidad de “eventos de interés general” que regula el artículo, limitando el carácter de exclusividad de determinados derechos de transmisión que adquieren las empresas de televisión para abonados.

Para los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux y Jorge Chediak, esta norma habilita, sin un criterio legal basado en razones de interés general, en forma ilimitada y atemporal, y sin la necesaria justa y previa compensación, la expropiación de derechos patrimoniales de la empresa que tiene el derecho a la transmisión de la señal correspondiente.

La Corporación, en sentencia No. 108/2007, sostuvo respecto a las particularidades del instituto de la expropiación que:

(...) el art. 32 citado tiene un doble contenido: dice en primer término que la propiedad es un derecho inviolable pero sujeto a lo que dispongan las Leyes que se establecieron por razones de interés general –reconociendo de tal forma la denominada función social de la propiedad– mientras en su segunda parte se refiere a la transferencia coactiva de la propiedad privada en favor del Estado, es decir, a la expropiación (v., entre otras, Sents. Nos 10/90, 61/92, 42/93, 89/93, 3/96).

En igual sentido ha sostenido esta Corporación en Sent. No. 42/93 cit. –publicada como caso 12.777 de La Justicia Uruguay– respecto a la segunda parte de la disposición, en la que funda específicamente el excepcionante su alegación de inconstitucionalidad:

“(...) Y de acuerdo a la jurisprudencia constante de la Corporación, lo que caracteriza a la expropiación es la transferencia a la Administración de un derecho que pertenecía a otro sujeto, de tal modo que el derecho que éste tenía lo pierde y es adquirido por aquélla. Si no existe transferencia y pérdida de derechos de modo coactivo a favor de la Administración no puede sostenerse que medió expropiación de clase alguna y que debieron seguirse los procedimientos que indica el citado art. 32 de la Constitución, aplicables solamente cuando está en juego el instituto de la expropiación (v. Sentencia No. 15/91 y fallos citados a fs. 66-67 en el informe redactado por el Dr. Cajarville)”.

La doctrina nacional apoya las afirmaciones precedentes. Así el máximo administrativista nacional define la expropiación como “un instituto de derecho público mediante el cual la Administración, para el cumplimiento de fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles o inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa y previa compensación” (Sayagués Laso, Tratado, T. 2, Ed. 1991, págs. 312-313). El tratadista analiza seguidamente los elementos de la definición propuesta y las diferencias de la expropiación con otros institutos próximos; interesa especialmente al caso señalar que entre tales institutos menciona la destrucción total o parcial de la propiedad privada “por razones sanitarias, de peligro inminente, etc.”, destacando que en la hipótesis, aunque desaparece el derecho de propiedad privada, no se configura expropiación porque la Administración nada adquiere para sí (ob. y t. cit., pág. 316), (el destacado no figura en el original).

Resulta, entonces, evidente que la norma impugnada habilita a la Administración a apropiarse de bienes de propiedad de las empresas prestadoras de servicio de televisión para abonados, sin una justa y previa compensación, en clara contravención al art. 32 de la Constitución de la República.

Por su parte, la Sra. Ministra, Dra. Elena Martínez, señala que, a su juicio, no existe la expropiación que se alega, ya que no hay, en lo que a esta norma respecta, afectación alguna del derecho de propiedad.

No comprende de qué manera podría considerar la actora que es propietaria de los derechos de emisión exclusiva de los eventos.

La accionante manifiesta realizar, como parte de su estrategia comercial, inversiones en adquisición exclusiva de derechos. Sin embargo, no describe en qué consiste el derecho que adquiere, ni cuál sería el bien sobre el que tiene el dominio referido, lo que perjudica su interés.

La accionante refiere a una suerte de “licencia obligatoria” y luego, a la adquisición de “contenidos exclusivos”, pero de ningún pasaje de su demanda se desprende que sea la titular de la propiedad de una obra audiovisual.

Para realizar una aproximación a la cuestión, debemos recurrir -según la Sra. Ministra- a la definición de la propia Ley. El art. 3 dispone que es titular de derechos de emisión la persona física o jurídica que posee la autorización del realizador de un programa o evento para realizar su difusión al público.

El derecho de emisión en exclusiva de contenidos audiovisuales está previsto en el art. 19 de la Ley.

De la referida norma se desprende que el derecho conferido no presenta los caracteres del derecho de propiedad, sino que, en base a tal derecho, se podría realizar una obra, pasible de ser objeto de dominio. Y en ese sentido, la actora no ha cumplido con la carga de la alegación. En particular, no ha alegado en forma cuál es su intervención sobre los contenidos de los eventos.

No invocó si produce un contenido audiovisual, ni qué facultades tiene sobre los producidos por terceros; tampoco, si les imprime algún contenido que se pueda calificar como “original” y que permita individualizarlos como derechos de propiedad intelectual (cf. sentencia No. 158/2002 de la Suprema Corte de Justicia; sentencia identificada como SEF 0004-000068/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5o. Turno y sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Civil, No. 439/2013).

De este modo, la Sra. Ministra considera que como el derecho alegado respecto de la autorización referida no es el de propiedad, toda la argumentación fundada en la vulneración de este derecho es de rechazo, así como también lo es la fundada en la naturaleza de expropiación que se le asigna a la consecuencia de la norma.

De todas formas, coincidiendo en el punto con el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, y con el redactor, la Sra. Ministra considera que el inciso 3 del art. 39 es inconstitucional por transgredir el principio de legalidad o de reserva legal (art. 7 de la Constitución).

Sin perjuicio de lo que dice el acápite del propio artículo, esta limitación no encuentra su fundamento en razones de interés general, siendo de destacar que la regulación prevista en el inciso 1 del art. 39 no es igual que la prevista en su inciso 3.

Ello, por cuanto en el primer inciso es la propia Ley la que establece cuáles son los eventos que han de ser considerados como de interés general, mientras que en el tercero se faculta al Poder Ejecutivo a limitar, sin más, un derecho constitucional por acto administrativo.

Lo dispuesto en el art. 39 inc. 3 no cumple con el principio de legalidad o de reserva legal, ya que supone habilitar la restricción de un derecho fundamental por vía de un acto administrativo sin cumplir con los requisitos para ello. Es posible habilitar al Poder Ejecutivo a restringir derechos fundamentales por acto administrativo mediante una norma de rango legal y cumpliendo ciertos requisitos (requisitos que demuestran que, estrictamente, la restricción es producto de la Ley y no del acto administrativo). Sin embargo, en esos casos, “al estar en juego derechos fundamentales, la Ley delegante o habilitante debe determinar parámetros concretos de contenido sobre los aspectos esenciales de la regulación” (cf. Casal Hernández, obra citada, pág. 119).

Y no es precisamente eso lo que consagra el art. 39 inc. 3, en el cual hay una habilitación al Poder Ejecutivo a incluir cualquier contenido en la categoría de “eventos de interés general”, sin ningún tipo de pauta o parámetro para su ejercicio, lo que resulta ostensiblemente inconstitucional.

Al decir del Dr. Martín Risso en la consulta agregada en autos (...) al no definir la Ley qué es “evento de interés general” y permitir que el Ejecutivo amplíe la lista de eventos, está haciendo una remisión en blanco a la reglamentación, lo que, incuestionablemente, viola el principio de legalidad. Las limitaciones de los derechos deben estar definidas en la Ley que debe indicar su contenido, fines, alcance, etc. (...).

Esta violación del principio de legalidad lo torna inconstitucional sin levante posible (fs. 121).

Son estas las razones que nos llevan a considerar que el inciso 3 del art. 39 limita indebidamente el accionar de aquellas empresas que deciden invertir para la transmisión exclusiva de un determinado evento. Y si bien dicha limitación se funda en el “interés general”, al no definir cuáles serán los eventos de interés general adicionales y delegar dicha definición en la Administración, colide con el art. 7 de la Constitución, el cual dispone que nadie puede ser privado de sus derechos fundamentales, sino conforme a las Leyes que se establecieron por razones de interés general.

4.2) El art. 40. La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Larrioux y Elena Martínez, así como también por el redactor, considera que esta norma no es inconstitucional.

Se trata de una disposición cuya finalidad fue la de crear un mecanismo para garantizar el derecho del público de acceder a la recepción a través de los servicios de radiodifusión de televisión abierta de aquellos eventos de interés general que la Ley califique como tales (como, por ejemplo, los enumerados en el art. 39 inc. 1 de la Ley), por lo que nada cabe reprocharle en cuanto a su apego a la Constitución. Es, simplemente, un mecanismo de aplicación del art. 38 de la Ley, cuya constitucionalidad no fue cuestionada.

5) En cuanto a los arts. 60 y 116:

5.1) El art. 60.

5.1.1) El art. 60 literal C.

La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrioux, Jorge Chediak y Elena Martínez, considera que los tres incisos del literal C del art. 60 son inconstitucionales, mientras que para el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, así como también para el redactor, este vicio afecta solamente los dos últimos incisos del literal C de la cuestionada norma.

A diferencia de los argumentos que desarrollará en el considerando IV, numeral 6 de esta decisión, el Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrioux, entiende que la accionante tiene legitimación activa en el punto, debido a la extrema generalidad con la que el art. 60 de la Ley reguló el sujeto pasivo obligado a la promoción de la producción audiovisual nacional.

En tal sentido, considera que la redacción de la referida norma estableció la obligación de producción audiovisual nacional para los servicios de televisión para abonados en sus señales propias, sin distinguir si éstas se encuentran establecidas en Uruguay o no. En su mérito, el Sr. Ministro sostiene que, al contar Directv con señales de producción propia en su grilla de canales, la norma impugnada le resulta de aplicación ineludible. Estas disposiciones (los tres incisos del literal C, en un caso; los dos últimos, en el otro, según las distintas posiciones que en torno al punto sostienen los integrantes de este Colegiado) imponen determinado tipo de contenido a ciertos prestadores de servicios audiovisuales, lo que entraña una violación de la libertad de expresión.

Tal como señalamos en el considerando II, numeral 2 de esta decisión, la libertad de expresión constituye un derecho constitucional cuyo contenido básico y primordial se nutre en nuestro derecho de lo previsto en el art. 29 de la Constitución y en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (disposición que contiene una regulación de este derecho en instrumento internacional ratificado por nuestro país por la Ley 15.737, que adquiere rango constitucional por la vía del art. 72 de la Carta).

El art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos regula, con precisión, el alcance de la libertad de expresión, sus garantías (prohibición de censura previa, sistema de “responsabilidades ulteriores”, de origen legal y con ciertos fines específicos) y, sabiamente, también establece y advierte que la libertad de expresión tampoco puede restringirse por medios indirectos que impidan la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Pues bien, lo establecido en el inciso segundo del literal C del art. 60 supone una medida indirecta de violación de la libertad de expresión.

En efecto, la obligación de emitir cierto tipo de contenidos (“estrenos de ficción televisiva” o “estrenos de películas cinematográficas” –ambos conceptos definidos legalmente en el art. 3– y, anualmente, “dos películas cinematográficas de producción nacional”), de cierta extensión (“un mínimo de dos horas por semana”) y en cierto horario (“entre la hora 19 y la hora 23”), no se ajusta al contenido del derecho de libertad de expresión (que comprende la libertad de comunicación).

También vulnera la libertad de expresión lo dispuesto en el inciso tercero del literal C, puesto que ella supone que a nadie se le puede imponer la expresión forzada de ningún tipo de contenido.

La elección de qué se expresa, ya sean ideas, opiniones, sentimientos, obras artísticas o de entretenimiento, es enteramente libre y debe estar, en forma casi absoluta, fuera del control de las autoridades y de otros actores sociales.

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “(...) el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión”. Al respecto, Eduardo Bertoni y Carlos J. Zelada, en su comentario al artículo 13 de la Convención, expresan: “Nótese la fuerza de esta última frase para sostener que, para la Corte Interamericana, la prohibición de la censura previa es prácticamente absoluta” (obra colectiva: “Convención Americana sobre Derechos Humanos–Comentario”, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pág. 325; la cita jurisprudencial corresponde al caso Olmedo Bustos, supra nota 3, párrafo 70).

En su célebre Opinión Consultiva 5/85, la Corte Interamericana expresó que no sólo se vulnera el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos en supuestos groseros de censura previa, secuestro o prohibición de publicaciones, sino que “(...) también resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno” (párrafo 55).

Y en el caso, aun cuando se coincida con el fin buscado por las disposiciones analizadas, ello no enerva que sean inconstitucionales al imponer difundir cierto tipo de contenidos que suponen, en términos de la Opinión Consultiva citada, “informaciones e ideas”, cuya expresión no es producto de la libre voluntad del emisor, sino de la imposición coactiva del Estado. Ello se ve refrendado en nuestro ordenamiento con la expresión “enteramente libre” que se utiliza en el art. 29 de la Carta.

Es por estos fundamentos que los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux, Jorge Chediak y Elena Martínez, consideran que la inconstitucionalidad también alcanza al inciso 1 del literal C del art. 60.

5.1.2) El art. 60 literales A, B y D. La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Larrieux y Elena Martínez, así como también por el redactor, considera que estas disposiciones no son inconstitucionales.

En tal sentido, los integrantes de esta mayoría coinciden con el Sr. Fiscal de Corte cuando, en torno a estos literales, señala que (...) la regulación estatal deviene ineludible si se atiende al hecho de que aquella refiere a la programación a emitir en las “señales propias” de cada empresa habilitada, esto es, una señal que es impuesta legalmente con la expresa finalidad de promover contenidos nacionales.

(...) carecería de razón de ser que por una parte se impusiera la puesta al aire (incluyendo a las empresas que retransmiten señales digitales) de un canal propio que emita señal en el territorio nacional [y que], no obstante, por otra, no se exigiera que dicho canal programara un mínimo de contenidos de producción nacional (...), (fs. 277vto.).

Los literales A, B y D de la norma no imponen contenidos, como expresión o difusión de un material concreto, sino que establecen reglas en cuanto al origen de la producción que, por su generalidad, en principio, en nada afectarían la libertad de expresión.

A juicio de los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique y Elena Martínez, a ello se suma que los referidos literales desarrollan, por ejemplo, los enunciados de los arts. 7 y 13 de la Ley 19.307, que tienen que ver con los principios y fines de la prestación de los servicios de comunicación audiovisual y el desarrollo de la industria de contenidos audiovisuales y aplicaciones, los que no fueron objeto de impugnación en el caso.

5.2) El art. 116.

La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Larrieux y Elena Martínez, así como también por el redactor, considera que esta norma no es inconstitucional.

La actora sostiene que, al ser un servicio de televisión satelital para abonados, le resulta muy costoso incorporar señales a su grilla de programación, lo cual, además, supone una tarea compleja (fs. 235vto.). Y también menciona que esta condición no existía cuando comenzó a operar en nuestro país al amparo del decreto 160/000.

En cuanto al inciso final del art. 116, la accionante alega que se trata de una norma con nombre y apellido, porque bien sabe el legislador que Directv no produce contenidos en nuestro país, lo cual vulnera los arts. 8 y 36 de la Constitución.

No le asiste razón.

En primer lugar, porque los motivos de inconveniencia económica que invoca Directv resultan, de regla, absolutamente ajenos a la regularidad constitucional de la norma.

En segundo lugar, porque la limitación del derecho de libertad de empresa encuentra una clara justificación en razones de interés general.

Y también aquí resultan trasladables los conceptos desarrollados en oportunidad de analizar la regularidad constitucional del art. 56 de la Ley 19.307, donde expusimos de qué manera los derechos constitucionales reconocidos en el art. 7 de la Carta pueden ser limitados por razones de interés general.

La norma en cuestión, pese a intervenir directamente en la actividad privada y, prima facie, parecer reñida con el derecho de libertad empresarial recogido en el art. 36 de la Carta, simplemente impone limitaciones a ese derecho en función del interés general.

No puede desconocerse la relevancia que esta regulación tiene para un mercado pequeño como el uruguayo, al tutelar el derecho de los habitantes a consumir producciones nacionales, que, en definitiva, transmitan, reflejen y contemplen la realidad nacional y local.

La norma en cuestión vela por este derecho, que constituye un verdadero tema de interés general, al fomentar la promoción de producciones locales por más que, en un mercado pequeño como el nuestro, a Directv no le resulte conveniente producirlas desde el punto de vista económico.

En efecto, la norma solamente exige a las empresas de televisión para abonados la inclusión, como mínimo, de una sola señal de producción nacional o local propia, lo cual, atendiendo a la cantidad de señales extranjeras que se brindan en sus grillas, no resulta excesivo ni mucho menos desmesurado.

Asimismo, la actora, pese a aludir a los importantísimos costos que esto le representaría, no logró acreditar en qué medida se afectaría su patrimonio, por lo que la lesión del art. 32 de la Constitución no resulta clara y, ante la duda, cabe aplicar la presunción de constitucionalidad de la norma impugnada.

Como señala Virginia Bado, (...) resultan inconstitucionales todas aquellas medidas restrictivas de la libertad de empresa de determinados competidores en beneficio de otros, pues éste no puede ser un valor perseguible por el Estado. Los fines perseguidos con la restricción, por tanto, no sólo deben ser legítimos, sino, también, de rango constitucional semejante al derecho de libertad de empresa que se sacrifica (Paz-Ares y Alfaro Aguila Real, 2003, p. 65)", (el destacado no figura en el original), ("La Garantía Constitucional de la iniciativa privada en las Constituciones Uruguay y Española", en Quantum, Revista de Administración, Contabilidad y Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la Universidad de la República, 2008, V.III, n. 1).

En el caso, los fines perseguidos con la cuestionada imposición son también de rango constitucional, como lo es la protección de la libertad del consumidor nacional de poder acceder a la producción audiovisual realizada en Uruguay.

En este sentido, para proteger una libertad (la del consumidor, que bien puede estar recogida en art. 7 de la Carta), se limita otra (la de la empresa), atendiendo a razones de interés general, y no con la ilegítima finalidad de beneficiar a un competidor respecto de otro en el mismo ramo de actividad.

En tercer lugar, porque la distinción que realiza la norma tiene que ver con el alcance de la señal de producción y porque la circunstancia de que Directv sea la única que preste sus servicios por vía satelital es un hecho coyuntural, que, como vimos, no importa infracción alguna del principio de igualdad.

6) En cuanto a los arts. 32, 33, 139 y 142. La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Larrieux y Elena Martínez, así como también por el redactor, considera que estas disposiciones no son inconstitucionales.

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Jorge Chediak, solamente comparte tal aserto con respecto al art. 32 incs. 2, 3, 9, 10 y 11 y al art. 139.

Para el Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrieux, la accionante no está legitimada para impugnar dichos artículos.

En tal sentido, considera que la norma impugnada, al regular la prestación de estos servicios de comunicación audiovisual, no efectúa una correcta distinción técnica entre la multiplicidad de

contenidos que ellos ofrecen, ya que existen algunos de producción nacional y otros que no lo son y, por tanto, son tomados directamente desde el satélite (al que lo suben terceras empresas), por lo cual la gran mayoría son producidos en el extranjero.

Esta diferenciación deberá hacerla el intérprete para ver cuáles normas son aplicables a la situación de la accionante.

Para el referido análisis, el Sr. Ministro, Dr. Larrieux, considera de vital importancia la precisión que efectuó el Sr. Fiscal de Corte en su dictamen a fs. 255vto., cuando utilizó el aforismo “plus dixt quam voluit”, el que describe la situación provocada por normas cuya excesiva extensión generan la regulación de situaciones que, en realidad, el legislador no sólo no previó, sino que no tuvo la voluntad de regular.

En el caso de Directv, que no produce ni una sola señal a nivel local, la referida circunstancia es de vital relevancia, ya que, en el caso, le quita legitimación para impugnar las normas que regulan contenidos.

En efecto -agrega el Dr. Larrieux-, Directv de Uruguay Ltda., licenciataria del servicio de televisión para abonados a nivel nacional de la multinacional Directv, contiene en su grilla de programación únicamente señales producidas en el extranjero, ya sea por esta última o por terceros. Es decir, Directv de Uruguay Ltda. no tiene señales de producción propia a nivel nacional ni local.

En este contexto, la impugnación que la accionante realiza de una serie de normas por atentar su libertad de expresión y de empresa no puede prosperar, porque no le son de aplicación ineludible.

Si bien el legislador patrio no efectuó este distingo y, prima facie, parece que regulara todo el contenido de la grilla de señales de las empresas de televisión para abonados, ello resulta absurdo si se lo analiza de conformidad con el criterio que viene delineándose.

Ello, porque no existe la menor posibilidad, por absoluta ausencia de competencia, de que el legislador patrio pueda regular el contenido (programación y publicidad) de señales producidas en el extranjero y que, por ende, son transmitidas a infinidad de países por la multinacional Directv mediante sus licenciatarias en cada uno de ellos, así como por los restantes prestadores locales. A modo de ejemplo, resulta absolutamente imposible por ausencia de competencia y, hasta absurdo, que la legislación nacional regule el contenido del canal de noticias “CNN en español”, situación que ocurre respecto a la mayoría de la grilla de señales de la actora. Asimismo, resulta de imposible regulación la publicidad que, por ejemplo, un canal para niños, como “Discovery Kids”, venda a sus anunciantes, así como tampoco resultan regulables los minutos de publicidad que dicha señal, ajena al presta-dor local, destina en relación con cada minuto de programación.

Todas ellas son cuestiones que escapan a las potestades legislativas nacionales y la única opción posible sería prohibir al prestador del servicio de televisión para abonados la transmisión de aquellas señales supuestamente en falta, lo que importaría el absurdo de eliminar prácticamente todas las señales de la grilla, además de eliminar el objeto del negocio de dichas empresas.

Con respecto a la protección de los niños, niñas y adolescentes, la normativa impugnada, en el inciso final del art. 32 de la Ley, brinda una solución aplicable al caso de la accionante cuando establece: Los servicios de televisión para abonados podrán habilitar gratuitamente mecanismos cifrados de acceso para posibilitar el control parental de las señales no establecidas en Uruguay. Las señales con programación exclusiva para adultos no podrán estar nunca en abierto (el destacado no figura en el original).

Es en virtud de estos fundamentos que el Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrieux, desestima la inconstitucionalidad de los arts. 32 (horarios de protección), 33 (publicidad dirigida a niños, niñas

y adolescentes), 139 (tiempo y espacio destinado a publicidad) y 142 (del acceso gratuito a la publicidad electoral) por ausencia de legitimación activa, ya que dichas normas no son de aplicación ineludible para la actora.

En tal sentido, cita jurisprudencia de este Colegiado, en la que se sostuvo que (...) la declaración acerca de la constitucionalidad de una Ley sólo es pertinente si ésta es de aplicación necesaria e ineludible en un caso concreto (...); por el contrario a la Corte le está vedado efectuar declaraciones genéricas y emitir opiniones sobre cuestiones abstractas de derecho (...), (sentencia No. 1096/2012, en la que se cita la sentencia No. 1198/2009).

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, puntualiza que la parte actora es una prestadora de servicios de televisión para abonados que transmite exclusivamente señales producidas en el exterior. Por ende, podría considerarse que respecto de alguna de las normas impugnadas en este bloque no tiene legitimación activa, ya que el legislador nacional no podría reglamentar tal tipo de señales.

No obstante, considera que la actora se encuentra legitimada para cuestionar los arts. 32, 33, 139 y 142, lo que es compartido por los Sres. Ministros, Dres. Jorge Chediak y Elena Martínez, así como también por el redactor.

Al ingresar a los argumentos de fondo por los que la actora pide la declaración de inconstitucionalidad de estas normas, vemos que en su capítulo de “Introducción”, afirma que la “Ley de Medios” es un instrumento que apunta a limitar la libertad de expresión y de comunicación, vulnerando la Constitución al no existir razones de interés general que lo justifique.

Sostuvo, concretamente, que el Estado no podía establecer qué clase de contenidos debían favorecer los medios de comunicación, porque ello limitaba la libertad de expresión. Y como ejemplo, puso el art. 32, según el cual, durante el horario de protección al menor, los programas, los mensajes publicitarios y la autopromoción “(...) deberán favorecer los objetivos educativos” (fs. 207).

No le asiste razón.

En primer lugar, porque la norma no prohíbe la inclusión de los contenidos que limita, sino que los posterga, para que sean emitidos fuera del horario fijado.

En segundo lugar, porque tal limitación responde, claramente, a razones de interés general, motivo por el cual resultan trasladables los conceptos expuestos en oportunidad de estudiar el art. 56 de la cuestionada Ley.

Es claro que los derechos de los niños y de los adolescentes han sido privilegiados por sobre el derecho de libertad de los medios a emitir los contenidos enumerados en el art. 32, lo que es perfectamente razonable y tiende a proteger la integridad moral del público más sensible, el infantil, en perfecta armonía con los valores y principios constitucionales que se encuentran orientados a proteger a los menores de edad (arts. 40, 41, 43, 54 inc. 2 y 71 inc. 2 de la Constitución).

Véase que la normativa impugnada es una versión actualizada de principios que ya se encuentran legislados en los arts. 181 a 185 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que no provocaron la resistencia de ningún operador de comunicación audiovisual.

Por consiguiente, la limitación que surge de los literales A a J del art. 32 encuentra su respaldo en una razón de interés general, lo cual deja sin fundamento la inconstitucionalidad invocada.

Tal conclusión resulta compatible tanto con el art. 29 de la Constitución como con el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es el propio art. 13 de la Convención el que sienta las bases para la regulación de la libertad de expresión y presta especial atención a la protección moral de la infancia y la adolescencia, previendo, además, que estará “(...) prohibida por la Ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Además, la libertad de comunicación es una de las manifestaciones del principio de libertad que consagra el art. 7 de la Carta que, como vimos, admite su limitación por razones de interés general.

Como se advierte, la norma impugnada no sólo no infringe la más alta normativa de derechos humanos sobre libertad de expresión, sino que la aplica, lo cual enerva la impugnación intentada.

La extensión del horario de protección al menor impuesta por el legislador podrá ser buena o mala, necesaria o no, pero ello, en principio, y como ya se señaló, es ajeno al control de constitucionalidad.

Otra razón para descartar la crítica a la regularidad constitucional de estos artículos es que ellos constituyen, en todo caso, un supuesto excepcional de restricción a la libertad de expresión expresamente autorizado por el sistema normativo de derechos humanos. En efecto, el inciso 4 del art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la Ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia (...)”.

Tal es el caso de lo dispuesto en los artículos impugnados, que contienen, expresamente, medidas de protección moral de la infancia y la adolescencia.

Idéntica apreciación merece el art. 33 de la Ley, que regula la publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes, limitándola de acuerdo con lo dispuesto en sus literales A a F.

La actora sostuvo, además, que las limitaciones impuestas por estas normas “contienen prohibiciones en blanco, en violación al principio de reserva legal”, por contener “términos y definiciones vagas y ambiguas” (fs. 243).

No le asiste razón.

Así, el inciso primero del art. 32 reza: Establécese el horario de protección a niños, niñas y adolescentes todos los días de la semana desde la hora 6 a la hora 22. ¿Cuál sería, entonces, la vaguedad o imprecisión?

Y el inciso cuarto establece: Debe evitarse, en el horario antedicho, la exhibición de programas que promuevan actitudes o conductas violentas, morbosas, delictivas, discriminatorias o pornográficas, o fomenten el esoterismo, los juegos de azar o las apuestas. En buen romance: en el horario de protección al menor no se permiten programas (concepto definido legalmente en el artículo 3 de la Ley) con contenidos que promuevan actitudes o conductas que nadie, razonablemente, puede cuestionar que son perjudiciales e inconvenientes para los menores de edad. Si de acuerdo con el diccionario de la Real Academia, promover es “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”, ¿cuál sería, entonces, la vaguedad o imprecisión?

Iguales consideraciones pueden hacerse respecto del resto de las disposiciones impugnadas con base en este argumento, que omitiremos desarrollar para evitar reiteraciones innecesarias.

En cuanto al art. 139, la accionante sostiene que no puede exigírsele que controle que las “más de 100 señales” que ella transporta cumplan con lo dispuesto en la Ley, en materia de publicidad (fs. 243vto.). No le asiste razón.

Tal responsabilidad no deriva del art. 139, sino de los arts. 134 y 138 de la Ley, normas que no fueron impugnadas por ella.

El art. 139 regula el tiempo y espacio destinado a la publicidad.

Una vez más, la accionante intenta hacer caer la norma por razones de oportunidad y conveniencia cuando sostiene que “(...) existe un mecanismo evidentemente más apto y menos lesivo a nuestros intereses, para lograr el fin de limitar el tiempo destinado a la publicidad: la competencia” (fs. 243vto.).

En tal sentido, reiteramos que la Suprema Corte de Justicia no juzga el mérito o desacierto legislativo, sino tan sólo si la Ley se ajusta o no a la Constitución.

La actora sostiene que el art. 142 contraviene su derecho a no participar en la publicidad política electoral en el Uruguay, lo cual vulnera los arts. 7, 29, 36 y 77 nal. 7 de la Carta. No le asiste razón.

Se trata de una norma que está destinada a hacer efectivo el principio del Estado Democrático de Derecho, por lo que su apego a la Constitución resulta indudable.

Los partidos políticos cuentan con un estatuto constitucional en el Uruguay (art. 77. nrales. 11 y 12 de la Carta) y son asistidos con fondos para solventar sus campañas. Deben dar la máxima publicidad a sus Cartas Orgánicas y Programas de Principios, en forma tal que el ciudadano pueda conocer-los ampliamente. Por lo tanto, resulta por demás ajustado a la Carta que sean asistidos con publicidad electoral gratuita en los medios de comunicación.

La conveniencia u oportunidad de la extensión y los tiempos fijados por la Ley para dicha publicidad no son cuestiones de orden constitucional y, por ende, exceden el objeto del presente proceso.

En relación con la vulneración del art. 77 nal. 7 de la Carta, coincidimos con el Sr. Fiscal de Corte en que: (...) Va de suyo que el art. 142 de la LSCA no legisla sobre “las garantías del sufragio y elección” ni sobre la “elección, composición, funciones y procedimientos de la Corte Electoral y corporaciones electorales”, únicas hipótesis para las que, de forma excluyente, la Constitución exige la mayoría especial de dos tercios de votos del total de componentes de cada cámara (fs. 290vto.).

Y agrega el Sr. Fiscal de Corte: (...) si de definir la “cuestión electoral” strictu sensu se trata, en puridad, la hipótesis de autos refiere no al acto eleccionario en sí mismo, sino a una etapa que necesariamente le precede (...), (fs. 291).

7) En cuanto a los arts. 66, 68, 97 y 98: La accionante agrupa dichas normas, por tratarse, según sostiene, de las “normas más importantes de la LSCA en materia de infracciones y sanciones” (fs. 244).

A su juicio, si bien aún no ha sido pasible de sanciones, esta normativa le genera un perjuicio actual, “porque un sistema asfixiante como el creado por las normas cuya constitucionalidad se ataca, amedrenta ya desde hoy la libertad de expresión circunstancial a todo medio de comunicación audiovisual” (fs. 244vto.).

7.1) Los arts. 66, 68 y 97. La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique y Elena Martínez, así como también por el redactor, considera que corresponde desestimar la impugnación ensayada.

Por su parte, los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux y Jorge Chediak, solamente comparten tal aserto en relación con los arts. 66 y 97.

Al respecto, y con las precisiones expuestas, entendemos que la accionante omite exponer las razones por las cuales considera que estas normas son inconstitucionales y, de hecho, ni siquiera las menciona a lo largo del capítulo VII de su escrito (fs. 244-246), excepto en lo que respecta al art. 68 cuando dice que “el control del cumplimiento de la Ley queda en manos, principalmente, del Poder Ejecutivo” (fs. 244vto.). Tal afirmación, por sí sola, no justifica ingresar al análisis de la regularidad constitucional del art. 68, desde que la accionante no señaló de qué manera los artículos en cuestión afectaban su interés directo, personal y legítimo, sellando así, negativamente, la suerte de su pretensión.

En tal sentido, “(...) la Corte (en aplicación de lo dispuesto por el art. 512 del C.G.P.) ha declarado inadmisibles los planteamientos de inconstitucionalidad en los que se omite desarrollar las razones en las que se funda el cuestionamiento (...)”, (sentencia No. 1580/2015, entre otras).

7.2) El art. 98 inc. 2. La Corte, por unanimidad, considera que esta norma es inconstitucional.

El art. 98 de la Ley, al regular las inspecciones a realizarse por la Ursec, autoriza la suspensión de las emisiones en caso de que surgieran inconvenientes en el curso de la inspección debidos a la oposición de los titulares del servicio inspeccionado.

La accionante sostuvo que los arts. 97 y 98 de la Ley eran una “combinación nefasta” para la libertad de expresión y de comunicación, pero también para la libertad de empresa y la seguridad jurídica, así como para el derecho a la privacidad (art. 28 de la Constitución), (fs. 245vto.-246). Y, agregó, que “(...) el Estado se atribuye poderes exorbitantes a su favor, dejando sin garantías de tipo alguno a empresas reguladas como Directv” (fs. 246).

En cuanto a la legitimación activa, todos quienes suscriben este fallo consideran que la accionante está legitimada para impugnar esta disposición.

Ello, por cuanto ésta confiere a la Administración la potestad de suspender la emisión de un medio de comunicación en vía administrativa, por decisión sumaria de funcionarios de la Ursec (“se dará lugar a la suspensión inmediata de las emisiones”).

En el caso, no corresponde exigir que se acredite la existencia de una inspección en curso, desde que la Ley habilita a la Ursec a inspeccionar las instalaciones “en cualquier momento”, lo que implica la posibilidad de inspecciones sorpresivas. Si en el marco de una inspección sorpresiva los inspectores entendieran pertinente suspender las emisiones, sería materialmente imposible para el inspeccionado pretender útilmente la inconstitucionalidad de la norma, puesto que ésta habría sido definitivamente aplicada.

Por ello, en el caso de una norma con el contenido del art. 98, el interés directo se verifica por la sola calidad de ser un sujeto pasible de ser inspeccionado en el marco de esa norma, sin que sea necesario acreditar que existe un procedimiento de inspección en trámite.

Si ese no fuera el criterio para determinar la legitimación del sujeto (y, por el contrario, se requiriera la previa acreditación de la existencia de una inspección), se estaría habilitando una grosera denegación del derecho fundamental de todo individuo al contralor de la regularidad constitucional de las Leyes que afectan su interés directo, personal y legítimo, en infracción de lo dispuesto en los artículos 257, 258 y 72 de la Constitución.

En cuanto al mérito de la impugnación, se coincide con la accionante en que el inciso segundo del art. 98 colide con el derecho al debido proceso. Ello, porque establece la potestad administrativa de sancionar a un sujeto sin haberlo previamente escuchado.

En este sentido, Augusto Durán Martínez, en Estudios de Derecho Administrativo, año 2010, No. 2, Ed. La Ley Uruguay, en su trabajo: “Principio del debido proceso en el procedimiento administrativo represivo”, sostuvo:

La potestad sancionatoria de la Administración es un arma que debe utilizarse cuando sea estrictamente necesaria para el mantenimiento del buen orden en el ámbito administrativo, pero no es un gatillo fácil (pág. 334).

El buen uso de la potestad sancionatoria hace a la buena administración.

No es por casualidad que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...), cuando por su artículo 41 (...) recoge el derecho a la buena administración, en parte le asigna el contenido que aquí le hemos asignado al principio del debido proceso.

Un mal uso de la potestad sancionatoria implica un desvío del fin de la Administración y configura un acto contrario a la buena administración. Por eso es que se puede afirmar que en buena medida debido proceso y buena administración confluyen. Sin debido proceso no hay buena administración (pág. 335).

La sanción prevista en esta norma, leída en el contexto de la Ley, presenta la apariencia de una medida provisional, un adelantamiento de la sanción establecida en el art. 181 lit. E.

El art. 178 lit. J de la Ley prevé que es una infracción muy grave: “La negativa, resistencia u otra conducta deliberada que impida, dificulte o retrase el ejercicio de las facultades de inspección de la Administración”.

Por lo cual, no cabe otra interpretación que entender que se facultó a la Administración a adoptar, en carácter de medida provisional, la aplicación de la sanción definitiva por el mismo hecho que motiva su aplicación.

No se estableció plazo, procedimiento, ni defensa previa.

Todo esto determina que corresponda declararla inconstitucional por transgredir el derecho al debido procedimiento administrativo (art. 66 de la Constitución).

Al contestar esta impugnación, el demandado hizo caudal de lo previsto en el art. 185 de la Ley (fs. 532), que, genéricamente, establece que, en todos los casos de aplicación de sanciones, se estará a los principios del debido proceso y que las sanciones deberán ajustarse razonablemente a la infracción. Sin embargo, lo allí dispuesto no enerva el carácter inconstitucional del contenido del inciso segundo del art. 98, de cuyos términos se desprende, inequívocamente, que la suspensión de las emisiones se ejecuta “de inmediato”, por el solo parecer de los funcionarios a cargo de la inspección. En la medida en que la sanción se aplica “de inmediato”, es claro que lo que se previó opera con prescindencia de lo dispuesto en los arts. 185 y 184 (este último refiere a resoluciones sancionatorias consentidas o definitivas, es decir, resoluciones que han sido primero notificadas, luego recurridas, etc.).

8) Los arts. 176 a 186: La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Larrieux y Elena Martínez, así como también por el redactor, considera que estas normas no son inconstitucionales.

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Jorge Chediak, solamente coincide con tal aserto en relación con los arts. 176, 177 y 183 a 186.

8.1) En forma preliminar, atento a la naturaleza de las normas impugnadas y a los términos de la demanda, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, así como también el redactor, consideran que

la accionante carece de legitimación para cuestionar estas normas y, en tal sentido, revalidan lo expresado en la sentencia No. 289/2015 de esta Corte.

La legitimación activa de quien solicita, por vía de acción, la declaración de inconstitucionalidad de un tipo sancionatorio no puede considerarse configurada por la sola circunstancia de tener el accionante la calidad prevista en un aspecto del tipo objetivo de la sanción (el sujeto activo). Ello no importa, de por sí, tener un interés que presente la nota de “directo” requerida por la Constitución.

En el caso, no existe rastro siquiera de que las normas impugnadas se puedan llegar a aplicar a la actora en forma inmediata, por cuanto eso supondría la existencia de un supuesto de hecho que encartara en el tipo penal impugnado respecto del cual pudiera ser responsabilizada por existir una actuación administrativa en ese sentido, circunstancia que no se verifica en el caso.

La norma no comprende a “todos los prestadores de servicios audiovisuales regidos por la Ley”, sin otro aditamento, sino a todos los prestadores de servicios audiovisuales regidos por la Ley que pudieren llegar a ser responsabilizados en sede administrativa por el delito creado, lo que supone acreditar, como se señaló, la existencia de un procedimiento administrativo que releva la posible existencia de un supuesto de hecho que encartara en alguno de los tipos sancionatorios impugnados, respecto del cual la actora pudiera ser responsabilizada administrativamente.

En el caso, la existencia de un interés directo implicaría acreditar, al menos, la certeza de que la accionante puede llegar a ser sometida a un procedimiento administrativo cuyo objeto sea determinar la responsabilidad administrativa por hechos constitutivos de algunas de las infracciones creadas por las normas impugnadas. En términos de Cajarville, ese es el acontecimiento comprendido en la dimensión subjetiva del supuesto normativo (“Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor: Relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general”, Revista de Derecho Público, No. 43, pág. 153).

En definitiva, la ausencia de legitimación activa en el caso surge de los propios términos de la demanda e impone el rechazo del accionamiento en estos puntos, lo cual exime a la Corte de ingresar al estudio del fondo de la impugnación.

En la misma línea de pensamiento, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, entiende del caso reiterar los fundamentos expuestos en la sentencia No. 696/2014 de la Suprema Corte de Justicia, que, con las naturales adecuaciones, resultan trasladables al caso en examen: (...) la empresa accionante no indicó encontrarse en el supuesto previsto por la norma, esto es, si en virtud de su aplicación fue objeto de sanciones, por lo que solicitar la inconstitucionalidad de una disposición que no le fue aplicada, no resulta acorde a las calidades requeridas constitucional y legalmente para promover la declaración de inaplicabilidad peticionada.

Ello en la medida que de forma invariable se ha sostenido por parte de la Corte que en tanto no se autoriza una acción popular, solamente se encuentran habilitados para promover la defensa de inconstitucionalidad quienes acrediten ser titulares de un interés inmediatamente vulnerado por la norma impugnada, requisito que no resulta eficazmente cumplido por la promotora en tanto invoca un interés no basado en la lesión actual o inmediata de su interés y que importaría en consecuencia la emisión por parte de la Corte de un juicio no referido a un caso concreto como lo requieren las disposiciones que regulan la declaración de inconstitucionalidad (Cf. arts. 259 Constitución; 508 C.G.P., Sentencias Nos 179/2006, 664/2008 y 653/2012).

La impugnante fundó su legitimación en el interés que ostenta en calidad de fabricante de cigarrillos, para la hipótesis en que podría llegar a responder como sujeto pasivo de las infracciones previstas en la Ley, sin establecer un caso concreto de aplicación de la norma por lo que, aunque legítimo, el interés no resultaría ser directo. Adviértase que, aunque se entendiera que el “caso concreto”

se presentaría al plantearse una infracción contra la prohibición de fumar prevista en la norma, dicho pronunciamiento al respecto resultaría genérico y abstracto, lo que no está permitido (Cf. Sentencias Nos 335/97, 24/99, e/o).

Por lo tanto, al concluir en la falta de legitimación de la accionante para impugnar estas normas, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, así como también el redactor, no ingresan al estudio de los fundamentos de mérito.

Por su parte, los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux y Elena Martínez, consideran que la accionante está legitimada para impugnar las normas que establecen infracciones y sanciones, a pesar de no haber alegado ni acreditado encontrarse en el marco de un procedimiento administrativo en el que se persiga su aplicación.

No resulta exigible para que el interés de la parte sea calificado como directo que ésta se encuentre en curso de un procedimiento administrativo con la finalidad de aplicar una sanción.

Toda la regulación de la Ley determina la inminencia y cercanía del control infraccional respecto de los prestadores de servicios.

Por un lado, los titulares de servicios de comunicación audiovisual son los únicos destinatarios de la potestad sancionatoria prevista por las normas impugnadas; por otro, el control resulta permanente.

No estamos ante normas de naturaleza penal, sino ante normas de policía, las que suponen el control de una actividad especializada.

Dicho control se realiza con periodicidad y por servicios del Estado a los que se ha encomendado dicha tarea.

Las normas infraccionales imponen conductas cuyo incumplimiento puede generar la aplicación de sanciones directamente a los titulares de los servicios de comunicación audiovisual. Incluso, en algunos supuestos, se trata de elevar al grado de infracción el incumplimiento de deberes que se imponen por otras normas de esta Ley y que han sido objeto de impugnación específica.

Por ello, para los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux y Elena Martínez, la regulación de la materia infraccional se encuentra íntimamente relacionada con los deberes impuestos por la norma, lo que conduce a realizar una lectura que, en aplicación del principio “pro actione”, conduce a otorgar legitimación a la accionante para impugnar estas normas y a ingresar al estudio de los fundamentos de mérito invocados por ésta.

8.2) Los arts. 176 y 177. La impugnación de estas normas no es de recibo, puesto que en ellas solamente se designan los órganos de control con potestad sancionatoria (art. 176), y se enuncian los tres tipos de infracciones posibles, las que se denominan leves, graves y muy graves (art. 177); y nada más. Por ende, la accionante carece de interés directo para impugnarlas, puesto que nada de lo dispuesto en dichas normas podría afectarla.

8.3) Los arts. 178, 179 y 180. La impugnación de estas normas, que regulan los distintos tipos de infracciones, tampoco es de recibo.

De la simple lectura de los artículos impugnados, surge claro y sin hesitaciones que el legislador patrio cumplió a cabalidad con el principio de reserva legal en materia sancionatoria.

No se aprecia ninguna delegación reglamentaria en cuanto a la determinación del supuesto de hecho de la conducta infraccional (tipificación), por lo que no configuran normas sancionatorias “en blanco”.

La actora impugna el art. 178 lit. M en cuanto establece como conducta sancionable un eventual incumplimiento del proyecto comunicacional.

Sostiene que, en el caso, existe una transgresión a la libertad de expresión, ya que la norma puede constituirse en una forma de censura previa. La censura previa se derivaría de que el proyecto comunicacional contiene referencias a la programación y un cambio en esta materia puede ser sancionado por la autoridad administrativa.

No le asiste razón.

La norma resulta ajustada a la potestad regulatoria del Estado.

Los argumentos de la actora resultan de una interpretación de la aplicación desviada de la Ley que no se desprende de su texto.

El proyecto comunicacional es un requisito del llamado a interesados para obtener autorizaciones o licencias para prestar un servicio de comunicación audiovisual (art. 102 inc. 1) y, como tal, fue tenido en cuenta en un proceso competitivo y fue lo que, entre otros factores, le permitió a su titular resultar beneficiado con la respectiva autorización o licencia.

Por ello, se estima correcto que los incumplimientos de ese compromiso que son calificados por la Ley como “graves, reiterados y sostenidos” sean sancionables.

No se advierte de qué manera la norma constituye una censura previa prohibida por el art. 29 de la Constitución. Cuando el operador asume voluntariamente un compromiso debe, necesariamente, mantener las líneas generales de programación y el enunciado de contenidos por el cual se le confirió la autorización o licencia.

Resulta importante aclarar que la concesión de licencias o autorizaciones se encuentra prolijamente regulada en la Ley y resulta ser potestad del Poder Ejecutivo (art. 63 lit. B, arts. 99 y ss.).

Asimismo, existen normas relacionadas con este tema que no han sido impugnadas por la actora, de lo que se deriva la importancia que tiene el control del cumplimiento del proyecto respectivo (sólo a título de ejemplo, ver los arts. 121, 124 y 132).

Finalmente, cabe recordar que tanto el procedimiento para el otorgamiento de la autorización o licencia como las bases de los llamados se traducirán en actos administrativos respecto de los cuales los interesados podrán deducir las defensas respectivas en vía administrativa y anulatoria ante el T.C.A.

8.4) Los arts. 181 a 186. También cabe desestimar la alegada inconstitucionalidad de los arts. 181, 182, 183, 184, 185 y 186 de la Ley, que regulan las diversas sanciones aplicables a las infracciones, así como las infracciones que ameritan la sanción de revocación de autorización o licencia, y los procedimientos que se llevarán a cabo a tales efectos.

El art. 183 tipifica las conductas infraccionales que ameritan, como sanción, la revocación de la autorización o licencia de explotación concedidas por la autoridad administrativa. No se aprecia en qué medida la referida norma puede vulnerar el principio de reserva legal, ya que no efectúa delegación administrativa alguna a efectos de determinar los supuestos de hecho que ameritan la adopción de las sanciones.

Los arts. 181 y 182 regulan los distintos tipos de sanciones que corresponderán a los distintos tipos de infracciones, las que se gradúan conforme la gravedad de estas últimas, sin que se aprecie vicio constitucional alguno.

Unicamente el inciso final del art. 182 prevé una delegación administrativa, pero de corte netamente instrumental, ya que no se prevé que la Administración cree sanciones, sino que éstas ya están reguladas en la Ley, no vulnerándose en forma alguna el principio de reserva legal en la materia.

Sobre el punto, cabe citar la posición que la Suprema Corte de Justicia expresara en sentencia No. 1713/2010, en la que sostuvo:

Debe tenerse presente la distinción entre delegación legislativa y ampliación legal del poder reglamentario del Poder Ejecutivo a materias que exceden su competencia normal. La primera no puede admitirse en nuestro ordenamiento constitucional, mientras que la segunda –es decir, la autorización para reglar los pormenores o detalles necesarios para la ejecución de una Ley– es legítima, fuera de la hipótesis de la denominada “reserva de la Ley” (Sayagués Laso, Tratado..., Tomo I, págs. 123 y sgts.), (Cf. Sentencia No. 900/1995).

En el mismo sentido se expresa Risso Ferrand, quien refiriéndose al alcance que tiene la reserva legal en materia de derechos fundamentales, sostuvo que: “...no será necesaria una Ley formal para cada limitación de los derechos fundamentales, sino que la Ley establecerá las restricciones generales que luego serán ejecutadas por los órganos administrativos o jurisdiccionales, dentro de sus respectivas esferas de competencia” (Derecho Constitucional, T. 1, p. 451).

Los artículos impugnados no vulneran los principios que vienen de enunciarse, por lo que no corresponde la declaración de inconstitucionalidad promovida a su respecto.

Por último, y en relación con la alegada inconstitucionalidad de los arts. 184 a 186 de la Ley, la misma resulta de franco rechazo.

Las referidas normas son instrumentales a las sustantivas que, en el punto, regulan la materia infraccional y sancionatoria.

Los arts. 185 y 186 son normas netamente procesales. Por la primera de ellas se establece que, a los efectos de imputar infracciones e imponer sanciones, la Administración deberá ajustarse a los principios del debido proceso, aludiendo expresa-mente a uno de ellos, y que tiene que ver con la sustancia regulada, como es el de la razonable adecuación de la sanción a la infracción.

Por tanto, en este aspecto, las normas resultan absolutamente constitucionales, desde que otorgan a los administrados las máximas garantías en materia de procedimientos administrativos.

En cuanto al art. 184, que establece el principio de publicidad de las sanciones, tampoco tiene visos de inconstitucionalidad.

Es connatural al Estado de Derecho que las sanciones sean públicas, y así lo son en toda la materia procesal, tanto la publicidad interna (para los involucrados) como la externa (hacia terceros). Ello es consecuencia natural del debido proceso.

Asimismo, los eventuales involucrados no gozan de un estatuto de tutela especial, que haga necesaria una restricción de la publicidad externa, como ocurre, por ejemplo, en los casos de minoridad.

En suma, para los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux y Elena Martínez, en cuanto al mérito, las normas referidas a las infracciones y sanciones previstas en la Ley 19.307, con la excepción, claro está, del art. 98 inc. 2, no son inconstitucionales, por lo que tampoco desde este aspecto el accionamiento puede prosperar.

V) El contenido de este fallo obsta a imponer, en esta etapa, especiales condenaciones en gastos causídicos (art. 523 del C.G.P.).

POR LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA,

FALLA:

Decláranse inconstitucionales e inaplicables a la accionante los arts. 39 inc. 3, 55, 60 lit. C y 98 inc. 2 de la Ley 19.307.

Sin especial condenación procesal.

Y archívese.

DR. RICARDO PEREZ MANRIQUE DISCORDE PARCIALMENTE: EN CUANTO CONSIDERO QUE CORRESPONDE DESESTIMAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 55 Y 60 LITERAL C) INC. 1o. DE LA LEY No. 19.307, POR LOS SIGUIENTES FUNDAMENTOS:

I) Con relación al art. 55 de la Ley la impugnante señala que el Estado ha restringido con ilegitimidad evidente varios derechos de Directv, es así que impuso una limitación inédita sobre la libertad de expresión y comunicación de pensamiento, derecho que no admite restricción previa de tipo alguna, en tanto limitó la cantidad de suscriptores de las empresas de televisión para abonados autorizados en todo el territorio nacional, siendo la accionante la única empresa con licencia y operativa para prestar servicios de televisión para abonados en todo el país.

Considera que esta dis-posición vulnera los derechos de libertad de empresa, igualdad y de prohibición de expropiación, no estando en un caso de “necesidad o utilidad públicas establecidos por una Ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación” (arts. 7, 8, 29, 32, 36, de la Carta), 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 12 de la Declaración de Principios sobre libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

II) En primer lugar debe señalarse que la parte actora solamente tiene legitimación para impugnar el inciso 1o. y el 3o. del artículo en cuestión.

Ello es así porque se define como la única operadora por cable autorizada para desarrollar su actividad en todo el país, toda vez que es una empresa que accede por vía satelital a todo el territorio nacional.

Respecto del último inciso que establece el mecanismo para determinar el total de hogares del país que tienen servicio de televisión para abonados, es obvia su legitimación.

III) En cuanto al mérito, entiendo que los agravios no son de recibo.

La Ley debe ser analizada en su contextualidad para determinar si existe o no vulneración de las disposiciones de orden superior con las que se plantea su colisión.

La norma impugnada debe ser estudiada a partir de lo que establece el artículo 51.

“(Monopolios y oligopolios).- Los monopolios u oligopolios en la titularidad y control de los servicios de comunicación audiovisual conspiran contra la democracia al restringir el pluralismo y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de las personas. Es deber del Estado instrumentar medidas adecuadas para impedir o limitar la existencia y formación de monopolios y oligopolios en los servicios de comunicación audiovisual, así como establecer mecanismos para su control”.

Cobra especial relevancia en este ámbito el informe ya citado del Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y expresión, en el Capítulo III que regula la Libertad de Expresión y de Comunicación en los procesos electorales, cuando en su numeral 14 precisa: “Los Estados deben adoptar medidas para eliminar los obstáculos prácticos, jurídicos y estructurales que

impiden el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. A un nivel estructural básico, el poder económico permite que la capacidad de influencia política se concentre en pequeños segmentos de la sociedad, que monopolizan su ejercicio, socavando con ello el ideal democrático...”.

Específicamente sobre el punto, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Sentencia de 22 de junio de 2015 indicó: “Este Tribunal desde sus inicios ha resaltado la importancia del pluralismo en el marco del ejercicio del derecho a la libertad de expresión al señalar que éste implica la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática...”.

En este sentido, el Tribunal ha indicado que ‘la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica ‘medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones’...Sobre este punto, el artículo 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión indica que ‘[l]os monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a Leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso estas Leyes deben ser exclusivas de los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos’.

Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo’.

En concordancia con todo lo anterior, los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueran necesarias ‘para hacer efectivos’ los derechos y principios establecidos en la Convención, como se estipula en el art. 2 de dicho instrumento interamericano, para lo cual deberán establecer Leyes y políticas públicas que garanticen el pluralismo de medios o informativos a las distintas áreas comunicacionales, tales como, por ejemplo, la prensa, radio, y televisión”.

IV) Con relación a la restricción de la libertad de empresa o de comercio el impugnante entiende vulnerado el art. 36 de la Constitución de la República, al topear el número de abonados, violando asimismo el derecho de propiedad establecido en los artículos 7 y 32 de la Constitución de la República.

Corresponde señalar que la empresa parte de la situación de hecho en el mercado nacional en cuanto a que existen lugares de la República a los cuales, por las condiciones en que emite su señal, es la única con acceso a las personas que en ellas residen.

En ese caso el tope del 25% la expondría a resignar clientela con la consiguiente pérdida económica.

La naturaleza del servicio que presta un Medio de Comunicación Audiovisual determina que el Estado preste especial atención a la oferta de información y de entretenimiento que se realiza por medio de los mismos.

El tope del 25% de abonados y la forma cómo establecer o llegar a ese tope no hacen a la inconstitucionalidad de la Ley, sino al mérito de la misma y al no resultar absurdo o irracional no corresponde ingresar a su consideración por el Tribunal de constitucionalidad.

Las eventuales pérdidas económicas o financieras, afectaciones a intereses concretos, tampoco son cuestiones a que esta Corte pueda ingresar pues la propia Constitución prevé los medios para el resarcimiento de eventuales daños y perjuicios que se produzcan.

Conforme a ello no puede entenderse que la norma citada vulnere la libertad de industria y comercio, ni la seguridad jurídica. La disposición citada tiene como finalidad velar por el interés general de la sociedad de que se asegure el derecho a la información de las personas por lo que atendiendo a su finalidad de fomentar el pluralismo y la diversidad de la oferta resulta razonable que se limite la cantidad de suscriptores de cada prestador de servicios, a fin de desestimular la formación de monopolios.

Cabe recordar, como se sostuviera en Sentencia No. 697/2014: “De principio no hay derechos absolutos y ellos ceden ante el interés general (artículo 7 de la Constitución de la República).

‘Como lo ha señalado la Corte en Sentencia No. 181/2003: ‘...esa norma genéricamente declara el derecho de los habitantes a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Y en su segundo inciso dice que nadie puede ser privado de esos derechos si no es conforme a las Leyes que se establecieron por razones de interés general. Esta disposición fue analizada en Sentencia No. 312/95, donde se dijo: ‘...debe precisarse, con Linares Quintana, citando jurisprudencia de la Corte Suprema, que ésta afirmó que ‘ni el derecho de usar y disponer de la propiedad ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última. La misma Constitución ha consignado limitaciones especiales respecto de algunos derechos, pero no siendo posible prever ni establecer en ella todas las condiciones a que sería menester subordinarlos para hacerlos adaptables a la vida de relación, ha confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar su ejercicio, poniendo al mismo tiempo un límite a esa facultad reguladora (arts. 14 y 18) (Gobierno y Administración de la República Argentina, tomo 2, pág. 311)’. Concluyendo luego que ‘En la Ley cuestionada no se privó de ningún derecho, sino que se limitó el lapso de ejercicio del mismo en aras de ese interés general, restando como contrapartida con relación a los afectados un accionamiento por responsabilidad por acto legislativo’ (Sayagués, Tratado, tomo 1, págs. 593 y ss.)”.

Razones que determinan asimismo que no pueda entenderse vulnerado el derecho de propiedad (arts. 7 y 32 de la Constitución), ya que no puede sostenerse que una empresa prestadora de servicios (como la promotora) ejerza tal derecho mediante el desarrollo de su actividad. Al no encontrarse involucrado el derecho de propiedad, la invocación de expropiación sin previa y justa compensación carece de sustento.

V) La recurrente postula que la norma citada establece una limitación ilegítima de la libertad de expresión y de comunicación consagrada en el artículo 29 de la Constitución al limitar el público al que la empresa pueda acceder.

Sobre este punto la empresa invoca el límite a su libertad de expresión y de comunicación. No tiene legitimación en cuanto a sus abonados. Se trata de un caso en que el legislador ha realizado una opción dentro de sus competencias constitucionales para evitar e impedir el oligopolio o monopolio en cuanto a los medios de comunicación audiovisual.

En función de ello, el artículo cuestionado si bien limita la cantidad de clientes a un porcentaje determinado, en modo alguno puede entenderse que conculque el derecho de libre expresión o de comunicación tutelado por el art. 29 de la Constitución, en tanto no refiere específicamente a los contenidos o a las formas de comunicación, por lo que la inconstitucionalidad con el referido sustento no corresponde sea recibida.

VI) La accionante plantea la vulneración del principio de igualdad al entender que genera distinciones inadmisibles entre empresas competidoras, generando una distorsión en el mercado, colocando a Directv en una posición de desventaja frente a los demás prestadores de servicios, discriminación que a su entender carece de fundamento válido.

Con relación al principio de igualdad Risso Ferrand expresa: “La igualdad ante la Ley se materializa,... básicamente en dos aspectos: a) en la prohibición de fueros y Leyes especiales (excepto, claro está, las excepciones constitucionales) y b) en una igual protección por las Leyes. Esto es el principio general: todos los individuos deben recibir el mismo tratamiento y protección en el goce de los derechos. El principio general es la igualdad y toda diferenciación será de excepción y por ende de interpretación estricta, y requerirá una justificación apropiada, como en toda limitación de un derecho humano.

Sin perjuicio de lo anterior, es bien sabido que el principio de igualdad ante la Ley no impide, a veces, una legislación para grupos o categorías de personas especiales, sino que esta diferenciación puede ser limitada, por excepción, siempre que se cumpla con algunos requisitos específicos...

Basta con lo dicho para apreciar que toda diferencia a la noción de iguales pero separados es inadmisibles. Asimismo, lo que importa a los efectos de la igualdad no es que los miembros del grupo diferenciado reciban similar tratamiento, sino que lo relevante es que la Ley pueda superar el test que valide la diferenciación” (Revista de Derecho 2010, Universidad Católica, pág. 183).

Partiendo de tales consideraciones y atendiendo a lo preceptuado por la normativa impugnada esto es: que regula la cantidad de abonados que pueden tener las empresas de televisión satelital autorizadas en todo el territorio nacional, no implica que se trate de una Ley con “nombre y apellido” como lo alega la promotora a fs. 220 vto., ni que carezca de generalidad y abstracción. Por el contrario, si bien es cierto que actualmente resulta aplicable únicamente a Directv, nada impide que en el futuro alcance a otras empresas.

Específicamente en cuanto a la vulneración del referido principio tampoco se advierte que la Ley la discrimine y la coloque en una situación de desventaja, distorsionando el mercado, sino que, contrariamente a lo sostenido, la intención del legislador -como se puntualizara ut supra- fue garantizar la libertad de expresión, y tender a que cada persona pueda tener acceso a las distintas fuentes de información de modo equitativo, por lo que no puede alegarse una discriminación injustificada en lo que respecta a la regulación practicada por la norma.

Retomando lo expuesto por el art. 51 que tiene como finalidad impedir o limitar la existencia y formación de monopolios y oligopolios, no se advierte violación al principio de igualdad invocado, en la medida que la causa de distinción es razonable, el fin perseguido es legítimo y existe una adecuada relación de proporcionalidad entre este último y los medios utilizados (cfme. autor y ob. cit. págs. 183/185 vto.).

Cabe precisar en cuanto al principio de igualdad y de generalidad de las Leyes: en su formulación histórica el citado principio influyó respecto a la caracterización de la Ley como universal, general con exclusión de Leyes con fines particulares o “con nombre propio” y de duración indefinida o permanente. En el marco de una Ley como la impugnada, según lo que se señalara ut supra como afirmación general en la presente sentencia, esta Ley es universal, general y con permanencia. Por esa razón prevé hacia el futuro y sin considerar posición particular alguna, la situación de prestadores de televisión para abonados con alcance nacional.

VII) La accionante postula que en la medida que afecta a los “consumidores” no podría basarse en razones de interés general, aspecto en el que no le asiste razón.

En primer lugar la impugnante no tiene legitimación para invocar el interés de los consumidores.

En segundo lugar hay claras razones de interés general como se viera que a mi criterio dan sólido fundamento a lo dispuesto en la norma.

VIII) Las mismas consideraciones llevan a entender que tampoco se ha vulnerado el principio de la seguridad jurídica, pues una norma basada en razones de interés general, está habilitada sin infringir la Carta a variar las condiciones de contratos o concesiones otorgadas anteriormente.

Destaco que es improcedente a mi criterio invocar normas de categoría inferior a la Constitución para señalar que la misma no se ha cumplido o se ha vulnerado.

IX) Finalmente en cuanto a las diferencias con otros competidores y la consiguiente violación del principio de igualdad no advierto que asista razón a la impugnante, que se contradice consigo misma en el presente argumento.

Al tratar el agravio referido al principio de igualdad se señaló que la impugnante considera estar en situación única en el país, por tanto no puede resultar perjudicada por una norma que refiere a otras empresas prestadoras que no están en su misma situación jurídica, pues son prestadoras locales de servicios de televisión para abonados.

La impugnante por su situación particular –alcance nacional– tiene un tope del 25% mientras que sus supuestas competidoras son cables locales, que no están en la misma posición lo que justifica el tope del 35%.

No siendo idéntica la situación no se advierte de qué manera podría infringirse el principio de igualdad.

X) En cuanto al art. 60 que refiere a la Promoción de la producción nacional de televisión, la norma indica: “Los servicios de televisión abierta, los servicios de televisión para abonados en sus señales propias y las señales de televisión establecidas en Uruguay que sean difundidas o distribuidas por servicios para abonados con autorización o licencia para actuar en nuestro país deberán incluir en su programación, programas de producción nacional de acuerdo a los siguientes criterios:...”.

En coincidencia con lo expuesto por el Sr. Fiscal de Corte, la regulación del origen de la producción audiovisual que se emitirá, deviene consecuencia necesaria de la norma que impone tener una “señal propia” con finalidad de promover contenidos nacionales.

Se considera que la norma no impone contenidos, como expresión o difusión de un material concreto, sino que establece reglas de origen de la producción que, por su generalidad, en principio, en nada afectarían la libertad de expresión.

A lo que se suma que la disposición cuestionada desarrolla, por ejemplo los enunciados de los arts. 7 y 13 que tienen que ver con los principios y fines de la prestación de los servicios de comunicación audiovisual y el desarrollo de la industria de contenidos audiovisuales y aplicaciones, los que no fueron objeto de cuestionamiento alguno.

DR. JORGE LARRIEUX DISCORDE PARCIALMENTE: Por cuanto corresponde declarar inconstitucional y, por ende, inaplicable a la accionante, el literal Y del artículo 68.

En relación al literal Y del art. 68 de la Ley No. 19.307, corresponde sea declarado inconstitucional a consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 39, ya que la referida disposición, para su operatividad, remite a la norma contenida en el art. 39.

DR. JORGE CHEDIAK DISCORDE PARCIALMENTE: puesto que considero que también deben ser declarados inconstitucionales y, por ende, inaplicables al accionante lo establecido en los artículos 32 incisos 4 a 8; 33; 40; 56 incisos 1 y 2; 60; 68 literales Q) e Y); 116; 117; 142; 178; 179; 180; 181 y 182 de la Ley No. 19.307, por los fundamentos que se dirán.

I) En lo que refiere al artículo 56, dicha norma fue impugnada por la accionante, basada principalmente en que fue creada con la única finalidad de beneficiar a ANTEL, que es violatoria de los principios de libertad de empresa y seguridad jurídica (arts. 7 y 36 de la Constitución). Se viola además el art. 85 de la carta, así como los artículos 8, 10 y 72.

Coincido con el Fiscal de Corte (fs. 275 y ss.) en cuanto a que el artículo no es violatorio del art. 85 de la Carta Magna, puesto que para ello debía concederse un monopolio, cosa que la Ley no hace, por lo tanto la exigencia de mayoría especial sólo puede ser requerida ante la presencia de un texto que en forma incuestionable establezca un monopolio. No obstante, comparto que dicha norma es violatoria del artículo 36 de la Constitución.

En efecto, respecto a la prohibición establecida en el inciso primero, no se aprecia de qué manera se estaría protegiendo el interés general. En este punto coincido con el Dr. Correa Freitas, cuando en la consulta que luce fs. 41 señala que no se aprecia ninguna razón de interés general en dicha prohibición y que la misma mantiene en forma velada el monopolio en la transmisión de datos por parte de la empresa estatal ANTEL.

II) Respecto al artículo 117, coincido con la accionante respecto a su inconstitucionalidad. Considero que la presente disposición viola el principio de libertad de expresión (art. 29 de la Constitución) y también el de la libertad de empresa consagrado en el art. 39 de la Carta. El artículo obliga a incorporar en la grilla diversas señales sin tener en cuenta el interés del proveedor ni del consumidor por contar con ellas, lo cual infringe las disposiciones referidas.

III) En cuanto a la inconstitucionalidad del artículo 40, también considero que asiste razón a la parte accionante. En efecto, la norma implica una expropiación por parte del Estado en clara violación del artículo 32 de la Constitución. Como acertadamente señala el Fiscal de Corte “la normativa en estudio habilita que, de forma intempestiva, sin exigencia de límite temporal razonable y sin intervención de las empresas poseedoras de los derechos exclusivos de transmisión, el CCA aconseje y el Poder Ejecutivo así lo declare, aquellos programas que entienda de interés general. La entidad de dicha potestad -ilimitada y atemporal- cobra mayor relevancia si se atiende que la LSAC no fija pautas ni parámetros que la CCA debiera atender a fin de no lesionar los legítimos derechos patrimoniales de la empresa emisora” (fs. 269 y 269 vto.). Conforme a lo expuesto, entiendo que el artículo debe ser declarado inconstitucional.

IV) En lo que refiere a los literales A, B y D del artículo 60, entiendo que también deben ser declarados inconstitucionales.

Si bien es cierto que no toda intervención en materia de contenidos es contraria a la Constitución puesto que si así fuera no se podría legislar y prohibir contenidos que fueran perjudiciales, creo que dicha norma conspira contra la libertad de expresión y contra la libertad de empresa, en tanto regula en forma excesiva los contenidos que serán difundidos lo cual vulnera los artículos 29 y 36 de la Constitución.

V) En cuanto al artículo 116, considero que es inconstitucional, tal como lo sostiene la accionante.

Entiendo que dicha norma viola el principio de igualdad (art. 8 de la Constitución) atento a que se le impone una obligación de tener una señal propia de producción nacional sólo a los titulares de televisión satelital no ocurriendo lo mismo con los operadores de televisión por cable. No surge

razón que justifique debidamente los motivos por los cuales se impone dicha obligación solamente a los operadores de televisión por satélite, cuando lo acorde al principio de igualdad hubiera sido la misma exigencia para todos los operadores de televisión para abonados.

VI) Respecto al artículo 32, entiendo que el artículo en cuestión es parcialmente inconstitucional, tal como lo desarrollaremos infra.

Como ya se dijo en la sentencia, con excepción de lo que refiere al horario de protección al menor, y a los incisos 2, 3, 9, 10 y 11 del citado artículo, considero que la norma es inconstitucional atento a que es violatorio del artículo 29 de la Constitución. No tenemos el honor de compartir las consideraciones del Fiscal de Corte cuando en apoyo de la constitucionalidad de dicho artículo recurre al aforismo “plus dixit quam voluit” (fs. 255 vto.), éste se utiliza para referirse a una Ley que se expresa con excesiva extensión y abarca más situaciones de las que en realidad quiso. Si bien ello puede ser cierto, se comparte lo señalado por el Dr. Risso cuando en la consulta que se acompaña a la demanda expresa que “...la regulación por su amplitud y vaguedad constituye un peligro para la libertad de comunicación y potencialmente una fuente de abusos que puede generar autocensura por temor a sanciones. Las infracciones tienen que cumplir con el principio de legalidad con las características ya mencionadas: taxatividad, claridad, precisión, etc.” (fs. 94 y 95).

VII) Respecto del artículo 33, a diferencia de lo sostenido por el Fiscal de Corte entiendo que el artículo en forma íntegra debe ser declarado inconstitucional. Si bien la finalidad puede compartirse, lo cierto es que la norma viola el artículo 29 de la Carta Magna. Se comparte en ese sentido lo sostenido por el Dr. Risso cuando señala que si se pretende impulsar la austeridad, puede hacerse, pero ello no puede ser a costa de restringir la libertad de expresión que también incluye a los mensajes publicitarios (fs. 97 y 98).

VIII) En cuanto a lo dispuesto por el artículo 142 la norma establece publicidad electoral gratuita.

Coincido con la parte accionante respecto de la inconstitucionalidad impetrada. El artículo colide con lo dispuesto por los artículos 29 y 36 de la Constitución. Al imponerse como gratuita la publicidad electoral se viola la libertad de expresión y también la libertad de empresa.

No puede caber dudas en cuanto a que el fortalecimiento de la democracia involucra el interés general, no obstante la norma no es proporcional ni tampoco se advierte que dicha imposición contribuya con el fortalecimiento del sistema democrático. En ese sentido nuevamente, coincido con lo dicho por el Dr. Risso en la consulta presentada, cuando a fojas 99 señala que puede requerirse a los operadores la concesión de espacios gratuitos en tiempo de elecciones pero no para hacer propaganda sino para expresar al público sus propuestas, lo cual parece más importante para el sistema democrático que el mero hecho de escuchar slogans o cánticos electorales.

IX) Por último, entiendo que también asiste razón al accionante, respecto de inconstitucionalidad, de los artículos 68, 178 a 182.

La accionante expresaba que dichos artículos establecen un control exorbitante por parte del Estado lo que es incompatible con la libertad de expresión. Destacaban que el control del cumplimiento de la Ley queda en manos del Poder Ejecutivo, que las infracciones por su vaguedad incumplen el principio de reserva legal y que existen sanciones por incumplir con los contenidos que marca la Ley. Veremos cada uno de ellos por separado.

El texto del artículo 68 establece las competencias que se le asignan al Consejo de Comunicación Audiovisual, a mi juicio el texto no resulta inconstitucional, con excepción de los literales Q) e Y).

El literal Q debe ser declarado parcialmente inconstitucional atento a que remite a los artículos 32 y 33 sobre los cuales, como ya señalamos ut supra, deben declararse inconstitucionales, por lo que

dicha remisión queda comprendida en la inconstitucionalidad de referencia.

En el caso del literal Y, su inconstitucionalidad se apoya en los mismos fundamentos ya señalados para la inconstitucionalidad de los artículos 39 y 40.

X) Respecto a los artículos 178 a 182 considero que deben ser declarados inconstitucionales.

La Ley al realizar la calificación de las infracciones la norma violenta el principio de tipicidad que debe regir en el Derecho Administrativo sancionatorio, lo cual vulnera las garantías para el administrado.

Sobre el punto coincido con la accionante en cuanto a que, la redacción de las infracciones es vaga e imprecisa, violándose el principio de reserva legal, también existen sanciones por incumplir las normas que regulan contenidos lo cual es violatorio del art. 29 de la Carta.

DR. FELIPE HOUNIE DISCORDE PARCIALMENTE: Porque entiendo que corresponde desestimar la acción de declaración de constitucionalidad promovida respecto de los arts. 55 y 60 lit. C inc. 1 de la Ley 19.307.

1) En cuanto al art. 55:

Los representantes de la accionante sostuvieron el art. 55 “discrimina injustificadamente a Directv” en lo que sería un “ataque” de sus competidores y del Gobierno contra ella al limitar la cantidad de suscriptores de las empresas de televisión para abonados autorizadas en todo el territorio nacional.

Sostienen que esta norma afecta únicamente a Directv, por cuanto es la única empresa con licencia y operativa para prestar servicios de televisión para abonados en todo el territorio nacional. Y dicen que se trata de una norma con nombre y apellido, que congela la base de cálculo de su participación en el mercado y hace que ésta se calcule ya no sobre el total de hogares (como preveía el decreto 436/2012), sino sobre el total de hogares que cuentan con televisión para abonados, según el último censo del Instituto Nacional de Estadística.

Esta disposición afecta la libertad de expresión y comunicación (art. 29 de la Constitución); la libertad de empresa, industria y comercio (art. 36 de la Constitución); la seguridad jurídica (arts. 7 y 32 de la Carta); el derecho de propiedad (art. 32 de la Constitución) y el principio de igualdad (art. 8 de la Constitución). Y vulnera, además, la generalidad y abstracción que deben caracterizar a las Leyes.

No le asiste razón a la accionante.

El artículo impugnado en ningún momento hace alusión a los contenidos o a las formas de comunicación, que no son la materia que regula, sino que, únicamente, limita la cantidad de clientes a un porcentaje determinado, por lo que no puede afirmarse que afecta o cercena la libertad de expresión y de comunicación (art. 29 de la Constitución).

Y tampoco vulnera la libertad de empresa, industria y comercio, ni la seguridad jurídica.

Tal como se indicó en el considerando IV, numeral 2.1 de esta decisión, las disposiciones de esta extensa Ley deben ser analizadas, en cuanto a su regularidad constitucional, de manera integral, y así como en el caso del art. 56 recurrimos al art. 51, también corresponde hacerlo en el del art. 55, desde que es la norma que legisla sobre los monopolios y oligopolios, cuyo fin es, precisamente, respetar el interés general de toda sociedad a que se asegure el verdadero derecho a la información de las personas que, necesariamente, conlleva la pluralidad y diversidad en la titularidad y control de los servicios de comunicación audiovisual.

Véase que si lo que la Ley busca es asegurar el derecho a la información de las personas y fomentar

el pluralismo y la diversidad mediante la limitación a la formación de monopolios, resulta razonable que se limite la cantidad de suscriptores de cada prestador de servicios.

La limitación de la expansión de una empresa encargada de la comunicación audiovisual y el hecho de que, de este modo, se favorezca la prestación de servicios de otra resulta idóneo para cumplir con el fin previsto en el art. 51 de la Ley, que ingresa dentro del concepto de “interés general”, en virtud del cual pueden limitarse determinados derechos constitucionales.

Tampoco vulnera el derecho de propiedad (arts. 7 y 32 de la Constitución), ya que no puede decirse que una empresa prestadora de servicios (como la accionante) sea la propietaria de sus clientes.

Entonces, al no encontrarse involucrado el derecho de propiedad, la invocación de expropiación sin previa y justa compensación carece de fundamento.

Tampoco vulnera el principio de igualdad.

La accionante afirma que la Ley la discrimina y la pone en una situación de desventaja, distorsionando el mercado. Se trata —dice— de una Ley con “nombre y apellido” (fs. 220vto.), que carece de generalidad y abstracción, y que sólo es aplicable a ella.

No le asiste razón.

La norma en ningún momento se refiere en forma particular a Directv, sino que regula la cantidad de abonados que pueden tener las empresas de televisión satelital para abonados, autorizadas en todo el territorio nacional. El hecho de que, actualmente, Directv sea la única empresa que preste el servicio en dichas condiciones en nada cambia la situación. Se trata de una circunstancia de hecho, coyuntural, que, como tal, bien puede cambiar en el futuro.

Ni del art. 55 ni de ninguna de las demás disposiciones de la Ley surge que ésta se hubiera dictado en consideración a una empresa en particular. Véase que el hecho de que hoy la actora sea la única empresa que cumple con las características previstas no obsta a que el legislador pueda regular para una categoría indeterminada, categoría a la cual ingresarán todas las empresas que en el futuro se dediquen a la misma actividad, con las características en las que lo hace la actora.

2) En cuanto al art. 60 lit. C inc. 1:

Considero que esta norma no vulnera la libertad de expresión ni la de comunicación. Y no lo hace porque no impone qué debe decir el servicio de comunicación audiovisual; no le impone contenidos, como sí lo hacen los incisos segundo y tercero del literal C.

Así como el hecho de que un porcentaje de la programación deba ser de producción nacional no determina, por sí solo, la línea editorial o el contenido del programa de que se trate (art. 60 lits. A, B y D), tampoco acarrea tal consecuencia el hecho de que la programación nacional deba ser realizada, en un determinado porcentaje, por productores independientes. Hay una restricción de la libertad de empresa, pero no es inconstitucional.

Y ello porque la Constitución habilita la limitación del goce de la mayoría de los derechos por ella reconocidos, entre los cuales está la libertad y sus diversas manifestaciones, en la medida en que tal restricción sea establecida “conforme a las Leyes que se establecieron por razones de interés general” (artículo 7 de la Constitución).

Véase que lo que el legislador pretende en este inciso es promover y fomentar la industria audiovisual nacional de producción independiente, asegurándole ciertos porcentajes, lo que supone, a mi juicio, una razón de interés general que surge del propio contexto de la Ley y que torna constitucional la limitación a la libertad de empresa.

Jurisprudencia 2

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR JORGE OMAR CHEDIAK GONZALEZ. Montevideo, diecinueve de octubre de dos mil nueve

VISTOS:

“AA. DENUNCIA. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 3 Y 4 DE LA LEY NO. 15.848”, FICHA 97-397/2004.

RESULTANDO:

I) En el caso, AA formuló la denuncia que dio origen al presente presumario para que se investigaran las circunstancias en que se produjo la muerte de su hermana el 29 de junio de 1974 en una dependencia militar durante la pasada dictadura y se identificara a los eventuales responsables (fs. 6-7 vto.).

II) Por Auto No. 139/2005, el Sr. Juez Letrado en lo Penal interviniente solicitó que el Poder Ejecutivo se pronunciara acerca de si entendía que el hecho investigado estaba o no comprendido en el art. 1o. de la Ley No. 15.848 (fs. 9), a lo cual el Poder Ejecutivo respondió afirmativamente (fs. 12).

III) Luego de que se diligenciaron varios medios de prueba, la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno solicitó, por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1o., 3o. y 4o. de la Ley No. 15.848 del 22 de diciembre de 1986, conocida como Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, por entender que las referidas disposiciones transgreden varios preceptos de la Constitución de la República y de Tratados internacionales.

La representante del Ministerio Público sostuvo, en síntesis, que la inconstitucionalidad de las normas impugnadas radica en:

1) Según los arts. 4o. y 82 de la Carta, la soberanía reside en la Nación y se ejerce, directamente, por el Cuerpo Electoral. De ahí que, bajo ningún concepto, puede aceptarse que la “lógica de los hechos” (expresión utilizada en el art. 1o. de la Ley atacada) se invoque como una fuente de derecho y, mucho menos, que deba tolerarse una solución dada por el Parlamento frente a la indebida presión que ejercieron sobre él las Fuerzas Armadas.

2) No puede considerarse que la caducidad consagrada constituya una Ley de amnistía, puesto que, de ser así, se habría dicho expresamente, utilizando la terminología del art. 85 nal. 14 de la Constitución. Además, debe tenerse presente que no se derogó el art. 5o. de la Ley No. 15.737 y que los propios legisladores, en la discusión parlamentaria, manifestaron que no se trataba de una amnistía, sino de la caducidad de la potestad de castigar ciertos delitos.

3) La inconstitucionalidad de los arts. 3o. y 4o. de la Ley de caducidad se halla en que se le atribuyeron al Poder Ejecutivo funciones propias del Poder Judicial, en la medida en que la perseguibilidad de los delitos cometidos por funcionarios militares o policiales durante el régimen de facto se dejó al entero arbitrio de aquél. Con esta previsión, se violó lo dispuesto en el art. 233 de la Carta.

4) Las normas impugnadas consagraron una clara violación del principio de igualdad reconocido en el art. 8o. de nuestra Constitución, ya que establecieron un privilegio para militares y policías que no se instituyó para los civiles que colaboraron con aquéllos en la comisión de los delitos investigados. En virtud de dicho privilegio y como consecuencia de que el Estado renunció a ejercer el “ius puniendi”, un determinado grupo de personas quedó exento de la jurisdicción penal.

5) Asimismo, al sancionar la Ley No. 15.848, no se contemplaron los arts. 1.1, 8.1 y 25.1 y 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, se afectó ilegítimamente la situación de las víctimas y sus familiares, quienes se vieron privados de las garantías judiciales indispensables para que se castigara a los responsables de los delitos cometidos. Es sabido que no se admite invocar el derecho interno para no cumplir los tratados internacionales.

6) Los arts. 72 y 332 de la Carta también fueron violados. En efecto, al dictarse la Ley de caducidad, no se tuvo en consideración que la amplitud y la naturaleza de los derechos garantizados en nuestro sistema constitucional, así como la estructura del Estado uruguayo, proporcionan condiciones para la plena vigencia de los derechos humanos y para el acceso a la justicia, derechos que fueron conculcados por la dictadura militar (fs. 199-301).

IV) Se dio traslado al Poder Ejecutivo de la excepción de inconstitucionalidad, el cual lo evacuó allanándose a la solicitud de declaración formulada (fs. 328-328 vto.), pretensión a la cual también se allanó el Poder Legislativo (fs. 331-332).

V) Por su parte, el Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, al evacuar la vista otorgada, entendió que la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno carece de legitimación para promover el presente excepcionamiento por no tener un interés “personal” en dicho requerimiento, como consecuencia de lo cual correspondería desestimar la declaración de inconstitucionalidad promovida (fs. 336-342).

VI) Por Decreto No. 353 del 16 de marzo de 2009, la Corporación tuvo por evacuada la vista conferida y dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, citadas las partes (fs. 344).

VII) A fs. 357-362 se presentó la denunciante, AA, en carácter de tercera coadyuvante con la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno, y solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1o., 3o. y 4o. de la Ley No. 15.848.

La peticionante adujo, en lo medular, que las normas impugnadas violan el principio de separación de poderes (arts. 4o., 82 y 233 de la Constitución) y el principio de igualdad (art. 8o. de la Carta).

VIII) El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se allanaron a esta solicitud (fs. 380 y 383).

IX) A su vez, el Sr. Fiscal de Corte entendió que si bien no resulta adecuada la calidad de tercera coadyuvante invocada por la compareciente, ésta es titular del interés directo, personal y legítimo exigido por nuestra Constitución para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes, por lo cual cabría dar ingreso al excepcionamiento formulado (fs. 387-388 vto.).

X) Por Providencia No. 551 del 27 de abril de 2009, la Corte dio ingreso a la pretensión de declaración de inconstitucionalidad contenida en el escrito de fs. 357-362 y, de ella, confirió vista sobre el fondo al Sr. Fiscal de Corte (fs. 399).

XI) Este, evacuando la vista otorgada, sostuvo que procede hacer lugar a la inconstitucionalidad promovida, por vía de excepción, respecto a los arts. 1o., 3o. y 4o. de la Ley No. 15.848 (fs. 407-430 vto.).

XII) Por Auto No. 678 del 20 de mayo de 2009, se tuvo por evacuada la vista conferida y se dispuso que los autos volvieran a estudio de los Sres. Ministros de la Corporación (fs. 433).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia declarará inconstitucionales las normas impugnadas.

II) Algunas precisiones liminares. Con carácter previo al análisis de la fundabilidad del planteo

de inconstitucionalidad en examen, corresponde que la Corporación se pronuncie sobre aspectos adjetivos de ineludible dilucidación para poder ingresar al fondo del asunto.

Aun cuando algunas de estas cuestiones no fueron planteadas ni por la denunciante, ni por la Sra. Fiscal Penal de 2o. Turno ni por el Sr. Fiscal de Corte, su estudio se impone en el bien entendido de que constituyen verdaderos presupuestos de la declaración de inconstitucionalidad pretendida.

En esta línea de razonamiento, se tratará la legitimación activa de las promotoras, la posibilidad de promover la declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción en la etapa del presumario, la hipotética aplicación definitiva de las normas atacadas y el alcance de la sentencia a recaer sobre el mérito de la litis.

II.1) La legitimación activa de las promotoras.

II.1.1) La legitimación de la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno.

Ante la controversia planteada por el Sr. Fiscal de Corte, corresponde determinar si la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno posee legitimación para plantear la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas en autos.

Según el Sr. Fiscal de Corte, la mencionada Magistrada carece de legitimación activa, puesto que no ostenta el interés personal que exige la Constitución para promover la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes, interés personal entendido como un interés propio, esto es, distinto al interés ajeno, genérico o popular.

Sostuvo, además, que los requisitos consagrados en el art. 258 de la Carta coliden o se contraponen claramente con los objetivos y las funciones específicas del Ministerio Público y Fiscal, establecidos en los arts. 1o. y 3o. de su correspondiente Ley Orgánica, No. 15.365.

El art. 12 de dicha Ley —continúa el Sr. Fiscal de Corte—, que establece la competencia de los Fiscales Letrados en lo Penal, no les otorga legitimación para promover la inconstitucionalidad de las Leyes.

El Fiscal Penal vela por los intereses “generales” de la sociedad, que se traducen en la defensa del bien jurídico tutelado por la norma de que se trate, por lo que su competencia resulta muy lejana al concepto de interés personal al que aluden el art. 258 de la Constitución y el art. 509 nal. 1 C.G.P. (fs. 336-342).

La Corporación no comparte los fundamentos expuestos por el Sr. Fiscal de Corte para rebatir la legitimación activa de la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno respecto de la cuestión de inconstitucionalidad debatida.

En primer lugar, es menester poner de relieve que la argumentación realizada en la Sentencia No. 71/2004 de la Corte —citada por el Sr. Fiscal de Corte como fundamento de su posición contraria a la legitimación activa de la Fiscal Letrada en lo Penal actuante— no resulta de aplicación al caso en examen, en la medida en que abordó un planteo de inconstitucionalidad notoriamente distinto al formulado en el caso sub judice.

En efecto, en dicha oportunidad, la Corte se pronunció sobre la legitimación de un Fiscal Letrado Nacional en lo Civil para promover, por vía de acción, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley No. 17.514, comúnmente conocida como Ley de violencia doméstica, juicio que reiteró en la Sentencia No. 261/2004.

En aquella ocasión, se sostuvo, en síntesis, lo siguiente:

“Como el propio compareciente lo plantea, no interviene en los procesos “pendientes, lo que implica que es otro representante “del Ministerio Público el que ejerce respecto de “aquellos, el contralor y vigilancia debidos.

“Debe tenerse en “cuenta asimismo que el accionante basa su legitimación “en el art. 3 de la Ley No. 15.365, la cual establece que “el Ministerio Público tiene como objetivo la protección “y defensa de los intereses generales de la sociedad; “así como en el art. 10 del citado cuerpo normativo en “cuanto comete al Fiscal Civil la representación y “defensa de la causa pública y la vigilancia por la “pronta y recta administración de justicia”.

“De lo cual se “concluye que invoca la defensa de los intereses “generales de la sociedad, hipótesis que no se adecua a “las exigencias de los arts. 258, 259 de la Constitución “nacional y 509 del C.G.P. en cuanto se establece que el “titular de la solicitud de la declaración de “inconstitucionalidad y la inaplicabilidad de las “disposiciones afectadas por aquélla será quien ‘se “considere lesionado en su interés directo, personal y “legítimo”’.

“Por lo tanto el “interés alegado además de no detentar la característica “de personal, es abstracto —para el supuesto de que de “la aplicación de la norma pueda resultar lesión de un “derecho— y no es actual, dado que no ocurre en el “momento en que se plantea esta acción. Importaría por “tanto un juicio genérico o abstracto, no aplicable, “como lo requiere la Carta y la Ley a un caso concreto, “el cual resultaría vulneratorio del principio de “separación de poderes, ínsito —pero de manera clara— en “la ‘Carta Fundamental’”.

“Conforme las consideraciones vertidas, la declaración pretendida en la “especie excede los límites competenciales de la “Corporación, en tanto y en cuanto, como bien se puede “apreciar, aquélla se evadiría del acotamiento previsto “en la Constitución: no se referiría ‘exclusivamente al “caso concreto...’ (Constitución, art. 259)”.

“Declaración que no “puede hacerse, so pena de incurrirse en un exceso de “poder, invadiendo la competencia que es propia de los “otros poderes, lo cual no puede admitirse (v. Sent. No. “335/97)”.

“Por otra parte, la “Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal, sustento “normativo de la legitimación del accionante, no “habilita a sus integrantes a ejercer el permanente “contralor de los actos emanados del Poder Legislativo, “sin observancia de las previsiones legales que “determinan los extremos formales y temporales de su “intervención, cuando la misma está contemplada con “carácter ‘de necesaria’” (Sent. No. 71/2004).

En la referida Sentencia No. 261/2004, además de los fundamentos transcriptos, la Corporación señaló:

“Como argumento coadyuvante corresponde indicar que es jurídicamente viable “que no todos los titulares del Ministerio Público “entiendan que las normas atacadas en el sub-lite por el “Fiscal Nacional en lo Civil de Tercer Turno afecten el “orden público constitucional y que, por el contrario, “consideren, en los asuntos que son llamados a conocer, “que dicha normativa sería aplicable en las cuestiones “referidas a la violencia doméstica”.

“Este planteo tiene “una contradicción de base dado que un titular de la “causa pública entendería que las normas cuestionadas en “autos vulneran disposiciones constitucionales en tanto, “otro Fiscal homólogo entendería aplicable a un caso “similar la normativa legal en cuestión. En el primer “caso se interpondría pretensión de inconstitucionalidad “en tanto que en el segundo no, actitudes procesales “diferentes, contradictorias entre sí, que suponen un “enfoque diverso entre los titulares de la causa pública “que incide significativamente en las decisiones a “adoptar en uno y otro caso”.

Como surge, diáfana-mente, de confrontar las sentencias reseñadas en forma sintética y el escrito de solicitud de declaración de inconstitucionalidad planteada por vía de excepción por la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno, no pueden extenderse al presente caso el razonamiento y las conclusiones a que arribó la Corporación en aquellas oportunidades.

Justamente, una cosa es que un representante del Ministerio Público pida la declaración de inconstitucionalidad de una Ley por vía de acción, invocando el interés general de la sociedad y la protección de la causa pública, y otra muy distinta es que el Fiscal al que le correspondió intervenir en un caso concreto plantee la inconstitucionalidad de una norma llamada a regir la relación jurídica procesal trabada en el proceso.

Se desprende de tales consideraciones que las notas de directo y personal que exigen del interés invocado el art. 258 de la Constitución y el art. 509 nal. 1 C.G.P. se cumplen en la especie, debido a que, por un lado, la Fiscal que solicitó la declaración de inconstitucionalidad es la competente para intervenir en la indagatoria penal de autos y, por otro, el acogimiento de dicha pretensión resulta indispensable para que se continúe con el procedimiento correspondiente. Además, habida cuenta de que el titular de la acción penal es el Ministerio Público (art. 22 de la Carta; arts. 10 y 68 C.P.P.; y art. 12 nal. 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal, Decreto-Ley No. 15.365), parece claro que el interés de la Sra. Fiscal consiste en ejercitar dicha acción si se verifican los requisitos normativos exigidos a tal efecto.

El art. 12 nal. 1 del Decreto-Ley No. 15.365 establece que le corresponde al Ministerio Público en lo Penal ejercer la titularidad exclusiva de la acción penal pública que deriva del delito, e intervenir, como parte, en la instrucción y sustanciación de las causas de este orden, luego del enjuiciamiento y hasta su conclusión.

Para la observancia de dicho poder-deber, la Sra. Fiscal interviniente está investida del interés directo, personal y legítimo que le habilita para promover la declaración de inconstitucionalidad de las normas que obturan la posibilidad de deducir la pretensión punitiva del Estado, a fin de satisfacer el deber funcional de cumplir las obligaciones inherentes a su cargo (art. 33 nal. 3 del Decreto-Ley No. 15.365).

En suma, la declaración de inconstitucionalidad se solicitó para este caso concreto y en función del interés directo, personal y legítimo de la Sra. Fiscal Letrada en lo Penal actuante en esta causa penal, razones por las cuales es dable sostener que la promotora tiene, efectivamente, legitimación para ello.

II.1.2) La legitimación de la denunciante.

En este aspecto, cabe concordar con el Sr. Fiscal de Corte en que si bien resulta altamente opinable la viabilidad procesal de la comparecencia de la denunciante en calidad de tercera coadyuvante con la posición de la Sra. Fiscal Penal de 2o. Turno, también es cierto que aquella es titular del interés directo, personal y legítimo que exige nuestra Constitución para la promoción de la declaración de inconstitucionalidad (fs. 387-388 vto.).

En efecto, aunque parezca ocioso aclararlo, es natural y acorde con las reglas de la experiencia que un familiar tan directo tenga un particular y legítimo interés por saber las causas de la muerte de su hermana y, eventualmente, que se determine quién o quiénes fueron los responsables del hecho.

Por tales motivos, se entiende que la denunciante, AA, tiene legitimación para plantear la inconstitucionalidad de las normas atacadas.

II.2) La declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción en la etapa del presumario.

La Corte ha entendido que la inconstitucionalidad de una norma no puede discutirse en la etapa del presumario, debido a que, evidentemente, aún no se ha formulado juicio alguno acerca de la probable participación del indagado en los hechos con apariencia delictiva denunciados.

Así, pues, la Corporación señaló: “En función de ello, y teniendo en cuenta “que el enjuiciamiento penal resulta una eventualidad, “las disposiciones cuya declaración de inaplicabilidad “se peticiona no resultan de ineludible aplicación al “caso de autos, lo que conlleva a su declaración de “inadmisibilidad, en tanto el planteamiento se hace “valer para la eventualidad de que se entienda aplicable “al caso la norma legal impugnada” (cf. Sentencias Nos. 842/2006, 1085/2006 y 2856/2007, entre otras).

A diferencia de lo resuelto por la Corte en dichas ocasiones, la aplicación de la norma impugnada es absolutamente cierta, puesto que buena parte de la operativa de la Ley ya se cumplió con el pronunciamiento del Poder Ejecutivo que luce a fs. 12, lo cual habilita a la Corporación a pronunciarse sobre la fundabilidad de la pretensión de declaración de inconstitucionalidad.

II.3) La no aplicación definitiva e irrevocable de las normas impugnadas de inconstitucionalidad.

En múltiples ocasiones, la Corte ha sostenido que, en la medida en que la pretensión de inconstitucionalidad tiene por objeto evitar la aplicación de la Ley a un caso concreto, la declaración correspondiente no resulta jurídicamente posible si la Ley impugnada ha sido definitiva e irrevocablemente aplicada (entre muchas otras, Sentencias Nos. 103/1985, 410/1986, 13/1989, 30/1993, 3/1994, 48/1995, 930/1996, 390/1997, 50/1999, 78/2000, 1139/2003, 629/2004, 71/2005, 359/2006, 3301/2008 y 27/2009).

En el presente caso, el Poder Ejecutivo entendió que el hecho investigado estaba comprendido en el art. 1o. de la Ley No. 15.848 (fs. 12), por lo que, en principio, podría pensarse que las normas impugnadas fueron totalmente aplicadas, no procediendo, por ende, analizar su apego a la Carta Fundamental.

Sin embargo, la Corporación considera que tal aplicación definitiva no ha ocurrido en la especie, puesto que, por tratarse de un proceso judicial en trámite, debió existir una decisión jurisdiccional firme que clausurara los procedimientos respecto a las personas beneficiadas por la norma. Es así que, al pronunciamiento del Poder Ejecutivo, debió seguir una resolución del Juez competente por la cual se clausuraran los procedimientos respecto de los funcionarios militares y policiales que hubieren participado en el hecho investigado. No existía otra posibilidad de clausurar el presumario, desde que, al socaire de lo preceptuado en el art. 112 del Código del Proceso Penal, la única forma de disponer el archivo de las actuaciones es mediante providencia judicial.

En este mismo sentido y refiriéndose a la providencia por la cual el Juez ordena la clausura del proceso una vez que el Poder Ejecutivo se pronuncia acerca de que los hechos indagados se enmarcan en los supuestos de la Ley de caducidad, la Corporación señaló:

“... Se ha expresado “pues en el Acuerdo que la referida providencia “constituye una decisión cuyo contenido indica la “verificación de la caducidad de la pretensión punitiva “del Estado con relación a los hechos puestos de “manifiesto en el subexamine; esto es, la clausura de “las actuaciones por aplicación del art. 1o. de la Ley No. “15.848”.

“VI) La providencia “regula, atento a lo expresado por el Poder Ejecutivo en “cuanto a la inclusión de los hechos denunciados en el “art. 1 de la Ley No. 15.848, la clausura de las “actuaciones, configurando un pronunciamiento sobre la “aplicabilidad de la norma referida, esto es, una “decisión cuyo contenido es afirmación de que se ha “verificado la caducidad de la pretensión punitiva del “Estado con relación a dichos hechos”.

“No se trata de una “mera clausura en el sentido previsto por el art. 24 del “C.P.P. (por falta de un

presupuesto de la acción) o de “la providencia que dispone el archivo de las “actuaciones por falta de mérito para procesar (art. 112 “ejusdem), puesto que en dichos casos no necesariamente “se extingue la acción penal, la que puede ejercitarse “posteriormente si se remueve el obstáculo legal o “surgen nuevas pruebas que den mérito al “enjuiciamiento”.

“Lo típico de la “clausura de las actuaciones en aplicación del art. 1 de “la Ley No. 15.848, en cambio, es que, al implicar que ha “operado la caducidad de la pretensión punitiva del “Estado, resulta extintiva de la acción penal, que no “podrá posteriormente ejercerse, por imperio del “legislador, actuando en función ontológicamente “jurisdiccional”.

“Por ende, la providencia que dispuso la clausura es, desde la óptica “procesal penal, una sentencia interlocutoria con fuerza “de definitiva en cuanto pone fin a la acción penal o “hace imposible su continuación (art. 269 C.P.P.). Y, “actualmente, al no haber sido objeto de los recursos “previstos en los arts. 250 a 252 C.P.P., se encuentra “firme, por lo que la caducidad de la pretensión “punitiva relativa a los hechos denunciados tiene fuerza “de cosa juzgada y no puede ser revisada ni en éste ni “en otro (eventual) proceso...” (Sentencia No. 332/2004).

En estos términos y en cuanto no existió decisión judicial firme que cerrara las actuaciones respecto de las personas indicadas por el Poder Ejecutivo, la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado no fue total e irrevocablemente aplicada al caso de autos.

En efecto, el Sr. Juez de la causa, a continuación del pronunciamiento del Poder Ejecutivo y sin hacer ninguna referencia a él, de mandato verbal, convocó a testigos y dispuso el libramiento de un oficio, omitiendo expedirse sobre la clausura del trámite (fs. 12 vto.). Asimismo, por Auto No. 1045/2005, citó para que prestara declaración a quien era el Jefe de la Unidad en la cual falleció la Sra. BB (fs. 58), convocatoria que reiteró por Providencia No. 1227/2005 (fs. 76). Y, si bien el Magistrado actuante, ante otra petición de prueba formulada por la Sra. Fiscal de la causa, dispuso, por resolución fundada, el archivo de las actuaciones sin perjuicio (Sentencia Interlocutoria No. 1041/2006, fs. 116-120), posteriormente revocó su decisión y dispuso continuar con las investigaciones, frente a la impugnación deducida por la representante del Ministerio Público (Sentencia Interlocutoria No. 77/2007, fs. 129-130).

II.4) El alcance de la decisión a recaer sobre el fondo del asunto.

En virtud de que la declaración de inconstitucionalidad debe estar referida a un caso concreto, surtiendo efecto la sentencia que acoja la pretensión sólo para el procedimiento en que se haya pronunciado (arts. 259 de la Constitución y 520 C.G.P.), resulta necesario precisar cuál es el alcance del fallo a recaer sobre el mérito de la litis (art. 521 inc. 1 CGP).

En este sentido, puede apreciarse que ni la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno ni la denunciante expresaron, concretamente, respecto de qué sujetos pretendían la inaplicación de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado. Para comprobar esto, alcanza con leer los respectivos capítulos de petitorios a fs. 301 y 362.

El Sr. Fiscal de Corte, al evacuar la vista que la Corporación le confirió para que indicara con quién debería sustanciarse la excepción de inconstitucionalidad (Auto No. 3062/2008, fs. 304), sostuvo que los militares aludidos en la indagatoria penal no podían ser considerados parte en este proceso, por lo que tampoco podían ser destinatarios del traslado del excepcionamiento deducido (fs. 307).

Conferida vista a la Sra. Fiscal Penal de lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Corte (Auto No. 3259/2008, fs. 310), lo evacuó manifestando, textualmente: “...a mi juicio no es “aplicable por analogía una disposición prevista para un “proceso de partes, puesto que en este procedimiento no “existen todavía indagados individualizados con los que “pueda sustanciarse la excepción...” (fs. 318).

No obstante ello, y no siguiendo el criterio adoptado en los autos “XX. Homicidio. Inconstitucionalidad de oficio Ley No. 15.848, arts. 1o. y 3o.”, Fa. 36/87 —resuelto por Sentencia No. 232/1988—, y “ZZ. Denuncia. Inconstitucionalidad”, Fa. 7/87 —decidido por Sentencia No. 224/1988— (expedientes que se tuvieron a la vista y en los cuales sólo se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte), si bien la norma adjetiva que regía en ese entonces consagraba idéntico tracto procesal que la actualmente vigente (arts. 11 y 15 de la Ley No. 13.747 y arts. 516 y 518 C.G.P.), la Corporación entendió, en el sub judice, que correspondía sustanciar la excepción, al menos, con el Poder Ejecutivo (como indicó el Sr. Fiscal de Corte a fs. 307 vto.) y con el Poder Legislativo.

No puede dudarse, pues, que el fallo a que se arriba únicamente surte efectos para el caso sub examine, es decir, el pronunciamiento sólo se aplica al proceso seguido por la desaparición y muerte de la Sra. BB.

III) La decisión sobre el fondo del asunto.

III.1) Sobre la alegada derogación tácita de la Ley impugnada por la Ley No. 18.026.

Según el Sr. Fiscal de Corte, los arts. 1o., 3o. y 4o. de la Ley No. 15.848 habrían sido parcial y tácitamente derogados por la Ley No. 18.026, que sancionó normas relativas a los crímenes y delitos internacionales, como el de desaparición forzada, entre otros.

La Corte no comparte esta opinión.

El art. 8o. de la Ley No. 18.026, publicada en el Diario Oficial el 4 de octubre de 2006 (Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad), dispone:

“(Improcedencia de “amnistías y similares). Los crímenes y penas “tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de la “presente Ley, no podrán declararse extinguidos por “indulto, amnistía, gracia, ni por ningún otro instituto “de clemencia soberana o similar, que en los hechos “impida el juzgamiento de los sospechosos o el efectivo “cumplimiento de la pena por los condenados”.

A juicio de la Corporación, no podría considerarse derogada tácitamente la Ley de caducidad por la Ley No. 18.026, puesto que esta prohibición de otorgar amnistías para los crímenes descriptos en ella opera hacia el futuro, lo cual queda de manifiesto por el tiempo verbal utilizado: “no podrán”.

Y aún en la hipótesis de que se entienda que la prohibición de conceder amnistías para casos como el ventilado en autos rige, incluso, hacia el pasado, la tesis de la derogación tácita no puede prosperar. Ello, en la medida en que, como claramente establece el art. 8o. citado, la prohibición de amnistiar rige con relación a los delitos tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de dicha Ley. Esos delitos son el genocidio; la instigación al genocidio; los crímenes de lesa humanidad previstos en el art. 7o. del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado por la Ley No. 17.510); el homicidio político; la desaparición forzada de personas; la tortura; la privación grave de libertad; la agresión sexual contra la persona privada de libertad; la asociación para cometer crímenes de guerra, genocidio o crímenes de lesa humanidad; y los crímenes de guerra; y ninguno de estos ilícitos fue atribuido (“prima facie” y en una calificación provisional propia de esta etapa procesal) a los indagados.

Merece ser puesto de relieve que esta interpretación que realiza la Corporación se adopta al sólo efecto de resolver el presente caso, pero que, como no puede ser de otra manera, la opinión que se forme cada Magistrado que esté llamado a aplicar estas normas acerca de su eficacia temporal permanece, enteramente, en el ámbito de su plena independencia técnica.

III.2) En cuanto a la violación de los arts. 4o. y 82 de la Carta y con relación a que la Ley de caducidad no consagró una amnistía, los agravios son de recibo.

Las impugnantes pusieron énfasis en que la soberanía radica en la Nación y se ejerce, directamente, por el Cuerpo Electoral. En virtud de ello, señalaron que no puede aceptarse que la “lógica de los hechos” se invoque como una fuente de derecho y, mucho menos, debe tolerarse una solución dada por el Poder Legislativo frente a la ilegítima presión que ejercieron sobre él las Fuerzas Armadas.

Se comparte, en general, los argumentos expuestos por los Sres. Ministros de la Corporación Dres. Jacinta Balbela y Nelson García Otero en sus discordias emitidas en las Sentencias de la Corte Nos. 184, 224, 226 y 232/1988, en las cuales se pronunciaron a favor de la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

Así, pues, el art. 1o. de la Ley No. 15.848, cuando reconoce que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados en un acuerdo político —no institucional—, “ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado” respecto de delitos cometidos desde el período de facto hasta el 1o. de marzo de 1985, se aparta claramente de nuestro ordenamiento institucional.

Ningún acuerdo político ni la lógica de los hechos subsiguientes cuenta con previsión constitucional que autorice a desconocer lo que establecen los arts. 4o. y 82 de la Constitución como principio fundamental de nuestra organización democrática.

Ningún acuerdo político ni su consecuencia lógica puede investir la representación original o delegada de la soberanía y, por lo tanto, resulta absolutamente inidóneo para emitir norma jurídica válida, vigente o aceptable.

Como enseña Jiménez de Aréchaga, la Asamblea General, en concurrencia con el Poder Ejecutivo, sigue siendo el único órgano de legislación, sin que la Nación retenga, en absoluto, una parte de ese poder. De esta forma, cuando el art. 1o. de la Ley No. 15.848 reconoce otra fuente de normativa jurídica, se aparta ostensiblemente de nuestra organización constitucional.

Si bien es cierto que la Asamblea General puede conceder indultos y acordar amnistías en casos extraordinarios (art. 85 nal. 14 de la Constitución), a juicio de la Corte, esta Ley no es ni una cosa ni la otra.

En efecto, de haberse querido otorgar una amnistía, se lo hubiera dicho expresamente, utilizando la terminología del art. 85 nal. 14 de la Carta.

Por otra parte, nadie niega que, mediante una Ley dictada con una mayoría especial y para casos extraordinarios, el Estado puede renunciar a penalizar hechos delictivos. Una decisión semejante extingue el delito cometido, clausura los procesos penales en el estado en que se encuentren y, de haber condena, extingue la pena.

Sin embargo, la Ley es inconstitucional porque, en el caso, el Poder Legislativo excedió el marco constitucional para acordar amnistías.

En efecto, como nítidamente señala la Dra. Alicia Castro —en un reciente trabajo que, desde la óptica de la argumentación judicial, constituye un importante aporte para el abordaje del tema sometido a decisión de la Corporación y que ésta comparte—, “... En el texto constitucional la “amnistía aparece en el art. 85 sobre competencia de la “Asamblea General, cuyo nal. 14 le atribuye ‘acordar “amnistías en casos extraordinarios, por mayoría “absoluta de votos del total de componentes de cada “Cámara’, aunque esa disposición no debe ser tomada “aisladamente sino interpretada en el contexto “constitucional en que se inserta (argumento “sistemático). En efecto, una amnistía debe ajustarse a “exigencias formales y sustanciales, sin incurrir en “vicios de carácter formal o

sustancial, esto es, debe “ajustarse a los límites constitucionales de la “competencia conferida al Poder Legislativo” (Castro, Alicia, “La Ley No. 15.848 (de caducidad y la Constitución (I). Una sentencia que no pudo clausurar el debate”, en Revista de Derecho Público, No. 35, junio de 2009, p. 137).

En tales coordenadas, median razones de carácter formal que no deben ser soslayadas, ya que constituyen vicios de procedimiento que afectan la validez de la Ley.

Así, pues, de acuerdo con la normativa constitucional uruguaya, cuando un proyecto de Ley es rechazado, no puede reproponerse hasta el siguiente período de la Legislatura (art. 142 de la Carta). En esa legislatura, se había rechazado ya la propuesta de amnistía para esos delitos al excluirlos expresamente de la Ley No. 15.737, que dispuso la amnistía para quienes estaban presos, condenados o procesados. Hacía menos de tres meses (28/9/86) que el Senado —que es donde se inicia la consideración del nuevo proyecto de Ley— había rechazado un proyecto de Ley de amnistía para militares y policías remitido al Poder Ejecutivo; por lo que no podía volver a proponer otro proyecto con el mismo contenido.

El texto constitucional requiere la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, y, revisado el cómputo de votos, el art. 1o., que se reinterpreta como amnistía, obtuvo esa mayoría en la Cámara de Senadores, pero no la alcanzó en la Cámara de Representantes, que tiene 99 miembros y donde fue aprobado por 49 votos (de 78 diputados que se encontraban en Sala), siendo que la mayoría absoluta (mitad más uno) requiere 50 votos.

De modo que la reinterpretación de la Ley No. 15.848 como amnistía encontraría serias dificultades, porque si fuera amnistía, la Ley sería inconstitucional por vicios de forma: no podía presentarse otro proyecto con ese contenido en el mismo período de la legislatura y los votos que reunió no alcanzaron la mayoría requerida por la Constitución. Por razones formales, entonces, una Ley de amnistía habría sido inconstitucional (cf. Castro, Alicia, ob. cit., ps. 137 y 138).

Desde otra óptica, si se entiende que la Ley impugnada, en lugar de otorgar una amnistía, declara la caducidad de las acciones penales respectivas, también es inconstitucional. En efecto, declarar la caducidad de las acciones penales, en cualquier supuesto, excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una función constitucionalmente asignada a los jueces, por lo que, por los motivos que fueren, el legislador no podía atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos.

Igual crítica merece la idea según la cual la Ley no declaró, sino que dispuso la caducidad aludida. En este sentido, es cierto que el Poder Legislativo podría fijar un término de caducidad para el ejercicio de ciertas acciones penales, pero eso no es lo que hizo. Considerando la naturaleza y el fundamento del instituto, no es racional disponer la caducidad de una acción —que no estaba sujeta a término desde antes— sin fijar un plazo razonable para que el titular la ejercite, bajo apercibimiento de su extinción. Menos aún si no se verifica el supuesto de inactividad, sino que, por el contrario, se quiere clausurar casos cuya investigación está en curso.

III.3) De los efectos del referéndum contra la Ley de caducidad votado en el año 1989.

Cabe poner de manifiesto que no se puede desconocer que los artículos de la Ley No. 15.848 tachados de inconstitucionalidad fueron ratificados por el Cuerpo Electoral, al rechazarse el recurso de referéndum promovido contra dicha Ley en el año 1989, extremo a partir del cual se pueden formular varias consideraciones.

No obstante, la Corporación considera que la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la Ley en 1989 no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar.

En primer término, es opinable que dicha manifestación del Cuerpo Electoral haya saneado el vicio formal de la falta de mayoría especial para sancionar una amnistía (analizado en el Considerando anterior de este pronunciamiento), en la medida en que, naturalmente, el Soberano no fue convocado para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica ni sobre las mayorías con las que fue dictada la Ley, debiendo pronunciarse, solamente, por hacer lugar o no al recurso (art. 40 de la Ley No. 16.017, publicada en el Diario Oficial el 6 de abril de 1989).

Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las Leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada “ab origine” por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta.

Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella (Democracia y garantismo, p. 32).

El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría.

“De forma distinta ‘las cuestiones pertenecientes a la que he llamado ‘esfera de lo decidible’, los derechos fundamentales ‘están sustraídos a la esfera de la decisión política y ‘pertenecen a la que he llamado ‘esfera de lo no “decidible’ (qué sí y qué no). Esta es por tanto su “característica específica: tales derechos son “establecidos en las constituciones como límites y “vínculos a la mayoría justamente porque están siempre —“de los derechos de libertad a los derechos sociales— “contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la “forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se “quiere tutelar un derecho como fundamental se lo “sustraer a la política, es decir, a los poderes de la “mayoría,... como derecho inviolable, indisponible, e “inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por “unanimidad, puede decidir su abolición o reducción” (ob. cit., p. 55).

La “esfera de lo no decidible” es una expresión de un contenido significativo similar a la del “coto vedado” de Garzón Valdés, o a la del “territorio inviolable” de Norberto Bobbio.

Superando el rol que le asignaba el viejo paradigma paleoliberal, la jurisdicción se configura como un límite de la democracia política. En la democracia constitucional o sustancial, esa esfera de lo no decidible —que implica determinar qué cosa es lícito decidir o no decidir— no es sino lo que en las Constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la decisión de la mayoría. Y el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la Ley.

De lo antedicho, Ferrajoli deriva dos consecuencias. La primera (ligada al nuevo y doble papel de garantía de los derechos fundamentales de todos y, a la vez, de la legalidad de los poderes públicos asignado a la jurisdicción), es, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, un reforzamiento del fundamento de la división de Poderes y de la independencia de los magistrados.

La segunda consecuencia —ligada al aumento del peso de la jurisdicción en el sistema de los poderes públicos— es un fortalecimiento del garantismo como fuente de legitimación y condición de credibilidad del poder de los jueces (ob. cit., págs. 212 y 213).

Entonces, ninguna mayoría alcanzada en el Parlamento o la ratificación por el Cuerpo Electoral —ni aún si lograra la unanimidad— podría impedir que la Suprema Corte de Justicia declarara inconstitucional una Ley que consagre la pena de muerte en nuestro país, la cual está prohibida por disposición del art. 21 de la Carta.

De la misma manera, tampoco la mayoría legislativa ratificada por el Cuerpo Electoral puede desplazar hacia el Poder Ejecutivo el ejercicio de la función jurisdiccional que le compete exclusivamente al Poder Judicial, salvo disposición expresa de la Constitución que le atribuya, excepcionalmente, tal cometido a otro órgano estatal.

Y, a mayor abundamiento, si bien la separación de poderes surge, diáfananamente, de las competencias que la Constitución le asigna a los órganos estatales —como ya se indicó—, dicho principio es reafirmado por el art. 72 de la Carta, en el bien entendido de que la independencia del Poder Judicial y el ejercicio pleno de la función jurisdiccional por la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales y Juzgados (art. 233 de la Ley Fundamental) deriva esencial e insoslayablemente de la forma republicana de gobierno.

III.4) De los efectos del allanamiento del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo a la excepción de inconstitucionalidad.

En el presente proceso de declaración de inconstitucionalidad, las partes demandadas (o aquéllas a las que se confirió traslado de la pretensión de declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción) se allanaron expresamente al petitorio, por lo que, en puridad, no se formuló contradictorio en punto a la fundabilidad del planteo.

No obstante, dicha circunstancia no implica, por sí sola, el progreso de la pretensión movilizada. Ello, puesto que el análisis de aplicabilidad de una norma legal al caso concreto en función de su compatibilidad o conciliabilidad con las disposiciones y principios de la Carta está reservado, exclusivamente, al Poder Judicial, en la figura de su órgano jerarca. En tal sentido, el hecho de que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo no se opusieron a la excepción de inconstitucionalidad que constituye el objeto de esta litis no exime a la Corte del examen de la cuestión de constitucionalidad sometida a su decisión, en la medida en que el allanamiento referido carece de incidencia en la suerte de la pretensión.

III.5) Con relación a que las normas impugnadas conculcan la separación de poderes, el agravio es de recibo.

La Corporación entiende que el art. 3o. de la Ley No. 15.848 también es inconstitucional, al atribuirle al Poder Ejecutivo funciones que son propias del Poder Judicial, el cual, conforme al art. 233 de la Constitución, será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados en la forma que estableciere la Ley.

Cuando el art. 233 de la Carta (repetiendo el ordenamiento del art. 91 de la Constitución de 1830, del art. 115 de la de 1918, del art. 209 de la de 1934, del art. 206 de la de 1942 y del art. 233 de la de 1952) establece que el Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y demás órganos, está excluyendo expresamente al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo de aquellas funciones específicas que la organización democrático-representativa constitucional del país les confiere sólo a los Jueces del Poder Judicial.

Sin ignorar que el Poder Judicial desarrolla, también, actividad administrativa, del mismo modo en que los Poderes Legislativo y Ejecutivo cumplen función jurisdiccional, no hay duda acerca de que ciertos asuntos son propios de la actividad de los jueces, y que no pueden intervenir en ellos representantes de poderes esencialmente políticos, como el Ejecutivo o el Legislativo.

Con relación a este principio cardinal de todo Estado de Derecho, Jiménez de Aréchaga sostiene: “La separación de Poderes está “consagrada en cuanto coexisten distintos centros de “autoridad que reciben sus competencias de la “Constitución, la cual les marca un ámbito de “incumbencia que les es propio y que supone el ejercicio “predominante de cada una de las funciones jurídicas del “Estado por cada uno de ellos, dentro del cual, en “cuanto se conformen a las normas de grado superior (las “que les fijan sus competencias, formas de actuar y “fines a perseguir), sus decisiones no pueden ser “sometidas a contralor de oportunidad o conveniencia por “parte de órganos integrantes de otros centros de “autoridad” (La Constitución Nacional, Tomo II, p. 50).

Postulando la importancia de la vigencia del principio en estudio, Barbagelata expresa: “... sobre todo que no hay libertad “si el poder de juzgar no está separado del Legislativo “y del Ejecutivo. Si estuviera unido al Poder “Legislativo el poder sobre la vida y sobre la libertad “de los ciudadanos, sería arbitrario, porque el Juez se “convertiría en legislador”.

“Si estuviera unido “al Ejecutivo, el Juez tendría la fuerza de un opresor y “todo se encontraría irremediabilmente perdido si el “mismo hombre o el mismo cuerpo de príncipes, de nobles “o de pueblo ejerciera los tres Poderes: el de hacer las “Leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de “juzgar los crímenes o las diferencias entre los “particulares”.

“Esa independencia “del Poder Judicial frente a los otros poderes de “gobierno —fórmula irreproachable como garantía de las “libertades públicas y aun por principio de buena “técnica de organización—, es tanto más respetable “cuanto que ella resulta indispensable para el “cumplimiento de la tarea eminente que cada día se le “asigna con mayor frecuencia por los textos “constitucionales a los órganos supremos de justicia, y “por la cual este Poder o su órgano supremo aparecen “encargados de velar por la contención de los otros “Poderes en los límites de la legalidad constitucional” (citado por Justino Jiménez de Aréchaga en La Constitución Nacional, Tomo VIII, p. 8).

Como se dijo en la Sentencia No. 111/1959 de la Corporación:

“... El alcance y los “límites del dogma de la separación de poderes es el de “su propia justificación: la garantía de los derechos “individuales y la especialización funcional”.

“El poder étático “sólo puede actuar por medio de la voluntad de aquél o “aquéllos que asumen el poder; y éstos —señala “Montesquieu— (cit. por Aréchaga: El P. Legislativo. T. “1, pág. 3) tienden a abusar de él. Y el único medio “práctico y eficaz para mantener la ‘puissance’ dentro “de sus legítimas facultades es radicar las distintas “funciones que el ejercicio del poder público exige en “tantos centros (poderes) independientes como funciones; “de tal manera que, el centro de poder que hace la Ley “no sea el mismo que la hace ejecutar y que no sea éste “ni aquél quien declara su aplicabilidad al caso “concreto y sancione su transgresión. Además el “principio de la separación de poderes y competencias “específicas tiene también un fundamento técnico: “organizar el poder público de la manera más conveniente “para el ejercicio de cada función, la cual exige “técnicos y métodos particulares...”.

Refiriéndose a este principio y destacando sus virtudes, aún no finalizado el siglo XVIII, uno de los famosos autores de las “Cartas de Publio” —según algunos, Hamilton; y, según otros, Madison— decía: “Esta norma de acción que consiste en suplir, por medio de intereses rivales y opuestos, la ausencia de móviles más altos, se encuentra en todo el sistema de los asuntos humanos, tanto privados como públicos. La vemos especialmente cada vez que en un plano inferior se distribuye el

poder, donde el objetivo constante es dividir y organizar las diversas funciones de manera que cada una sirva de freno a la otra para que el interés particular de cada individuo sea un centinela de los derechos públicos. Estos inventos de la prudencia no son menos necesarios al distribuir los poderes supremos del Estado (El Federalista. El debate por la Unión, Hamilton, Madison y Jay, Introducción y Selección de Jorge Sáenz Carbonell, San José de Costa Rica, 1986, p. 130).

Y, modernamente, se ha dicho con respecto a este principio básico para evitar los posibles abusos del poder: “El principio de frenos y contrapesos provee mayor protección, otorgando a una rama autoridad en muchos casos para impedir el accionar descaminado o ilegal de otra” (David P. Currie, Introducción a la Constitución de los Estados Unidos, p. 13; cf. Ruben Correa Freitas, Derecho Constitucional Moderno, t. 2, p. 21).

Pues bien, el art. 3o. de la Ley No. 15.848 condiciona la actividad jurisdiccional a una decisión del Poder Ejecutivo, con eficacia absoluta, lo cual colide ostensiblemente con las facultades de los Jueces de establecer quiénes son o no son responsables de la comisión de delitos comunes, que, como se dijo, es función del Juez ordinario y de nadie más.

En la medida en que la potestad jurisdiccional queda limitada a una previa decisión del Poder Ejecutivo, se viola flagrantemente el art. 233 de la Constitución, que, armónicamente, en sus arts. 4o. y 82, dispone que la actividad propia del servicio judicial será desempeñada por la Suprema Corte de Justicia, Tribunales y Juzgados que establezca la Ley. La potestad soberana del Estado de aplicar penas se le confió al Poder Judicial, razón por la cual el Poder Ejecutivo tiene vedado, naturalmente, supeditar la actuación del Poder Judicial a una decisión suya sin expresar motivo alguno que la justifique.

Pues bien, esta función jurisdiccional —de neto rango constitucional— no puede ser otorgada a otra autoridad o Poder del Estado sin transgredir el principio de separación de poderes.

De esta manera, en la materia penal, sólo el Juez puede, en el ámbito de su jurisdicción y competencia, subsumir el caso concreto (hecho investigado) en la Ley aplicable. Si bien el representante del Ministerio Público también realiza una tarea de calificación, su pronunciamiento, en definitiva, no es vinculante, al menos en este aspecto. En nuestro actual sistema procesal penal, el tribunal es quien resuelve comenzar y avanzar en las investigaciones, ya sea de oficio o por la intervención de un tercero o del Ministerio Público. En tales coordenadas, sólo el representante de este último puede, en uso de sus atribuciones legales, no reclamar responsabilidades o requerir el sobreseimiento, con eficacia vinculante para el Oficio (art. 235 del Código del Proceso Penal).

En el supuesto sometido a juicio de la Corporación, se le otorgó a otro Poder del Estado una facultad que desplaza la originaria del Poder Judicial, a través de la cual se decide, con carácter vinculante, si el Juez de la causa puede o no continuar con las investigaciones en un expediente donde se ha comprobado la existencia de un hecho con apariencia delictiva. Por más que la opinión del Poder Ejecutivo sea calificada por la Ley como “informe”, resulta claro que tiene naturaleza jurídica de decisión y viene a sustituir la original competencia constitucional del Poder Judicial de confrontar el hecho indagado con su tipificación penal (adecuación típica), de tal suerte que el posterior pronunciamiento judicial de clausura no es sino una mera homologación que se transforma en una pura fórmula de cierre (cf. Consulta del Dr. Aníbal Cagnoni, citada por el Sr. Fiscal de Corte a fs. 419 vto.).

El mismo apartamiento a la Carta Fundamental se aprecia en los arts. 3o. y 4o. de la Ley impugnada, en la medida en que las facultades de investigación que el último le confía al Poder Ejecutivo lo son a los meros efectos informativos, cuando esta labor está expresamente atribuida al Juez de la causa.

III.6) Con respecto a que las normas impugnadas transgreden el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar, el agravio es de recibo.

Es verdad que nuestro sistema de garantías constitucionales reconoce el derecho de los habitantes del país a acceder a un proceso que les asegure la salvaguardia de sus derechos (entre otros, arts. 12, 72 y 332 de la Carta), derecho que también tuvo reconocimiento en tratados internacionales suscriptos por la República.

En este sentido, puede decirse que las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas.

En definitiva, las normas atacadas excluyeron de la órbita del Poder Judicial el juzgamiento de conductas con apariencia delictiva, lo cual transgredió el principio de separación de poderes y afectó muy seriamente las garantías que el ordenamiento constitucional puso en manos de aquél.

III.7) En cuanto a que las disposiciones impugnadas violan el principio de igualdad, el agravio no es de recibo.

La Corte ha señalado en múltiples ocasiones que el alcance del principio de igualdad no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente (cf. Sentencias Nos. 720/1996, 426/2003, 186/2007, 237/2007 y 722/2008, por citar sólo algunas).

En este aspecto, la Corporación entiende que, en la especie, no se aprecia vulneración alguna del principio de igualdad, punto en el que coincide con el Sr. Fiscal de Corte.

En primer lugar, es claro que se legisló para un grupo de personas bien determinado: los militares y policías que hubieren cometido los delitos descriptos en la citada Ley durante el gobierno de facto.

En segundo término, dicho principio no se encuentra afectado en la medida en que el tratamiento diferencial consagrado (independientemente de que se compartan o no las razones políticas que inspiraron al Poder Legislativo) no aparece como irracional o meramente discriminatorio, lo cual descarta la pretendida violación del derecho reconocido en el art. 8o. de la Constitución.

III.8) En relación con que las normas impugnadas conculcan lo dispuesto en tratados internacionales, el agravio resulta de recibo.

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón, "El 'Estado de Derecho' (Rechtsstaat)", en Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 604).

El citado autor sostiene: "En el Uruguay, los principios generales de derecho 'inherentes a la personalidad humana', tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las Leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario" (Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, 2a. edición, Montevideo, 1965, p. 15).

En la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en “América Latina hay una poderosa corriente cada vez más “generalizada que reconoce un bloque de derechos “integrado por los derechos asegurados explícitamente en “el texto constitucional, los derechos contenidos en los “instrumentos internacionales de derechos humanos y los “derechos implícitos, donde el operador jurídico debe “interpretar los derechos buscando preferir aquella “fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la “persona humana” (Risso Ferrand, Martín, Derecho Constitucional, Tomo 1, 2a. edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Risso Ferrand, ob. cit., págs. 114 y 115).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, “... al momento de dictarse la Ley —y, más “tarde, la sentencia— debían tenerse en cuenta los “derechos expresamente mencionados por el texto “constitucional más los que progresivamente se fueron “agregando por la ratificación de diversos tratados “internacionales de derechos humanos, tales como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el “16/12/66 y ratificado por Uruguay por Ley No. 13.751 del “11/7/69; la Convención Americana de Derechos Humanos “aprobada en el ámbito americano el 22/11/69, ratificada “por Ley No. 15.737 de 8/3/85 y la Convención contra la “Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o “Degradantes aprobada por la Asamblea General de “Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada por Ley No. “15.798 del 27/10/85. De ese modo, el ordenamiento “jurídico-constitucional uruguayo ha incorporado “derechos de las personas que constituyen límites “infranqueables para el ejercicio de las competencias “asignadas a los poderes instituidos, lo que “necesariamente debe controlar el juez constitucional” (Castro, Alicia, ob. cit., ps. 139 y 140).

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la Ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (ob. cit., p. 126).

En particular, la Comisión Interamericana, en su informe No. 29/92 del 2 de octubre de 1992, recordó haber observado al gobierno uruguayo por “violaciones gravísimas” de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, recomendando investigar y procesar a los responsables, y pone de relieve que, en ese contexto, la Ley No. 15.848 tuvo el efecto contrario, esto es, sirvió

para clausurar todos los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos, cerrando toda posibilidad jurídica de una investigación judicial destinada a comprobar los delitos denunciados e identificar a sus autores, cómplices o encubridores. En tal marco, como se sostuvo en el Considerando III.6) de este pronunciamiento, la Ley en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la Ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (cf. Castro, Alicia, ob. cit., p. 141).

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas Leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “Leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el Caso RR, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el Caso XX y otros; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el Caso YY).

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha dictado sentencias relevantes, como la que el 14 de junio de 2005 resolvió el Caso JJ (Caso KK), que constituye un auténtico “leading case”; y, más recientemente, la que el 4 de mayo de 2007 resolvió el Caso LL (Caso MM). Allí, sostuvo que las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida (Leyes Nos. 23.492 y 23.521) son inválidas e inconstitucionales. A su vez, se pronunció sobre la validez de la Ley No. 25.779, aprobada por el Congreso de la Nación en 2003, por la cual se había declarado la nulidad de estas Leyes.

La Corte Suprema expresó que dichas Leyes de amnistía —similares a la nuestra— no tienen en cuenta la jerarquía constitucional de los derechos humanos, conforme al art. 75 nal. 22 de la Constitución argentina a partir de la reforma constitucional de 1994, y el carácter de “jus cogens” que ostentan las normas internacionales, ya sean creadas por pactos o convenciones, ya sean de carácter consuetudinario.

A modo de síntesis, la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia

FALLA:

DECLARANSE INCONSTITUCIONALES E INAPLICABLES EN EL CASO CONCRETO LOS ARTS. 1o., 3o. Y 4o. DE LA LEY No. 15.848, SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.

COMUNIQUESE A LA ASAMBLEA GENERAL.

Y DEVUELVA.

DR. DANIEL GUTIERREZ PROTO. DISCORDE PARCIALMENTE en cuanto se incluye en los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a personas no identificadas siquiera parcialmente, en base a los siguientes fundamentos:

Debe recordarse el precepto constitucional del art. 259 de la Constitución, según el cual el fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y que conforme Berro Oribe "... si el sujeto afectado (por la declaración de inconstitucionalidad) fuera indeterminado (como en el caso pues a fs. 199/301 se solicita la declaración de inaplicación de la Ley No. 15.848 respecto de los funcionarios policiales o militares sin individualizarlos de manera alguna, sin perjuicio de las emergencias de fs. 25 y ss. en cuanto a la identidad de los presuntos integrantes del equipo represor, a cuyo respecto sí procede amparar la declaración pretendida en autos), sucederá que no habrá acción, por falta de 'caso concreto'; y más adelante señala el autor citado: "Con persona indeterminada no puede haber caso concreto, función jurisdiccional y cosa juzgada que obligue" (v: "Del juicio extraordinario de inaplicación de disposiciones legales por razón de inconstitucionalidad" en Rev. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XIV, abril-junio de 1963, págs. 266 y 274). Y tal conclusión referida a la vía de acción resulta naturalmente trasladable a la vía de excepción transitada en autos ni bien se advierte que lo pretendido es la inaplicación de la Ley No. 15.848 a todo el universo subjetivo (personal militar y policial) que ella comprende de manera que el amparo de la defensa tendría efectos derogatorios sobre la normativa impugnada. Sobre el punto, nuevamente Berro Oribe expresa "... la intención del Constituyente tiene que haber sido, por lo menos primordialmente, que no se pudiera pensar, ni por asomo, en que el Poder Judicial tuviese facultad de invalidar una Ley, derogarla con carácter general. A pesar de insistir en que 'Las Leyes podrán ser declaradas inconstitucionales' (arts. 256 y 260), el sistema incorporado al texto es otro. Es el de la 'inaplicabilidad de la Ley al caso concreto' (art. 258 Constitución)" (op. cit. pág. 285) "y sin personas determinadas no hay caso concreto" (op. cit. pág. 276), pues, reitero, la inaplicabilidad universal o comprensiva de todos quienes componen la categoría subjetiva sobre que versa la Ley cuya inaplicabilidad se pretende, supone, en realidad la derogación de la norma, efecto impropio de nuestro sistema constitucional de contralor de la constitucionalidad de las Leyes.

Mas especialmente Berro Oribe señala que "lo fundamental es que el caso concreto no está constituido por el que decide la sentencia de inaplicación sino por aquél al cual accede el mismo, aquél con referencia al cual se promueve la nueva acción..." (op. cit. pág. 259). Y agrega, "... nuestro instituto no es de inconstitucionalidad de las Leyes, sino de inaplicación de Leyes por razones de inconstitucionalidad...No se trata de 'juzgar' una Ley con el patrón de la Constitución. Esto en cuanto interpretación de la Constitución sólo puede hacerlo el Poder Legislativo...Se trata sí de la propia función jurisdiccional. Decir o declarar el derecho con motivo de alguna contienda jurídica ya sometida o que puede ser sometida a resolución de los Jueces, aunque nada más que sobre un aspecto de la cuestión: aquél de la eficacia relativa para ese caso contencioso de una Ley o disposición legal que inevitablemente aparece indicada para su decisión, en razón de su colisión con determinado texto o principio constitucional. Los americanos exigen que se trate de un 'case or controversy of judiciary nature'" (op. cit. pág. 313).

Esta solución que propugno obedece a la forma en que se planteó la cuestión por parte de la Sra. Fiscal de lo Penal -quien eligió cómo demandaba y a quién- no obstante tener al formular la pretensión subexamine a varios militares sindicados como integrantes del “equipo represor” (fs. 25) y tal solución no implica un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo (con relación los sujetos indeterminados) sino tan sólo y a su respecto de un rechazo de la demanda por razón de mérito formal no obstativo al replanteo –correcto- de la pretensión (individualizando a quiénes serían alcanzados por la declaración que pretende). El planteo inespecífico de autos terminaría desnaturalizando el instituto organizado por los arts. 256 y ss. de la Constitución y 508 y ss. del C.G.P. Al respecto cabe recordar que el alcance del pronunciamiento a dictarse por la Corte -dicho de otro modo, la determinación del “caso concreto” correspondiente- depende de la propia solicitud de declaración de inconstitucionalidad planteada por su promotor (v: Cassinelli Muñoz, Derecho Público, 1999, pág. 323), de manera que, enfatizo, es la formulación (indeterminada) de la pretensión lo que conduce a esta solución.

Y la discordia es parcial en cuanto de autos surgen ciertos sujetos -los sindicados como integrantes del “equipo represor”-individualizados o fácilmente individualizables, a cuyo respecto, entiendo, procede emitir pronunciamiento de fondo y en el cual coincido con la mayoría de la Corporación.

VENEZUELA

Jurisprudencia 1

SENTENCIA 601 11/08/2017. SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. RECURSO DE CASACIÓN

NORMATIVA LEGAL: ARTÍCULO 336 NUMERAL 10 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

ASUNTO: REVISION CONSTITUCIONAL.

DESCRIPTORES: RECURSO, REVISION DE SENTENCIA, ORDEN PÚBLICO, DERECHOS HUMANOS.

TITULO

Recurso de revisión constitución, sobre decisión N° 2014-1247, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del Área Metropolitana de Caracas, la cual declaró con lugar el recurso administrativo funcionarial propuesto por la parte actora. La Defensa Pública ejerció la representación en el recurso de revisión.

SÍNTESIS LEGAL

Recurso de Revisión de Sentencia asistido por el Defensor Público Tercero con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Salas de Casación Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia, Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en los artículos 257, 258 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 336 Numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

RESUMEN DE DATOS

En fecha 26 de abril del año 2016, el solicitante ciudadano JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANOS, titular de la cédula de identidad V- 8.066.088, presentó escrito libelar en el cual señaló que en fecha 18 de octubre del año 2011, interpuso por ante el Juzgado Superior Décimo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, recurso administrativo funcionarial; en fecha 30 de abril de 2013, el referido Juzgado declaró con lugar el Recurso declarando la nulidad del acto administrativo N° 0473, emanado del Consejo Disciplinario del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas –mediante el cual se declaró la destitución del solicitante; ordenándole la reincorporación del citado ciudadano a sus labores y la realización de experticia complementaria del fallo a fin de que se procediera al pago de lo que dejó de percibir. El fecha 07 de agosto de 2013, la Procuraduría General de la Republica ejerció recurso de apelación, correspondiéndole el conocimiento del referido recurso a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, el cual dictó el fallo aludido, que anuló la sentencia dictada por el Juzgado Superior Décimo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital y declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo funcionarial. Que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo a través del fallo que hoy se cuestiona no da respuesta al usuario de la Defensa Publica, al no establecer con claridad el destino de este con respecto a sus años de servicio, señalando la aludida Corte que la solicitud que se realizó en la contestación de la apelación no se había realizado anteriormente y que la litis ya se encontraba trabada, considerando que evidentemente no podía señalarse al inicio de la causa tal circunstancia ya que antes de la decisión que hoy se objeta existía un pronunciamiento por parte del Juzgado Superior Décimo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital que habría declarado con lugar la pretensión que en primer término era la de ser incorporado nuevamente a

sus labores, sin embargo a través del transcurrir del tiempo, vale señalar desde el año 2011, fecha en la cual se introduce la querrela funcional, al año 2013 tiempo en que se introdujo el recurso de apelación el cual fue decidido en el año siguiente 2014, la apelación interpuesta, afectaba tanto emocional como económicamente al usuario, y siendo –la jubilación–, como ya se dijo, un derecho adquirido por este a través de los años de servicio, debía prevalecer tal como lo indica el artículo 89 en su numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, siendo real que el ciudadano JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANOS, era beneficiario de su derecho a la jubilación, lo cual dejaba en un estado de indefensión al mismo, obteniendo de la sentencia cuestionada una doble penalidad, ya que no solo le es declarado sin lugar el recurso contencioso administrativo funcional sino que además no se le reconocen sus años de servicio en la administración pública, desatendiendo nuestra jurisprudencia patria vulnerando así lo establecido en el artículo 26 de nuestra Carta Magna como lo es la tutela judicial efectiva que se debe obtener de los órganos de la administración de Justicia. 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 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo 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 12 de agosto de 2014 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, mediante la cual declaró con lugar el recurso de apelación de sentencia ejercido por la Procuraduría General de la República y anulando la sentencia apelada y declarando sin lugar el Recurso Contencioso Administrativo Funcional a favor del ciudadano JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANOS.

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 las 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 número 10 que reenvía de manera expresa la regulación de los términos del ejercicio de la competencia, es precisamente la referida a la potestad de revisar sentencias, cuando señala que deberá hacerlo “...en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva. Sobre esta potestad la Asamblea Nacional ha legislado parcialmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 5º numeral 4º, ampliando los supuestos de revisión de sentencias, no estableciendo esta vez, como si lo hace la Constitución, que se trate sólo de sentencias definitivamente firmes. El mencionado artículo tiene el texto que sigue: La Revisión Constitucional de las Sentencias definitivamente firmes.

Toda vez que el Recurso de Revisión Constitucional es una garantía de derechos humanos que tienen las partes en el proceso como Derechos.

CONCLUSION

En definitiva, la Defensa Pública logro con el presente Recurso, garantizarle al ciudadano JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANOS, titular de la cédula de identidad N° 8.066.088, sus derechos vulnerados, al haber obtenido el pronunciamiento de nulidad de la decisión de fecha 12 de agosto del 2014, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, ya que la sentencia objeto del recurso debió conocer, aun de oficio, el argumento de otorgarle el derecho adquirido a la jubilación y no desestimarlos, lo que produjo para el usuario 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; la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ordenó a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo conocer del presente recurso tomando en consideración los elementos esgrimidos por la aludida Sala Constitucional.

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrado Ponente: LUIS FERNANDO DAMIANI BUSTILLOS

Expediente N° 2016-0417

El 26 de abril de 2016, el ciudadano JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANOS, titular de la cédula de identidad N° 8.066.088, asistido por el abogado William Alberto Ramos Aguilar, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 85.041, actuando con el carácter de Defensor Público Tercero Provisorio con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Salas de Casación Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia, Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, según Resolución N° DDPG-2015-0119 del 20 de febrero de 2015, presentó solicitud de revisión constitucional de la sentencia N° 2014-1247, dictada el 12 de agosto de 2014 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo mediante la cual se declaró i) competente para conocer del recurso de apelación interpuesto el 7 de agosto de 2013, por la abogada Agustina Ordaz Marín, actuando con el carácter de sustituta del ciudadano Procurador General de la República, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, el 30 de abril de 2013, mediante la cual declaró “con lugar” el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por el apoderado judicial del ciudadano Job De Jesús Pérez Castellanos, contra el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C.); ii) con lugar el recurso de apelación; iii) anuló la sentencia apelada; y iv) sin lugar el recurso contencioso administrativo funcional incoado.

El 28 de abril de 2016, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado.

En fechas 11 de junio y 11 de octubre de 2016, la parte solicitante manifestó su interés en la resolución de la causa.

El 30 de noviembre de 2016, se reasignó la ponencia al Magistrado Luis Fernando Damiani Bustillos.

Mediante diligencias fechadas 17 de febrero de 2017, la parte peticionante solicitó pronunciamiento en la presente causa.

El 24 de febrero de 2017, se reconstituyó esta Sala Constitucional y quedó integrada de la siguiente forma: Magistrado Juan José Mendoza Jover, Presidente; Magistrado Arcadio Delgado Rosales, Vicepresidente; y los Magistrados y Magistradas Carmen Zuleta de Merchán, Gladys María Gutiérrez Alvarado, Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson, correspondiendo el conocimiento de esta causa al Magistrado Luis Fernando Damiani Bustillos, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

El 13 de junio de 2017, la parte solicitante solicitó pronunciamiento en la presente causa.

El 28 de junio de 2017, se reconstituyó esta Sala Constitucional en virtud de la licencia concedida por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia a la Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, para que se separe del ejercicio de su cargo, por lo que se incorpora a esta Sala al Magistrado Suplente René Alberto Degraives Almarza, quedando integrada de la siguiente forma: Magistrado Juan José Mendoza Jover, Presidente de la Sala; Magistrado Arcadio Delgado Rosales, Vicepresidente de la Sala; los Magistrados y Magistradas Carmen Zuleta de Merchán, Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos, Lourdes Benicia Suárez Anderson y René Alberto Degraives Almarza, Mónica Andrea Rodríguez Flores, Secretaria Temporal y Edgar Nicolás Pineda González, Alguacil.

Efectuado el estudio del presente expediente, pasa esta Sala a decidir, previas las consideraciones siguientes.

I DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN

El solicitante expuso, como antecedentes del caso, que “en fecha 01 de enero de 1989 [su] representado inicio (sic) relación laboral en el extinto Cuerpo Técnico de Policía Judicial, hoy Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas” y que el “13 de abril de 2011, a través del acto administrativo N° 0473, emanado del Consejo Disciplinario del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas es acordada la destitución del [solicitante] como Comisario del referido organismo policial”.

Que “el 18 de octubre del año 2011 es presentado Recurso Administrativo Funcionarioal (sic), a favor del [solicitante]” y que en fecha 30 de abril de 2013 “el Juzgado Superior Décimo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital declaró con lugar [el] Recurso (...) declarando la nulidad del acto administrativo N° 0473, emanado del Consejo Disciplinario del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas es acordada la destitución del [solicitante] (...) ordenando la reincorporación del citado ciudadano a sus labores y ordenando experticia complementaria del fallo a fin de que se procediera al pago de lo dejado de percibir por este” (sic).

Que “contra la referida sentencia, en fecha 07 de agosto de 2013 ejerc[ió] recurso de apelación (...) en su carácter de sustituta del Procurador General de la República, correspondiéndole el conocimiento de la referido (sic) a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo”, la cual dictó el fallo sometido ahora a la presente solicitud de revisión constitucional, que anuló la sentencia dictada por el a quo y declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo funcionarioal.

Seguidamente, en el marco de la solicitud de revisión ejercida, argumentó que se “pretende la nulidad del fallo proferido con data 12 de agosto de 2014 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, mediante la cual (sic) declaró con lugar el recurso de apelación de sentencia ejercido por la representante de la República, anulando la sentencia apelada y declarando sin lugar el Recurso Contencioso Administrativo Funcionarioal a favor del ciudadano JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANOS” (Mayúsculas del escrito citado).

Que “[e]l fundamento de la petición de nulidad se encuentra en la garantía al sagrado derecho a la tutela judicial efectiva, en específico, artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en la causa de [su] representado se dicta una decisión no cónsona, es decir, en contravención del principio estatuido en la norma comentada y de los propios postulados que emergen de nuestra jurisprudencia patria, de igual manera desatiende lo establecido en el artículo 89 en sus numerales 1, 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en cuanto a la progresividad, irrenunciabilidad y la favorabilidad de los derechos laborales...”.

Que “[I]a sentencia que hoy es objeto de estudio produjo indefensión a [su] representado ya que se le priva al mismo de acceder a un derecho adquirido como lo es la Jubilación al haber entregado a la República más de veintitrés años de su vida al servicio policial, situación esta que atenta flagrantemente sus derechos laborales y que va en contra de lo que el Estado ha perseguido por años que no es más que justicia social...”.

Que “[I]a Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo a través del fallo que hoy se cuestiona no da respuesta a lo peticionado por [su] patrocinado, no se establece con meridiana claridad el destino de este (sic) amén (sic) con respecto a sus años de servicio, señalando la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que la solicitud que se realizó en la contestación de la apelación no se había realizado anteriormente y que la litis ya se encontraba trabada, considerando (...) que evidentemente no podía señalarse al inicio de la causa tal circunstancia ya que antes de la decisión que hoy se objeta existía la decisión por parte del Juzgado Superior Décimo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital que habría declarado con lugar la pretensión de [su] asistido que en primer término era la de ser incorporado nuevamente a sus labores, sin embargo a través del transcurrir del tiempo vale señalar desde el año 2011 -tiempo en el cual se introduce la querrela funcional- al año 2013 tiempo en que es introducido el recurso de apelación- siendo decidido al año siguiente 2014 la apelación interpuesta, tiempo en el cual es afectado tanto emocional como económicamente [su] asistido y siendo como ya se dijo un derecho adquirido por este (sic) través de los años de servicio, debía prevalecer tal como lo indica el artículo 89 en su numeral 3° (sic) la realidad sobre la apariencia, siendo real que el ciudadano JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANOS era beneficiario de su derecho a la jubilación, dejando en un estado de indefensión al mismo, obteniendo de la sentencia cuestionada una doble penalidad, ya que no solo le es declarado sin lugar el recurso contencioso administrativo funcional sino que además no se le reconocen sus años de servicio en la administración pública, desatendiendo nuestra jurisprudencia patria vulnerando así lo establecido en el artículo 26 de nuestra Carta Magna como lo es la tutela judicial efectiva que se debe obtener de los órganos de la administración de justicia...”.

Que “[e]l dispositivo de la sentencia del juzgado superior no se ajusta a los postulados establecidos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...” y que “resulta incuestionable la violación de las normas constitucionales antes señaladas, ya que se verifica que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo al conocer de la circunstancia que se ventiló a través de la contestación del recurso de apelación planteado por la representante de la república prácticamente ignora dar el trámite (sic) respectivo, tal como lo hizo la Sala Constitucional en la decisión que antecede de ordenar la verificación de lo indicado ya que con esto se le estaría brindando a [su] patrocinado la tutela judicial efectiva que requirió en ese momento y que tal como lo hizo nuestra máxima interprete de la constitución (sic) no a través del litigio que se venía desarrollando sino a través de oficio al haber sido mencionado en su oportunidad por el solicitante en revisión constitucional, la Corte tuvo el conocimiento de la situación en relación al beneficio de jubilación que ostentaba [su] patrocinado, sin embargo no resolvió lo conducente...”.

Que “tal como señala la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 25, numeral 10, considera quien (...) expone que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo a través de su decisión N° 2014-1247 de fecha 12 de agosto de 2014, desconoció un precedente dictado por la Honorable Sala Constitucional al ni siquiera solicitar información y de ser posible dar el trámite correspondiente a lo solicitado por [su] patrocinado, dejándolo en un estado de indefensión ya que [se] pregunta[n], a donde podría este (sic) acudir ante tal decisión que cercena su intención de hacer valer su derecho constitucional a la jubilación?, evidentemente que de no contar con un estado social de derecho y de justicia este (sic) perdería toda posibilidad de obtener la tan ansiada tutela judicial efectiva en su causa, hoy establecida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”.

En virtud de los anteriores argumentos solicitó la admisión y conocimiento de la presente solicitud de revisión constitucional, anulando el fallo emitido por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo y se “ordene que otro Juzgado de los Contencioso Administrativo de la Región Capital (sic) dicte la decisión ajustada a derecho que corresponda solo así le será retribuido el error judicial cometido por el otrora órgano jurisdiccional”.

II DE LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El acto jurisdiccional cuya revisión se pretende ante esta Sala Constitucional es la sentencia N° 2014-1247, dictada el 12 de agosto de 2014, por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, mediante la cual declaró lo siguiente:

“1.- Que es COMPETENTE para conocer del recurso de apelación interpuesto el 7 de agosto de 2013, por la abogada Agustina Ordaz Marín, actuando con el carácter de sustituta del ciudadano Procurador General de la República, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, en fecha 30 de abril de 2013, mediante la cual declaró ‘CON LUGAR’ el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por el abogado Simón Valero Torres, actuando con el carácter de apoderado judicial del ciudadano JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANOS, contra el CUERPO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, PENALES Y CRIMINALÍSTICAS (C.I.C.P.C.).

2.- CON LUGAR el recurso de apelación.

3.- ANULA la sentencia apelada.

4.- SIN LUGAR el recurso contencioso administrativo funcional incoado” (Mayúsculas del fallo citado).

Para justificar la declaratoria anterior, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo fundamentó su decisión en los siguientes términos:

“.-De la apelación:

Determinado lo anterior, debe esta Corte pronunciarse respecto al recurso de apelación incoado en fecha 7 de agosto de 2013, por la abogada Agustina Ordaz Marín, actuando con el carácter de sustituta del Procurador General de la República, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, de fecha 30 de abril de 2013, mediante la cual declaró ‘CON LUGAR’ el recurso contencioso administrativo funcional ejercido en fecha 18 de octubre de 2011. De la lectura efectuada al escrito de fundamentación de la apelación, presentado por la parte apelante, advierte esta Corte que la denuncia ante esta Alzada se refiere a la violación de los artículos 12 y 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, por parte del Juzgador de Instancia. (...Omissis...)

Ahora bien, a los fines de fundamentar el vicio denunciado de incongruencia la parte apelante señaló que el Tribunal de la causa afirmó en el fallo recurrido que la conducta del recurrente al autorizar actividades deportivas y reuniones familiares en el horario de visita no lesionó el supuesto normativo previsto en el artículo 3 del Código de Conducta para los Funcionarios Civiles o Militares que cumplan Funciones Policiales en el Ámbito Nacional, Estatal y Municipal; alegando al respecto la apelante, que así obvió el sentenciador de instancia que el Cuerpo de Investigaciones recurrido es un órgano jerarquizado, que ningún Despacho administrativo es autónomo en el ejercicio de sus funciones; más, cuando se trata de una concesión especial a reclusos; que por lo tanto, la conducta asumida por el funcionario recurrente estuvo en contraposición a las normas contenidas en el Código de Conducta para los Funcionarios Civiles o Militares que cumplan funciones Policiales en el Ámbito Nacional, Estatal y Municipal.

También expresó, que el Juzgador de Instancia erró al afirmar que en todo momento el recurrente asumió no sólo la ocurrencia de los hechos, sino que además afirmó haber dado su autorización para la práctica de las actividades llevadas a cabo el 5 de marzo de 2011, para garantizar sus derechos humanos y velar por la salud e integridad física y moral. Agregando en este sentido, que como se desprende del acto impugnado, uno de los hechos que sirvió de fundamento a la actuación de la Administración es la celebración del cumpleaños de las hijas gemelas de una de las detenidas cuya edad era de seis (6) años.

Igualmente delató la parte apelante, que del acto administrativo impugnado se deduce una clara y específica descripción de los hechos investigados, el ordenamiento jurídico infringido, la causa que conllevó a que la Administración dictara el referido acto, que el Juzgado a quo pretende valerse de aspectos humanos, sin observar la prohibición expresa del consumo de alcohol en los centros penitenciarios y que el día de la inspección el recurrente era quien supervisaba todo en dicho centro. De lo cual debió dejarse constancia en el Libro de Novedades; pues, esta refleja el control de lo que entra y sale del Órgano policial en cuestión.

Ahora bien, la sentencia apelada de fecha 30 de abril de 2013, refirió en relación al recurso contencioso administrativo funcional interpuesto, que:

‘De la lectura del expediente disciplinario, así como del acto impugnado, se observa que la destitución del querellante se fundamentó en los siguientes elementos probatorios: (...Omissis...)

(...) todos los detenidos fueron contestes en lo siguiente: i) que en fecha 5 de marzo de 2011, durante la hora de la visita (de 11:00 am a 3:00 pm), en el área de los calabozos de la referida sede, se ‘picó’ una torta a las hijas gemelas de la detenida, ciudadana Verónica Cubek, quienes cumplieron 6 años de edad, a la que asistieron varios de los detenidos con sus hijos; ii) que la referida reunión estuvo custodiada por los funcionarios que se encontraban de guardia; iii) que luego de finalizada la hora de visita, subieron a un grupo de detenidos al área del estacionamiento a tomar sol y hacer deportes, encontrándose custodiados por los funcionarios de respuesta inmediata; iv) que el Comisario Job de Jesús Pérez Castellanos, antes identificado, autorizó ambas actividades. (...Omissis...)

De las mencionadas declaraciones se desprende que coinciden en lo siguiente: i) que por órdenes de la Inspectoría General Nacional, el día 5 de marzo de 2011, a la 6:00 de la tarde aproximadamente, realizaron una supervisión de la sede de la Brigada de Acciones Especiales (BAE); ii) que en el curso de la supervisión, observaron a trece (13) detenidos en el área del estacionamiento haciendo deporte; iii) que en el área de los calabozos avistaron una torta, una piñata vacía, unos globos y latas de cerveza en una cava, ‘como si hubiesen realizado una fiesta’; iv) que los funcionarios de guardia en la referida sede no se encontraban en estado de embriaguez; v) que el comisario (sic) Job de Jesús Pérez Castellanos, antes identificado, se encontraba en su despacho para el momento en que llegaron a realizar la supervisión.

De los elementos probatorios antes mencionados, se infiere que en fecha 5 de marzo de 2011, se realizó una supervisión en horas de la tarde en las instalaciones de la sede de la Brigada de Acciones Especiales (BAE), por órdenes de la Inspectoría General Nacional del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

Igualmente, se observa del acta disciplinaria así como de las declaraciones rendidas en la Audiencia Oral y Pública realizada el 22 y 23 de marzo de 2011, que en la supervisión realizada el 5 de marzo de 2011, se encontraban trece (13) detenidos en el área del estacionamiento de la referida sede, realizando una actividad deportiva, custodiados por funcionarios de la Brigada de Respuesta Inmediata; así como la constatación de la existencia de restos de torta en el área de los calabozos, decoración con globos, y una piñata vacía con ocasión del cumpleaños de las hijas gemelas de la ciudadana Verónica Cubek Quevedo.

Asimismo, se desprende de las pruebas contenidas en el expediente disciplinario, especialmente de la declaración del ciudadano Job de Jesús Pérez Castellanos, antes identificado, que en su condición de Comisario, autorizó que los detenidos salieran custodiados al área del estacionamiento a recibir sol y realizar actividades deportivas; y finalmente, se puede apreciar de los autos que el querellante consintió que se celebrara el cumpleaños de las hijas gemelas de la prenombrada detenida en el horario de visitas (11:00 am a 3:00 pm).

En este sentido, se observa de los alegatos expuestos por ambas partes, que no resulta un hecho controvertido en el presente caso, los hechos que tuvieron lugar en la sede de la Brigada de Acciones Especiales (BAE), toda vez que el querellante tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional reconoció la (i) que los detenidos estaban jugando, (ii) que se había celebrado el cumpleaños de las hijas de una de las detenidas y (iii) que había dado su consentimiento para ambos eventos.

Ahora bien, a los fines de analizar si la conducta del querellante frente a los indicados hechos se subsume en los supuestos sancionatorios que sirvieron de fundamento al acto impugnado, considera necesario este Juzgador estudiar la naturaleza de las actividades autorizadas por el ciudadano Job de Jesús Pérez Castellanos, antes identificado, en su condición de Comisario de la sede de la Brigada de Acciones Especiales (BAE). (...Omissis...)

Precisado lo anterior, se observa que la parte actora denunció que la Administración incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho y de derecho, toda vez que consideró que la causal de destitución prevista en el numeral 6 del artículo 69 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, referida (...) es muy genérica, y que el acto administrativo impugnado no establece que (sic) norma fue inobservada por el querellante.

Sobre este particular, verifica este Tribunal que el acto administrativo impugnado, se fundamentó en el incumplimiento del artículo 3 del Código de Conducta para los Funcionarios Civiles o Militares que cumplan Funciones

Policiales en el Ámbito Nacional, Estatal y Municipal, el cual es del tenor siguiente: (...Omissis...)

Asimismo, se observa que en el referido acto, la Inspectoría General Nacional expuso que: (...Omissis...)

De lo anterior se observa que el órgano querellado resolvió destituir al querellante, por el incumplimiento de normas contenidas en la Constitución, las leyes, reglamentos, resoluciones y demás actos normativos, haciendo especial énfasis al incumplimiento del artículo 3 del Código de Conducta para los Funcionarios Civiles o Militares que cumplan Funciones Policiales en el Ámbito Nacional, Estatal y Municipal, el cual como se señaló supra, establece la obligación de observar un comportamiento ejemplar apegado a las leyes.

En este sentido, considera pertinente quien aquí decide, traer a colación lo establecido en los literales a, p y q del artículo 4 del mencionado Código de Conducta, el cual establece: (...Omissis...)

De la norma parcialmente transcrita, se verifica que indistintamente de la denominación que se pueda dar al lugar donde se encuentren detenidos un grupo de personas (centro de detención preventiva o recinto carcelario o internado judicial), el legislador reguló el compromiso de los funcionarios policiales respecto de los detenidos que se encuentren bajo su custodia, el cual se circunscribe en: i) respetar su dignidad humana; ii) promover sus derechos humanos; iii) velar por su vida y por su integridad física, psíquica y moral y iv) asegurar plena protección de su salud, toda vez que de acuerdo a lo previsto en dicha norma, en armonía con lo consagrado en el artículo 272 constitucional, tales derechos no pueden aplicarse dependiendo de las condiciones del centro de reclusión o del estado en que se encuentra el proceso penal en sede jurisdiccional.

En este mismo orden de ideas, en el caso bajo análisis se observa de las actas que conforman el expediente administrativo la existencia de dos (2) listas; una de detenidos comunes y otra en calidad de resguardo humanitario (folios 3 y 4), de las cuales se puede apreciar que ciertamente el querellante tenía un grupo de ciudadanos detenidos bajo su responsabilidad, razón por la cual su conducta debía estar sujeta a su custodia, así como a garantizar sus derechos humanos y velar por la salud e integridad física y moral.

Aunado a lo antes expuesto, observa este Tribunal que tal como se desprende del acto impugnado, uno de los hechos que sirvieron de fundamento a la actuación de la Administración, se circunscribe en la celebración del cumpleaños de las hijas gemelas de una de las detenidas cuya edad era de seis (6) años, respectivamente.

Sobre este particular, cabe resaltar que el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente: (...Omissis...)

En este mismo orden de ideas, los artículos 25, 26 y 27 de la Ley Orgánica de Protección al Niño, Niña y Adolescente señalan lo siguiente: (...Omissis...)

Las normas parcialmente transcritas resaltan el interés del Estado de tutelar el bienestar de los niños y adolescentes respecto de las relaciones familiares que mantienen con sus padres.

Al respecto, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 1917 del 14 de julio de 2003 (caso: José Fernando Coromoto Angulo y otra), en la que estableció: (...Omissis...)

De acuerdo a estos postulados, entiende este Tribunal que ante situaciones en las cuales se puedan ver afectados los derechos de los niños, niñas y adolescentes deberá tomarse una decisión en pro de su interés superior, lo que implica que sus derechos subyacen ante cualquier otro interés particular o de la colectividad.

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, estima es[e] Órgano Jurisdiccional que en el presente caso, el querellante obró no solamente en resguardó (sic) del interés superior de las hijas de la ciudadana que se encontraba bajo su custodia, sino también de acuerdo al postulado constitucional de protección de los derechos humanos de las personas que se encontraban en condición de detenidos.

Aclarado lo anterior, se verifica que la conducta del ciudadano Job de Jesús Pérez Castellanos, antes identificado, al autorizar actividades como el deporte y la reunión familiar en el horario de visita para la celebración del cumpleaños de las hijas de la ciudadana Verónica Cubek Quevedo, no lesiona el supuesto normativo previsto en el artículo 3 del referido Código de Conducta para los Funcionarios Civiles o Militares que cumplan Funciones Policiales en el Ámbito Nacional, Estatal y Municipal. Así se declara.

Adicionalmente, este Tribunal considera necesario destacar que de la lectura del acto administrativo impugnado, no se desprende otra norma constitucional ni legal en la que se haya fundamentado el órgano querellado para sustentar la aplicación de la causal de destitución contenida en el numeral 6 del artículo 69 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

En razón de las anteriores consideraciones, resulta forzoso para quien aquí decide, declarar procedente el vicio de falso supuesto de derecho denunciado por la parte actora, respecto a la aplicación de la causal de destitución contenida en el numeral 6 del artículo 69 eiusdem. Así se decide.

Adicionalmente, la parte actora denunció que el acto administrativo impugnado incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho y de derecho al aplicar el supuesto normativo de destitución contenido

en el numeral 10 del artículo 69 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (...).

Sobre este particular, no observa este Tribunal que la Administración haya demostrado durante la investigación de qué manera los hechos ocurridos se subsumen en la referida causal de destitución que justifique la aplicación del supuesto normativo, limitándose el órgano querellado a mencionar sin mayores consideraciones el numeral 10 del artículo 69 eiusdem.

En este sentido, de las actas que conforman el expediente administrativo, se verifica que el querellante en todo momento asumió no solo la ocurrencia de los hechos, sino que además afirmó haber dado su autorización para la práctica de las actividades llevadas a cabo el 5 de marzo de 2011.

De lo anterior, es[e] Órgano Jurisdiccional no puede apreciar prueba alguna que haga presumir que efectivamente el ciudadano Job de Jesús Pérez Castellanos, antes identificado, haya incurrido en la causal de destitución prevista en el numeral 10 del artículo 69 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, toda vez que no cursa en autos elemento probatorio alguno que comprometa su conducta por haber informado hechos falsos o no ocurridos.

Expuesto lo anterior, al no haberse comprobado en autos que el querellante haya ocultado información o haya mentado a sus superiores, se observa que el acto impugnado incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho y de derecho, toda vez que no se evidencia de las actas procesales la ocurrencia del hecho falso u oculto que pueda subsumirse en el supuesto normativo previsto en el numeral 10 del artículo 69 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

En consecuencia, este Tribunal declara procedente el vicio de falso supuesto de hecho y de derecho denunciado por la parte actora. Así se declara.

En razón de lo antes expuesto, este Órgano Jurisdiccional declara la nulidad del acto administrativo de destitución contenido en la Decisión Nro. 0473 de fecha 13 de abril de 2011, dictada por el Consejo Disciplinario del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC). Así se decide.

Declarada la nulidad del acto objeto de impugnación, se ordena la reincorporación del querellante al cargo que ejercía para el momento de la destitución, o a otro cargo de igual o superior jerarquía, con el pago de los sueldos dejados de percibir y demás beneficios socioeconómicos que comprendan la efectiva prestación del servicio, desde la fecha de su destitución hasta el momento de su efectiva reincorporación, los cuales deberán ser pagados de manera integral, para lo cual se ordena la práctica de una experticia complementaria del fallo, de conformidad con lo establecido en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

Por las razones antes señaladas, es[e] Órgano Jurisdiccional declara con lugar el recurso contencioso administrativo funcional, interpuesto por el abogado Simón Valero Torres, en su condición de representante judicial del ciudadano Job de Jesús Pérez Castellanos, antes identificado, contra el acto administrativo contenido en la Decisión Nro. 0473 de fecha 13 de abril de 2011, dictada por el Consejo Disciplinario del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC). Así se decide.' (...).

De la lectura pormenorizada de la sentencia apelada es[a] Corte observa que el Juzgado a quo fundamentó su decisión de declarar 'CON LUGAR' el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto con base en que el recurrente obró no solamente en resguardo del interés superior de las hijas de la ciudadana que se encontraba bajo su custodia, sino también de acuerdo al postulado constitucional de protección de los derechos humanos de las personas que se encontraban en condición de detenidos; asimismo, se fundamentó la sentencia en Alzada en que no se desprendía

del acto impugnado que el recurrente hubiese ocultado información o mentido a sus superiores; observando al respecto, que el acto impugnado incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho y de derecho, toda vez que no se evidenciaba de las actas procesales la ocurrencia del hecho falso u oculto que pudiera subsumirse en el supuesto normativo previsto en el numeral 10 del artículo 69 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

En ese sentido, el apoderado judicial del querellante en el escrito del recurso contencioso administrativo funcional a los fines de fundamentar el vicio delatado de falso supuesto de hecho y derecho alegó, que el acto administrativo impugnado incurrió en falso supuesto de hecho y de derecho; por cuanto, de lo debatido y comprobado en la audiencia del día veintidós (22) de marzo de 2011, no se desprenden elementos de convicción que demuestren que efectivamente el encausado incumplió o indujo a la inobservancia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las Leyes, Reglamentos y demás actos normativos; así, como no ceñirse a la verdad sobre la información que estaba obligado a poner en conocimiento de la superioridad. De igual modo, adujo que el numeral 6 del artículo 69 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), resultaba genérico; por cuanto, ni el representante de la Inspectoría General, así como los miembros del Consejo Disciplinario, establecieron cuál o cuáles artículos de la norma Constitucional, legal o sub legal, fue trasgredida.

Manifestó, que dignificar las condiciones de los procesados que se encontraban en los calabozos, los cuales no son aptos para mantener prisioneros, por ser sótanos carentes de las condiciones mínimas para fungir como instalaciones de reclusión.

Sostuvo, que el numeral 10 del artículo 69 eiusdem, es genérico; según lo debatido en la audiencia oral y pública; pues, constantemente allí se realizaban supervisiones y estaban informados los Superiores; por cuanto, allí hay detenidos que tienen más de un año de recluidos allí por los Tribunales de la República, y en todas las entrevistas son contestes en afirmar que esporádicamente y cuando los funcionario (sic) tienen tiempo los suben a tomar sol y practicar deporte; asimismo, que constantemente se ‘pican’ tortas cuando alguno de los reclusos está de cumpleaños. Enfatizó, que para cuando se presentó la comisión a supervisar el lugar, el recurrente Job de Jesús Pérez Castellanos, se encontraba en las instalaciones e informó a los funcionarios que supervisaban que él autorizó esta

práctica recreativa para los detenidos, que se encontraban custodiados por seis (6) funcionarios, más los que estaban de guardia por la Brigada de Acciones Especiales (B.A.E.).

Cuestionó, que con lo evacuado en la audiencia oral y pública, se logró demostrar que la conducta del querellante no estaba incurso en las causales de destitución; por lo que, la decisión administrativa impugnada se encontraba viciada de nulidad absoluta; por cuanto, se basó sobre un falso supuesto de hecho y derecho, que asimismo, hubo silencio de pruebas y errónea interpretación de la normativa vigente.

En este sentido, el acto administrativo destitutorio constituido por la Decisión N° 0473 de fecha 13 de abril de 2011, estableció, que:

‘(...) Analizados como han sido los elementos de hecho y de derecho expuestos por la representante de la Inspectoría General del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, para resolver la solicitud de Destitución de los funcionarios: Comisario JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANO (sic) (...) este Consejo Disciplinario en cumplimiento de los artículos 86 y 87 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, a los efectos de emitir un pronunciamiento definitivo observa:

Propuesta suscrita por el Inspector General Nacional, Comisarlo (sic) General JUAN H. DE CASTRO P, por cuanto se tuvo conocimiento mediante Acta de Investigación, suscrita por el (sic) funcionaria Sub Inspectora KATIUSKA TIRADO, que mediante supervisión realizada en la sede de esta Institución y ubicada en San Agustín del Sur, donde funciona la División de Estrategia Espaciales (sic), así como la Brigada de Acciones Especiales (BAE) y Brigada de Respuesta inmediata (BRI), siendo aproximadamente las 06:00 horas de la tarde, específicamente en el área de estacionamiento de la misma, se encontraban trece (13) ciudadanos en calidad de detenidos en dicha sede, así como cinco (5) funcionarios adscritos a la Brigada de Respuesta Inmediata (...) jugando futbol en una cancha improvisada en el área del estacionamiento ordenando el ciudadano Comisario General: Msc. Juan de Castro, inspector General Nacional, Comisario jefe; Lic. Bernardino Zambrano, Director de esta oficina, Comisario Abg. Francisco Villamizar, Supervisor Nacional de Inspectorías delegadas, el reintegro de los ciudadanos detenidos a las celdas correspondientes, igualmente se trasladaron a la parte del sótano 1, donde se encuentran los calabozos, a fin de supervisar dicha área, observando de la zona de acceso a los mismos, un ambiente alusivos (sic) a una fiesta infantil, donde se encontraba la ciudadana detenida: Verónica Elena Cubek Quevedo (...) presuntamente haciendo la limpieza en el lugar, ubicado una cava de anime, color blanco, contentiva de veinticinco (25) latas de cervezas, marca 'Polar', tipo Pilsen, disponibles para su consumo; un pipote de basura de color verde, contentivo en su interior (sic) dos (2) bolsas plásticas de hielo, marca Poiso y dos (2) bolsas de hielo de color gris herméticas, marcas Frío Pack, tres (3) cajas de cartón, con envoltorios plásticos, dos(2) bolsas marrones, ocho mallas de plástico cada una con seis compartimientos; al verificar todas las oficinas se logro (sic) ubicar en la sala de reuniones, identificada con el numero 10, un equipo de sonido, resto (sic) de torta y pasa

palos (sic) de fiesta, en el área de depósito identificada con el numero 11, se pudo observar una piñata de fiesta infantil, circular de color fucsia y una cava, marca Coleman, color azul y blanco, contentiva en su interior (sic) hielo y cuarenta y siete (47) latas de cervezas marca Polar tipo Pilsen disponible para su consumo, desconociendo los motivos por los cuales se celebra una reunión o festejo en dicha sede, encontrándose en su oficina el Comisario Job de Jesús Pérez Castellano (sic) (...) Director de Estrategias Especiales, así mismo hizo acto de presencia el Sub comisario Luis Eduardo Silva Liendo (...) Jefe de la Brigada de respuesta Inmediata, y los funcionarios Detective: Leomil Acevedo (...) y Agente de Investigación: Maikel Nolasco (...) quienes se encontraban cumpliendo el rol de guardia correspondiente.

Por tal razón la Inspectoría General le atribuye la comisión de la falta prevista en el artículo 69° (sic) numerales 6° (sic), 10° (sic), 33° (sic), 35° (sic), 44° (sic) y 48° (sic) de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas y que es del siguiente tenor: (...Omissis...)

Se aprecia que la averiguación Disciplinara (sic) fue iniciada en fecha 05-03-2011, posteriormente en esa misma fecha son Notificados los funcionarios investigados observándose que los funcionarios Comisario, JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANO (sic), (...) Sub Comisario, LUIS EDUARDO SILVA LIENDO (...) fueron Notificados (sic) por el Artículo (sic) 66° (sic) Números (sic) 6° (sic) 7° (sic) 14° (sic) 17° (sic) 20° (sic) 26° (sic) y artículo 68 Numeral (sic) 3° (sic) Artículo (sic) 69 Números (sic) 6° (sic), 10° (sic), 33° (sic), 35° (sic), 44° (sic) y 48° (sic) de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, se dispuso lo siguiente en relación a las faltas contenidas en el Artículo (sic) 66° (sic) Números (sic) 10° (sic), 33° (sic), 35° (sic), 44° (sic) y 48° (sic) (...). (...Omissis...)

La representación de Inspectoría General en audiencia y en una propuesta presentada ante este Consejo Disciplinario le imputo (sic) la falta contendía (sic) en el Artículo (sic) 69 Numeral (sic) 6° (sic) 'Incumplir o inducir a la inobservancia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, reglamentos, resoluciones y demás actos normativos', Se (sic) observa que

la conducta asumida por los funcionario (sic) investigados esta (sic) en contraposición a las normas contenidas en el Código de Conducta para los funcionarios Civiles o Militares que cumplan Funciones Policiales en el Ámbito Nacional, Estatal y Municipal, específicamente en el artículo 3 (...). (...Omissis...)

La representación de Inspectoría General logro (sic) demostrar que evidentemente los funcionarios incumplieron normas de la institución al sacar unos detenidos fuera del recinto, en el cual se encuentran en calidad de deposito (sic), ya que sin (sic) bien es cierto estos están en Calidad (sic) de Detenidos (sic) a la orden de a (sic) Autoridad Competente, no es menos cierto que el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas no depende de la Dirección de prisiones (sic) y no es un recinto Carcelario (sic) como tal, como quisieron justificar los funcionarios investigados, además como se encuentran en una Institución Policial, se debe de cumplir con las pautas para el reguardo de detenidos mas (sic) cuando se observa según la lista de detenidos presentes en los folio (sic) tres (03) y cuatro (04) que esta (sic) personas están siendo procesadas por delitos graves dentro de los que se encuentran Extorsión (sic) Secuestro (sic), trafico (sic) de Drogas (sic), Asociación (sic) para delinquir, y otros con solicitudes Internacionales de las denominadas Difusiones Rojas, por delitos graves cometidos en otros países, los cuales esperan su extradición, considerándose que son de alta peligrosidad, mas cuando se encuentran en una instalación que según lo dicho por los funcionarios investigados no reúne requisitos de Seguridad, aun así siendo el Funcionario (sic) Comisario JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANO (sic) (...) quien dio el permiso y utilizo (sic) el personal bajo de (sic) mando, con conocimiento del Jefe de la Brigada de Respuesta inmediata Sub Comisario LUIS EDUARDO SILVA LIENDO (...) quien manifiesta que efectivamente tenía conocimiento de esa situación, sin embargo estaba totalmente de acuerdo en sacar a dichos detenidos del lugar de confinamiento, donde fueron localizados por los funcionarios (...) jugando futbol en una cancha improvisada en el área del estacionamiento, según declaraciones en audiencia de los funcionarios Comisario jefe Lic. Bernardino Zambrano, Director de esta oficina, Comisario Abg. Francisco Villamizar, Supervisor Nacional de Inspectoría delegadas, dónde (sic) al indagar lo que estaba ocurriendo en dicho recinto ningún Jefe Superior al Comisario Job Pérez, así mismo según declaraciones de los testigos en audiencia anteriormente mencionados se logro (sic) ubicar una cava de anime, color blanco, contentiva de veinticinco (25) latas de cervezas, marca 'Polar', tipo Pilsen, disponibles para su consumo; un pipote de basura de color verde, contentivo en su interior (sic) dos (2) bolsas plásticas de hielo, marca Poiso y dos (2) (sic) bolsas de hielo de color gris herméticas, marcas Frio (sic) Pack, tres (3) cajas de cartón, con envoltorios plásticos, dos(2) (sic) bolsas marrones, ocho mallas de plástico cada una con seis compartimientos; al verificar todas las oficinas se logro (sic) ubicar en la sala de reuniones, identificada con el numero (sic) 10, un equipo de sonido, resto (sic) de torta (sic) y pasa palos (sic) de fiesta, en el área de deposito (sic) identificada con el numero (sic) 11, se pudo observar una piñata de fiesta infantil, circular de color fucsia y una cava, marca Coleman, color azul y blanco, contentiva en su interior (sic) hielo y cuarenta y siete (47) latas de cervezas marca Polar tipo Pilsen, desconociendo los motivos por los cuales se celebra una reunión o festejo en dicha sede, y del porque ingresaron tales evidencias como lo son las bebidas alcohólicas dónde se destaca (sic) veinticinco (25) latas de cervezas, marca 'Polar', tipo Pilsen y cuarenta y siete (47) latas de cervezas marca Polar tipo Pilsen, localizadas en diferentes espacios dónde (sic) se encuentran recludos los detenidos, sin ningún tipo de explicación por parte de los funcionarios investigados dónde (sic) se aprecia suposiciones falsas en cuanto a la permanecía (sic) de dichas bebidas en las instalaciones de la Brigada de Respuesta Inmediata específicamente en el Área dónde (sic) se encuentran los detenidos, lo cual no es permitido dentro de la instalaciones del Área (sic) de salas de espera de detenidos, por ser una bebida que causa efectos para las personas que la consumen, entendiéndose que estos detenidos son de alta peligrosidad, no se entiende como (sic) los funcionarios investigados Comisario JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANO (sic), y el Sub Comisario, LUIS EDUARDO SILVA LIENDO, permitieron que tales bebidas alcohólicas fueran

introducidas dentro de las mencionadas instalaciones y tales actividades fueran realizadas dentro de un recinto que se presume debe ser de máxima seguridad; siendo ambos contestes en afirmar que tenían conocimiento de tales actividades.

La Brigada de Respuesta Inmediata por ser una Brigada de emergencia, sus integrantes en su Rol (sic) de Guardia deben estar prestos ante cualquier emergencia (sic) de seguridad en el área (sic) Metropolitana y con sus respectivos uniformes ya que es la Primera Unidad de Choque, con que cuenta la Organización Actualmente (sic), dónde (sic) deben estar prestos ante cualquier situación que ocurra eventualmente, observándose que los funcionarios Detective, ALBERTO ALEJANDRO MARTINEZ (sic) BAUTISTA y Agente de Seguridad, WILSON GABRIEL MALAVER MALDONADO, quienes se encontraban de guardia para el momento de los hechos, el primero como Jefe de Guardia, según lo manifestado por ellos mismos en audiencia se encontraban impartiendo actividades deportivas a los detenidos, sin embargo se observa que no todos los Detenidos (sic) estaban practicando la mencionada actividad deportiva, ya que según las declaraciones de los funcionarios Comisario Jefe Lic. Bernardino Zambrano y Comisario Abg. Francisco Villamizar cuando ellos llegaron los prenombrados funcionarios se encontraban jugando futbolito y no tenían su uniforme reglamentario así cómo (sic) se observa que algunos detenidos jugaban y otros estaban sentados en el área de estacionamiento también se hace la observación que los otros tres funcionarios que presuntamente se encontraban custodiando los detenidos se encontraban dispersos con la población de detenidos, lo cual no debía ser ya que debían de estar custodiando todos a los tenidos (sic) según lo manifestado por los funcionarios investigados Detective, ALBERTO ALEJANDRO MARTINEZ (sic) BAUTISTA Agente de Investigación, JEAN CARLOS PEÑA ANTELISE, Agente de Seguridad, WILSON GABRIEL MALAVER MALDONADO, ENGENVER JAVIER MONCADA SIERRA Agente de Seguridad, JOSE MANUEL MENDOZA PEÑA, de todo ellos (sic) tenían conocimiento los Jefes Naturales Comisario Job Pérez Jefe de la Dirección de Dependencias Especiales comprobándose que el Sub Comisario, LUIS EDUARDO SILVA LIENDO, Jefe de la Brigada de Respuesta Inmediata, quienes no informaron a la Superioridad (sic), ya que por tratarse de un Cuerpo Jerarquizado ningún Despacho es Autónomo (sic) en el Ejercicio (sic) de sus Funciones (sic) y mas (sic) cuando se trata de tratamiento (sic) especiales a reclusos de lo cual ningún Jefe Superior a ellos tenía (sic) conocimiento de esto y lo que venía aconteciendo en dicho lugar comprobándose con esto lo estipulado en el numeral 10° (sic) 'No ceñirse a la verdad sobre la información que está obligado u obligada a poner en conocimiento a la superioridad', también se observa según declaraciones de los citados testigos que los funcionarios investigados Agente de Seguridad, ENGENVER JAVIER MONCADA SIERRA (...) Agente de Seguridad, JOSE (sic) MANUEL MENDOZA PEÑA (...) no se encontraban en el lugar al momento de llegar la Comisión a Supervisar (sic) esas Instalaciones (sic) debido a que uno de ellos presentaba quebrantos de salud, y habían salido previo conocimiento de su Jefe inmediato a buscar medicamentos en una farmacia. Apreciándose que para el momento de llegar la Comisión no había una total custodia de los detenidos presentes en el lugar con peligro inminente de fuga de los mismos.

(sic) Numeral 33° (sic) 'Valerse de la identidad o cargo de otro funcionario o funcionaria para obtener ventaja o beneficio'. No se aprecia según observado en el expediente en (sic) marras así como lo visto en audiencia que alguno hiciera algo en nombre de otro funcionario y obtuviera un beneficio o ventaja producto de la actividad realizada. Con relación a la falta establecida en el numeral 35° (sic) 'Procurarse utilidad en cualquiera de los actos de servicio', no se aprecia en el legado (sic) de pruebas aportadas pro (sic) al (sic) representación de Inspectoría General de que (sic) forma se beneficiaron los funcionarios investigados producto de la actividad realizada, utilidad traducida en bienes materiales o económicos.

Con relación a el (sic) Numeral (sic) 44° (sic) 'Incumplir las reglas de la actuación Policial (sic) establecidas en las normas de procedimiento Penal (sic)', si bien es cierto las personas localizadas

fuera del recito (sic) en el cual debían permanecer a la orden de la autoridad competente eran detenidos e imputados, no es menos cierto que sus procedimientos policiales ya había (sic) sido ejecutados por otros funcionarios distintos a donde se encontraban reclusos. Es decir no se violentaron normas contenidas en el Código Procesal penal (sic) con relación a la detención de los mismos.

Con relación a la imputación del Numeral (sic) 48° (sic) 'La Embriaguez (sic) o consumo de sustancias estupefacientes o Psicotrópicas (sic) en las Instalaciones (sic) del Cuerpo (sic) actos de (sic) servicio', Si bien es cierto fueron localizadas una cava de anime, color blanco, contentiva de veinticinco (25) latas de cervezas, marca 'Polar', tipo Pilsen, un pipote de basura de color verde, contentivo en su interior (sic) dos (2) bolsas plásticas de hielo, marca Poiso y dos (2) bolsas de hielo de color gris herméticas, marcas Frio (sic) Pack, tres (3) cajas de cartón, con envoltorios plásticos, dos(2) bolsas marrones, ocho mallas de plástico cada una con seis compartimientos; al verificar todas las oficinas se logro (sic) ubicar en la sala de reuniones, identificada con el numero 10, un equipo de sonido, resto (sic) de torta y pasa palos (sic) de fiesta, en el área de deposito (sic) identificada con el numero 11, se pudo observar una piñata de fiesta infantil, circular de color fucsia y una cava, marca Coleman, color azul y blanco, contentiva en su interior (sic) hielo y cuarenta y siete (47) latas de cervezas marca Polar tipo Pilsen, no es menos cierto que no se practicaron los exámenes pertinentes a los funcionarios investigados a fin de verificar si habían ingerido o no licor conjuntamente con los detenidos en custodia.

Para establecer la responsabilidad del funcionario investigado, se tomó en consideración que en el procedimiento de Defensa Social, se da valor a todo el conjunto de pruebas que se ofrezca (sic) como tales, siempre que, a juicio del ente juzgador, conduzcan lógicamente al conocimiento de la verdad. (...Omissis...)

En consecuencia, considera este Consejo Disciplinario del Distrito Capital, que lo ajustado a derecho es Destituir a los funcionarios investigados Comisario, JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANO (sic) (...). (...Omissis...)

Por las razones antes expuestas, es[e] Consejo Disciplinario del Distrito Capital, decide por unanimidad la Destitución de los funcionarios: Comisario, JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANO (...) a quienes la Inspectoría General solicitó la MEDIDA DE DESTITUCIÓN, conforme al artículo 69° (sic) numerales 6° y 10° (sic) de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (...). (...).

De la lectura del acto destitutorio entiende esta Corte que al ciudadano Job de Jesús Pérez Castellanos, se le destituyó del cargo de Comisario por cuanto la conducta en la que incurrió en relación a los hechos que se desarrollaron en el edificio sede de la Brigada de Acciones Especiales (BAE) de la cual era el Jefe, referentes a la custodia de los detenidos en esta sede, la realización de actos festivos y el ingreso de bebidas alcohólicas al recinto policial que contrastan con la actividad que se realiza en esa dependencia policial; se fundamentó en los numerales 6 y 10 del artículo 69 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, el cual establece:

'Artículo 69.- Se consideran faltas que dan lugar a la destitución, las siguientes: (...Omissis...)

6. Incumplir o inducir a la inobservancia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, reglamentos, resoluciones y demás actos normativos. (...Omissis...)

10. No ceñirse a la verdad sobre la información que está obligado u obligada a poner en conocimiento a la superioridad (...).'

Ahora bien, a los fines de resolver la delación planteada relativa a la incursión de la sentencia recurrida en el vicio de incongruencia, esta Alzada considera pertinente examinar las pruebas cursantes en autos a fin de determinar si efectivamente el acto administrativo destitutorio erró al precisar el sustento fáctico y jurídico de esta Providencia relacionados con los hechos ocurridos.

Así las cosas, se desprende del expediente administrativo, el cual fue consignado en la presente causa por el Órgano recurrido el 28 de noviembre de 2012, sin impugnaciones, 'LISTADO DE DETENIDOS' que se encontraban en las 'instalaciones del Órgano policial recurrido al momento de los hechos, folios tres (3) y cuatro (4) de ese expediente, en las cuales se puede leer que los detenidos eran los siguientes:

'NOMBRES Y APELLIDOS FECHA DE INGRESO DELITO

1 Miguel Antonio Vuelvas 8/04/2006 Secuestro y Homicidio.

2 Leivys Otilio Pacedo López 04/04/2007 Secuestro.

3 Herrera Peña Alexander 11/04/2007 Extorsión. (Exfuncionario).

NOMBRES Y APELLIDOS FECHA DE INGRESO DELITO

4 Norberto José Centeno Rodríguez 11/04/2007 Extorsión (Exfuncionario).

5 Nelson Leal Blanco 11/04/2007 Extorsión.

6.- Alex Makled 20/09/2009 Tráfico de Drogas.

7 Verónica Cubek 21/01/2010 Apropiación, distracción de recursos. Asociación para delinquir.

8 Diego Armando Mata Hernández 26/02/2010 Apropiación, distracción de recursos. Asociación para delinquir.

9 José Ignacio Rivero Pedraja 14/07/2010 Comercialización Ilícita de Divisas y Asociación para Delinquir

10 Pedro Ramón Castillo Torcat 14/07/2010 Comercialización Ilícita de Divisas y Asociación para Delinquir

11 Eduardo Pérez Sacco 14/07/2010 Comercialización Ilícita de Divisas y Asociación para Delinquir

12 Marcos Michel Siervo Sabarky 14/07/2010 Comercialización Ilícita de Divisas y Asociación para Delinquir

13 Ronny López Muñoz 15/10/2010 Extorsión

14 Nelson Gabriel Guédez López 15/10/2010 Extorsión

15 Leonardo Zurita Luna 15/10/2010 Extorsión

16 Miller José Medina Sifontes 15/10/2010 Extorsión

17 José Augusto Visaez Martínez 15/10/2010 Extorsión

18 Magally Moreno Vera 19/11/2009 Notificación Roja (Interpol) Homicidio Agravado

19 Sattack Keazarian 29/11/2010 Notificación Roja (Interpol) Tráfico de Drogas

20 Pascalau Ile Tudor Notificación Roja (Interpol) Legitimación de Capitales

- 21 Gloria Rojas Valencia 13/01/2011 Notificación Roja (Interpol) Narcotráfico (USA)
- 22 Néstor Rafael Monterroza Hoyos 14/01/2011 Notificación Roja (Interpol) Hurto Calificado y Agravado
- 23 Robert Stead 14/01/2011 Notificación Roja (Interpol) Posesión de Heroína
- 24 González Sierra Víctor Manuel 22/01/2011 IPCQ N°2007/54919
- 25 Alfred Hugo Niggeler 28/01/2011 IPCQ N°2007/54919
- 26 Maria Margarita Da Silva Mendes 23/02/2011 Notificación Roja (Interpol) Narcotráfico (Lisboa)
- 27 Saavedra Montoya Humberto 24/02/2011 A la orden del SAIME'.

De la referencia anterior se colige que efectivamente, tal y como lo expresó el acto recurrido, que los ciudadanos que permanecían en calidad de detenidos en las instalaciones de la Brigada de Acciones Especiales (BAE) y Brigada de Respuesta Inmediata (BRI) del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y

Criminalísticas, a los cuales se les permitió salir de sus calabozos a jugar fútbol presentaban un status legal que autorizaba a tomar estrictamente todas las previsiones reglamentarias que les mantuvieran bajo estricta supervisión e impidieran cualquier eventualidad de orden criminal.

Ahora bien, de la pieza N° 1 del expediente administrativo disciplinario que se le sustanció al recurrente se desprenden los siguientes elementos probatorios:

1.- A los folios cinco (5) y seis (6) cursa Acta de fecha 5 de marzo de 2011, donde se hace constar que trece (13) ciudadanos que se encontraban en calidad de detenidos -procesados y penados-estaban jugando fútbol en una cancha improvisada en el área de estacionamiento de la sede de la División de Estrategias Especiales; custodiados por funcionarios de la Brigada de Respuesta Inmediata; así, como también refiere que se encontraban en dichas instalaciones una (1) cava de anime, color blanco, contentiva de veinticinco (25) latas de cerveza, marca 'Polar', tipo Pilsen; un (1) pipote de basura de color verde, contentivo de dos (2) bolsas plásticas de hielo, marca Poiso y dos (2) bolsas de hielo de color gris herméticas, marcas Frío Pack; tres (3) cajas de cartón, con envoltorios plásticos; dos (2) bolsas marrones; ocho (8) mallas de plástico cada una con seis (6) compartimientos y que al verificar todas las oficinas se logró ubicar en la sala de reuniones, identificada con el numero 10, un equipo de sonido, restos de torta y pasapalos de fiesta, en el área de depósito identificada con el numero 11, se observó una (1) piñata de fiesta infantil, circular de color fucsia y una (1) cava, marca Coleman, color azul y blanco, contentiva de hielo y cuarenta y siete (47) latas de cervezas marca Polar tipo Pilsen.

2.- A los folios ciento treinta y ocho (138) y ciento treinta y nueve (139), cursa entrevista rendida por el ciudadano Miller José Medina Sifontes, del 6 de marzo de 2011, quien se encontraba en calidad de detenido en la sede del Órgano recurrido para el momento de los hechos investigados manifestando que 'Resulta que el día de ayer en horas de la visita debido a que vinieron nuestros hijos y en vista de que las hijas de una de las detenidas estaba cumpliendo años, se colocaron unos adornos tales como bombas ya que habían (sic) bastantes niños, así mismo se le picó una torta a las niñas que estaba (sic) cumpliendo año (sic), luego de aproximadamente 40 minutos que se terminó la visita, los funcionarios del (B.R.I.), nos sacaron a algunos de los detenidos al Estacionamiento (sic) a fin de realizar actividades deportivas, cuando de pronto se apersono (sic) el Comisario General Juan de Castro Peña, Inspector General, el Comisario Jefe Bernardino Zambrano y el Comisario Francisco Villamizar, entonces el comisario Bernardino Zambrano, nos tomo (sic) unas fotografías y les ordeno (sic) a los funcionarios que nos estaban custodiando que nos llevaran nuevamente

para los calabozos (...)' Al ser interrogado sobre la presencia de bebidas alcohólicas en la sede policial, contestó 'Me enteré (sic) por comentarios de los mismos detenidos que funcionarios de la Inspectoría del C.I.C.P.C. habían encontrado cava de cervezas en la entrada de acceso a los calabozos (...) cuando estaba pasando por el pasillo principal hacia los calabozos, observe (sic) una cava de color blanco repleta de hielo (...)'

3.- A los folios ciento cuarenta (140) y ciento cuarenta y uno (141), cursa entrevista rendida por el ciudadano: Alexander Herrera Peña el 6 de marzo de 2011, quien se encontraba en calidad de detenido en la misma sede anterior, el cual expuso 'Bueno resulta que el día de ayer, en horas de la mañana comenzó el horario de visita como normalmente sucede y la señora Verónica le tenía una recepción a sus hijas por motivo a sus cumpleaños, cuestión que no es normal acá, pero según me enteré por la misma que estaba en conocimiento el Jefe de la Oficina del BRI, estuve en la reunión, ya terminado esta a las 03:00 horas de la tarde, posteriormente fui notificado por los funcionarios de guardia, que por instrucciones de los Jefes naturales del BRI nos iban a llevar al patio a llevar sol, estando en el lugar, al cabo de una hora de que mis compañeros estaban jugando futbol, llegó una comisión de Disciplina, nos reunieron y nos condujeron a los calabozos (...)'. Al ser preguntado por la presencia de bebidas alcohólicas en las instalaciones policiales respondió, que '(...) al llegar al área de los calabozos, escuché el comentario por un funcionario de disciplina, que manifestó que habían unas cervezas allí (...)'

4.- A los folios ciento cincuenta y uno (151) y ciento cincuenta y dos (152) de la Pieza N° 1 del expediente administrativo, cursa entrevista del ciudadano Diego Armando Mata Hernández, de fecha 6 de marzo de 2011, quien expuso, que '(...) estábamos recibiendo la visita todo (sic) los detenidos y donde tuvimos almorzando, también estuvimos en el cumpleaños de las niñas de una de los detenidos donde comimos torta y varios pasa palos (sic) con refrescos, después que se acabo (sic) la visita (...) llegaron a buscarnos (...) para sacarnos al estacionamiento a llevar sol (...) hasta que llego (sic) una comisión de disciplina del C.I.C.P.C. y allí fue que nos bajaron nuevamente hasta los calabozos (...) observe (sic) una cava blanca la cual no detalle (sic) mucho (...)'. Al ser interrogado sobre la existencia de bebidas alcohólicas en el recinto carcelario, respondió, que '(...) escuche (sic) es que habían encontrado varias cajas de cervezas en la cava que mire (sic) cuando estábamos de regreso a los calabozos'.

El funcionario recurrente prestó declaración el 22 de marzo de 2011, en el desarrollo de la 'Audiencia' que se realizó en la Sala de Audiencias del Consejo Disciplinario del Distrito Capital, del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC) en la cual respondió, que '(...) los funcionarios que estaba (sic) custodiando a los detenidos que se encontraban en una actividad recreacional (...) se había hablado de de (sic) sacar a los detenidos hacia la parte externa por cuestión de salud de los mismos, cuando bajamos hacia los calabozos me encuentro con el Comisario Bernardino que estaba hablando con una detenida y estaba arrastrando una cava que estaba guardada y luego comenzó a sacar las latas de cervezas (...) siguieron con la supervisión y dicen que encontraron otra cava (...)'. Folio veintinueve (29) de la segunda pieza del expediente administrativo.

En los folios treinta y dos (32) al folio treinta y cuatro (34) de la segunda pieza del expediente administrativo, se encuentra la declaración del Sub Comisario Luis Eduardo Silva Liendo, la cual se suscitó en el desarrollo de la 'Audiencia' que se realizó el 22 de marzo de 2011, en la Sala de Audiencias del Consejo Disciplinario del Distrito Capital, del Cuerpo de Investigaciones Científicas,

Penales y Criminalísticas (CICPC) a la pregunta que le formuló el funcionario interrogador '¿Diga si el comisario (sic) Job tenía conocimiento del compartir?' Respondió 'Estuvo supervisando la visita'.

En los folios cuarenta y tres (43) y folio cuarenta y cuatro (44) de la segunda pieza del expediente administrativo se encuentra parte de la declaración del Comisario Jefe Bernardino Zambrano Angulo, la cual se suscitó en el desarrollo de la 'Audiencia' que se realizó el 22 de marzo de 2011, en la Sala de Audiencias del Consejo Disciplinario del Distrito Capital, del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC) en donde respondió, que 'Una vez que ingresamos observamos que había trece detenidos jugando en una cancha improvisada con los funcionarios (...) al bajar a los calabozos avisto a una detenida que estaba haciendo labores de limpieza estaba arrastrando una cava y le dije que se detuviera cuando revisamos observo que adentro habían (sic) una latas de cerveza enfriándose para su consumo yo le pregunté que ha (sic) donde se la iba a llevar y me dijo que solo (sic) estaba limpiando, luego fijé fotográficamente lo que observamos seguimos con la supervisión y conseguimos unas cajas con su plástico y varias bolsas específicamente tres bolsas color marrón contentivas de latas de cervezas (sic) al seguir en los calabozos avistamos unas bombas, una torta, una piñata vacía como si hubieran realizado una fiesta, mas (sic) las 47 latas de cervezas (sic) (...)’.

En el folio cuarenta y seis (46) de la segunda pieza del expediente administrativo se encuentra parte de la declaración del Comisario Francisco Alberto Villamizar Moncada, la cual se efectuó en el desarrollo de la 'Audiencia' que se realizó el 22 de marzo de 2011, en la Sala de Audiencias del Consejo Disciplinario del Distrito Capital, del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC) en donde declaró, que '(...) al llegar avistamos a trece detenidos en la parte externa específicamente en una cancha improvisada en donde dos funcionarios se encontraban jugando con los mismos y tres funcionarios prestaban la seguridad, el comisario (sic) Bernardino fijó fotográficamente lo que sucedía en ese mismo instante el comisario (sic) Juan de Castro ordena bajar a los detenidos a los calabozos al bajar el comisario (sic) Bernardino se percata de una cava la cual contenía latas de cerveza y también hielo por lo que estaban dispuestas para su consumo, dentro de los calabozos se consiguió otra cava y en unas bolsas se encontraron cajas, plásticos y bolsas de hielo las cuales fijó fotográficamente el comisario (sic) Bernardino cave (sic) destacar que avistamos una decoración alusiva a una fiesta (...)’.

Asimismo, en el desarrollo de la Audiencia mencionada el ciudadano Jean Carlos Peña Antelise, con el cargo de Agente de Investigación a la pregunta de quién indicó sacar a los detenidos, respondió 'El Comisario Job'. Folio cuarenta (40) de la segunda pieza administrativa.

De la misma manera se desprende del expediente administrativo la declaración del Agente de Seguridad Wilson Gabriel Malaver Maldonado, la cual se efectuó en el desarrollo de la 'Audiencia' que se realizó el 22 de marzo de 2011, en la Sala de Audiencias del Consejo Disciplinario del Distrito Capital, del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), y que a la

interrogante de quién ordenó sacar a los detenidos al área del estacionamiento para realizar la actividad deportiva respondió 'Comisario Job'. Folio cuarenta y uno (41) ibidem.

También, en el desarrollo de la Audiencia mencionada el ciudadano José Manuel Mendoza Peña, con el cargo de Agente de Seguridad a la pregunta de quién ordenó sacar a los detenidos al área del estacionamiento, respondió 'Comisario Job'. Folio cuarenta y dos (42) de la misma pieza administrativa.

Igualmente, descansa en los autos del expediente administrativo 'ACTA DE INVESTIGACIÓN' de fecha 6 de marzo de 2011, (folio ciento treinta y tres (133), primera Pieza), en la cual se precisa que se agregan '(...) fotografías alusivas a los ciudadanos detenidos en la sede de la Dirección de estrategias (sic) Especiales, quienes se encontraban en el área de estacionamiento de esa sede, para la fecha 05-03-2011 (sic) aproximadamente a las 06:00 horas de la tarde (...) asimismo fotografías alusivas a una cava de anime, color blanco, una cava de material sintético, color azul con blanco,

marca Coleman, contentiva de latas de aluminio, marcas Polar, tipo Pilsen, disponibles para su consumo, una piñata de fiesta infantil, circular de color fucsia, un equipo de sonido y restos de torta y pasapalos de fiesta'. Folios ciento treinta y cuatro (134) al ciento treinta y seis (136) ibidem. (...).

Ahora bien, en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisión de las pruebas promovidas por la parte recurrente en fecha 22 de noviembre de 2012, el Juzgado a quo manifestó:

'En el Capítulo 1, el apoderado judicial de la parte querellante reproduce el valor probatorio del texto íntegro del expediente administrativo signado con el Nro. 41.213-11, que favorezca a su representado.

Al respecto es[e] Juzgado observa, que los términos en que fue promovido el expediente administrativo del querellante constituye el denominado 'Mérito favorable de los autos', toda vez que el mismo ya cursaba en autos para el momento de su promoción razón por la cual no cabe pronunciamiento respecto de su ilegalidad o impertinencia, reservándose este Tribunal la valoración y conducencia de los documentos señalados por la parte, en la oportunidad de dictar sentencia en la presente causa. Así se decide.'

En cuanto al Capítulo II, denominado 'DOCUMENTALES' la representación judicial de la parte querellante promueve las siguientes documentales:

1. Auto de inicio de averiguación disciplinaria de fecha 5 de marzo de 2011, el cual corre inserto al folio 165 del expediente administrativo.
2. Notificación de la apertura del procedimiento del 5 de marzo de 2011, el cual riela al folio 23 del expediente administrativo.
3. Memorando No. 9700-111-0549, de fecha 7 de marzo de 2011 el cual consta al folio 170, del expediente administrativo.
4. Comunicación dirigida al Director de Investigaciones Internas, del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), el cual anexa marcado '4' en el presente expediente judicial.
5. Memorando Nro. 9700-104-DEI-AEEEC-E-500, del 9 de marzo de 2011, emanado de la Coordinación Nacional de Recursos Humanos, marcado Nro. '5'.
6. Oficio Nro. 9700-170-5 del 22 de abril de 2010, dirigido a la Juez Cuadragésima de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, el cual anexa marcado con el Nro. '6'.
7. Memorando nro. 9700-023-0235, del 9 de noviembre de 2012, suscrito por el Coordinador Nacional de dependencias especiales, el cual marca Nro. '7'.
8. Antecedentes de servicio, hoja de vida y constancia de trabajo del ciudadano querellante, el cual anexa marcado Nro. '8'.

Al respecto, este Tribunal observa que los referidos documentos no resultan manifiestamente ilegales, ni impertinentes en los términos establecidos en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual se ADMITEN cuanto ha lugar en derecho, salvo su apreciación en la definitiva (...). (...).

Al respecto, observa esta Corte que el documento promovido con el N° '4' (Folio 106 del expediente judicial), constituye una comunicación que remitió la representación judicial en la causa administrativa, del recurrente al Comisario Jefe Bernardino Zambrano. Igualmente, el documento marcado N° 5 (Folio 108 del expediente judicial) constituye la notificación que le hizo el Coordinador Nacional de

Recursos Humanos del Órgano recurrido al recurrente sobre la finalización de su desempeño como Director de Estrategias Especiales. El instrumento marcado como N° 6 (Folio 109 del expediente judicial), se refiere al Oficio que remitió el Órgano recurrido a la Juez Cuadragésima Segunda de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, solicitándole que se estudiara la posibilidad del traslado de algunos detenidos a otro sitio de reclusión. El documento marcado N° 7, cursante a los folios ciento diez (110) al ciento doce (112) del expediente judicial, es una comunicación oficial que le hace el Coordinador Nacional de Dependencias Especiales del Órgano recurrido al recurrente, informándole la descripción del cargo y las funciones del Director de Estrategias Especiales.

Cabe destacar, que de la revisión efectuada a ambos expedientes no se evidenció documento alguno a través del cual el ciudadano Job de Jesús Pérez Castellanos, le reportara o informara a las máximas autoridades del aludido Cuerpo de Investigaciones las actividades a realizarse el día 5 de marzo de 2011, en las instalaciones de la Brigada de Acciones Especiales (BAE) y Brigada de Respuesta Inmediata (BRI) del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC).

Así las cosas, observa es[a] Corte que la parte querellante no desarrolló actividad probatoria alguna en esta sede Jurisdiccional.

Ello así, debe manifestar es[a] Instancia Jurisdiccional que no se desarrolló debate probatorio alguno ante el Juzgado a quo que dejara sin efecto algún acta del expediente administrativo disciplinario que se le sustanció al recurrente.

De todo lo antes expuesto, es[a] Corte constata que efectivamente la sentencia apelada modificó el thema decidendum ya que la parte recurrida demostró, de acuerdo con el expediente administrativo disciplinario sustanciado, que la

situación irregular acaecida el 5 de marzo de 2011, en la sede del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), ubicada en San Agustín del Sur, en horas de la tarde, con motivo a que el Comisario Job de Jesús Pérez Castellanos, autorizó la salida de trece (13) detenidos al estacionamiento de dicha sede policial con la finalidad de que practicaran alguna actividad deportiva, efectuándose al efecto fútbol de salón, en una cancha improvisada, sin las adecuadas medidas de seguridad para la custodia de los mismos.

Demostró asimismo, la parte recurrida que los detenidos eran de alta peligrosidad ya que muchos se encontraban procesados por crímenes de alto impacto moral en la sociedad.

Asimismo, de la declaración del Sub Comisario Luis Eduardo Silva Liendo, se evidenció que el recurrente supervisó la visita que se efectuó en la sede del Órgano recurrido; es decir, que estuvo presente al momento en que se desarrollaron los hechos investigados. Igualmente, se infiere del expediente administrativo que en la aludida sede policial también se efectuó una celebración y que se encontraron en el sótano de dicho lugar '(...) una (1) cava de anime, color blanco, contentiva de veinticinco (25) latas de cerveza, marca 'Polar', tipo Pilsen; un (1) pipote de basura de color verde, contentivo de dos (2) bolsas plásticas de hielo, marca Poiso y dos (2) bolsas de hielo de color gris herméticas, marcas Frío Pack; tres (3) cajas de cartón, con envoltorios plásticos; dos (2) bolsas marrones; ocho (8) mallas de plástico cada una con seis (6) compartimientos y que al verificar todas las oficinas se logró ubicar en la sala de reuniones, identificada con el numero 10, un equipo de sonido, restos de torta y pasapalos de fiesta, en el área de depósito identificada con el numero 11, se observó una (1) piñata de fiesta infantil, circular de color fucsia y una (1) cava, marca Coleman, color azul y blanco, contentiva de hielo y cuarenta y siete (47) latas de cervezas marca Polar tipo Pilsen.'

De igual modo, se desprende de los autos que la máxima autoridad de la Dirección de Estrategias Especiales, era el ciudadano Job de Jesús Pérez Castellanos, quien participó en los hechos autorizando ambas actividades, incautándose en el aludido recinto policial un conjunto de artículos mencionados ut supra, que en el caso de la cerveza estaba lista para ser consumida; igualmente, aunque el recurrente tuvo conocimiento de lo ocurrido durante la visita ignoraba de manera preocupante cómo habían ingresado al recinto policial las bebidas alcohólicas y otros efectos relacionados con la celebración efectuada.

En este sentido, debe referir es[a] Corte que la conducta desplegada por el recurrente en los eventos señalados violenta el artículo 3 del Código de Conducta para los Funcionarios Civiles o Militares que Cumplan Funciones Policiales en el Ámbito Nacional, Estatal y Municipal, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.527 de fecha 21 de septiembre de 2006, según la Resolución N° 864 de la misma fecha, dictada por el Ministro del Interior y Justicia, que establece:

‘Artículo 3.- Los funcionarios Policiales, sean civiles o militares conforme a la dignidad del servicio público que les compete, observarán un comportamiento ciudadano ejemplar apegado al cumplimiento de la Constitución y las Leyes exaltando los valores de solidaridad, paz, libertad, justicia, igualdad y respeto’. De lo anterior es[a] Corte cobra la convicción de que efectivamente el recurrente incumplió con lo estatuido en los numerales 6 y 10 del artículo 69 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas; pues, su conducta lo indujo a la inobservancia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, reglamentos, resoluciones y demás actos normativos y a no ceñirse a la verdad sobre la información que estaba obligado a poner en conocimiento a la superioridad, respectivamente.

Ahora bien, cabe destacar que en casos como el de autos, adquiere mayor importancia el hecho que la Administración sea sumamente celosa en aplicar los correctivos necesarios en situaciones de conductas alejadas de la legalidad por parte de los funcionarios policiales, los cuales tienen el deber de actuar conforme a los valores éticos que deben regir la actuación de los funcionarios públicos, valga decir, con rectitud de ánimo, integridad, honradez, responsabilidad y suficiente diligencia, en otras palabras, con probidad; pues, esa es la conducta que se espera despliegue en todo momento el servidor público, dado que, en todo agente policial recae la más alta responsabilidad de resguardo y mantenimiento del orden público, protección a la vida, la propiedad, lo cual debe realizarse con la mayor probidad, rectitud, honestidad, eficiencia, eficacia, y los más altos niveles de disciplina, obediencia y responsabilidad. (Vid. Sentencias de esta Corte Número 2007- 710, de fecha 18 de abril de 2007, caso: Milagros del Valle Serrano Clavijo y N° 2009-1093 del 17 de junio de 2009, caso: Dorián Enríques Reyes Rivers contra la Policía del Municipio Chacao del estado Miranda).

Más aún, cuando el infractor desempeña cargos en los cuales su conducta debe servir de ejemplo para sus compañeros y para la ciudadanía en general, mayor es el grado de responsabilidad; pues, al incurrir en faltas que, a la luz del ordenamiento jurídico aplicable, son sancionables, estaría influyendo negativamente en la institución en la cual presta sus servicios, promoviendo de esta manera la indisciplina dentro de ella, lo cual amerita que la Administración imponga, previo el debido proceso, la sanción que ordene el ordenamiento jurídico correspondiente, para así fomentar el mantenimiento de la actuación ética y jurídicamente correcta de sus servidores dentro de la institución. (Véase sentencia de esta Corte N° 2009- 545, de fecha 2 de abril de 2009, caso: Juan Carlos Idier Rodríguez Vs. Instituto Autónomo Policía del Estado Miranda (IAPEM)).

En virtud de lo expuesto, es[a] Corte evidencia que el procedimiento de destitución materializado por el Órgano recurrido cumplió los extremos legales y constitucionales exigidos; esto es, con la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

Ello así, es[a] Alzada concluye que el Tribunal de la causa al momento de decidir, se apartó de los términos en los que quedó trabada la litis entre ambas partes; incurriendo así, en el denunciado vicio de incongruencia, toda vez que infringió las disposiciones previstas en los artículos 12 y 243 del Código de Procedimiento

Civil, resultando procedente la declaratoria de nulidad del fallo recurrido, en atención a lo establecido en el artículo 244 eiusdem.

En consecuencia, debe es[a] Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo declarar CON LUGAR el recurso de apelación interpuesto en fecha 7 de agosto de 2013, por la abogada Agustina Ordaz Marín, actuando con el carácter de sustituta del Procurador General de la República. Así se declara.

Del fondo de la presente causa:

Observa es[a] Corte que, en fecha 18 de octubre de 2011, el apoderado judicial del ciudadano Job de Jesús Pérez Castellanos, interpuso la presente acción, contra el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), alegando que el acto administrativo disciplinario de destitución dictado el 13 de abril de 2011, por el Consejo Disciplinario del aludido Cuerpo, notificado el día 18 del mismo mes y año, incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho y de derecho; por cuanto, de lo debatido y comprobado en la Audiencia los días 22 y 23 de marzo de 2011, no se derivaron elementos de convicción que demuestren que efectivamente su representado hubiese incumplido o inducido a la inobservancia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, reglamentos, resoluciones y demás actos normativos; así, como no ceñirse a la verdad sobre la información que estaba obligado a poner en conocimiento de la superioridad, que la actitud del Director de Investigaciones Internas y del Inspector General al remitir al Consejo Disciplinario las actuaciones de la causa disciplinaria No. 41.233-11, solicitando la aplicación del procedimiento abreviado, cuando no se había culminado con las investigaciones configuró lo que la doctrina denomina como fraude procesal; que el artículo 90 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas dispone que la decisión de aplicar el procedimiento abreviado debe ser mediante auto motivado; asimismo, denunció que se violentó la cadena de custodia al recabar las pruebas que sirvieron de base para sustanciar el procedimiento sancionatorio; que, hubo silencio de pruebas y errónea interpretación de la normativa vigente; que, lo transcrito en parte del acta de la Audiencia oral y pública, no fue lo manifestado por los testigos, según acotación del querellante, en la parte inferior de algunos folios; exponiendo finalmente, que en cuanto a los puntos previos esgrimidos por la defensa en la Audiencia Oral y Pública carecen de sustanciación jurídica; por cuanto, el criterio de estos fue emitido de manera unilateral por el Presidente del Consejo Disciplinario.

Conforme a lo anterior, solicitó la nulidad absoluta de la decisión N° 0473, de fecha 13 de abril de 2011, proferida por el Consejo Disciplinario del Distrito Capital, del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y en consecuencia, se ordenara su reincorporación al cargo de Director de Estrategias Especiales que venía ejerciendo o a otro similar con la misma jerarquía dentro del cuerpo policial de donde fue destituido, se le pagaran los sueldos dejados de percibir desde el momento efectivo de la destitución, con todos los beneficios derivados y aumentos que se produzcan en todos esos conceptos, hasta la fase de ejecución de sentencia.

Al respecto, adujo la parte recurrida en su contestación al recurso contencioso administrativo funcional que '(...) la Decisión N° 0473 de fecha 13 de abril de 2011, mediante el cual el Consejo Disciplinario del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas destituyó del cargo de Comisario al ciudadano Job de Jesús Pérez Castellanos es legal y procedente, toda vez que resulta ajustado a derecho, por lo que deben desestimarse las denuncias realizadas por el querellante, ya que la Administración sustanció, tramitó y decidió correctamente -y ajustado al derecho a la defensa

y al debido proceso- el procedimiento administrativo disciplinario en el cual se declaró procedente la destitución del mismo y así solicito sea declarado’.

Precisado lo anterior, pasa esta Corte a pronunciarse en relación a los argumentos planteados por el apoderado judicial del recurrente en los siguientes términos:

En lo relativo al procedimiento abreviado disponen los artículos 88, 89 y 90 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, que:

‘Artículo (sic) 88.- La Inspectoría General podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado se trate de las faltas a que se contrae el artículo 69 de esta Ley, sin menoscabo de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar.

Artículo 89.- La Inspectoría General solicitará ante el Consejo Disciplinario la aplicación del procedimiento abreviado en un tiempo que no podrá exceder de cuarenta y ocho horas.

Artículo (sic) 90.- El Consejo Disciplinario decidirá sobre la admisibilidad y procedencia de la solicitud de la Inspectoría General, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de recibidas las actuaciones. En caso de no ser admitida la solicitud de la aplicación del procedimiento abreviado, se ordenará la práctica del procedimiento ordinario’.

El 7 de marzo de 2011, mediante el memorando N° 9700-110 0983 la Inspectoría General Nacional del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, remitió el expediente contentivo de la averiguación disciplinaria que se le tramitaba al recurrente solicitando la aplicación de lo instituido en los artículos 88 al 92 de la Ley citada, referentes al procedimiento abreviado. (Folio ciento setenta y uno (171) del expediente administrativo, Pieza N° 1)

El 9 de marzo de 2011, recibido el expediente disciplinario por parte del Consejo Disciplinario Distrito Capital, ordenó la aplicación del procedimiento abreviado y fijó para el 22 de marzo de 2011, la ‘Audiencia Oral y Pública’ (Folio ciento setenta y dos (172) de la misma pieza)..

Visto lo anterior, esta Corte observa que los dispositivos legales transcritos permiten a la Inspectoría General proponer al Consejo Disciplinario y éste acordarlo, tal como ocurrió en el presente caso, la aplicación del procedimiento abreviado sin que mencione que tal acuerdo deba realizarse a través de acto motivado; por lo que, de acuerdo con lo antedicho esta Corte verifica que en la causa administrativa que se le siguió al recurrente no se incurrió de ninguna manera en fraude; siendo que en cuanto a la aplicación del procedimiento abreviado se actuó de conformidad con la Ley. Así se decide.

Ahora bien, en cuanto a las pruebas que se recabaron para fundamentar el procedimiento sancionatorio la parte denunciante no señaló a cuáles pruebas se refería determinándolas ni cómo se violentó a su juicio la cadena de custodia; por lo que esta Corte rechaza tal denuncia. Así se decide.

En relación a la ocurrencia de los vicios de falso supuesto de hecho y de derecho denunciados ya que de lo alegado y probado en la secuela del procedimiento sancionatorio, según los dichos de la parte recurrente, no se puede derivar la aplicación de los numerales 2 y 10 del artículo 69 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas; en relación con este punto esta Corte determinó ut supra que el procedimiento administrativo disciplinario cumplió con todos los requerimientos y extremos exigidos para la aplicación de la normativa mencionada, quedando demostrada la falta imputada; por esta razón, se desecha la denuncia interpuesta. Así se decide.

En cuanto a las declaraciones de los testigos evacuados en el seguimiento del iter procedimental administrativo, la parte recurrente no determina a cuáles testigos se refiere ni cómo ocurre las

defecciones denunciadas; por lo que, esta Corte desecha la presente denuncia; en relación a los puntos previos tampoco señala ni sucintamente la parte recurrente cómo se efectúa tal dislate ni a cuáles puntos se refiere; siendo esto así, se desecha la denuncia interpuesta. Así se decide.

Finalmente, es[e] Órgano Jurisdiccional estima pertinente señalar que en el caso de autos la parte recurrente al dar contestación a la apelación interpuesta por la parte recurrida refirió en ésta por primera vez, que '(...) no toma en cuenta la advertencia y exhorto que hace la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos'; lo cual, fue posteriormente puesto de manifiesto mediante diligencia presentada ante es[e] Órgano Jurisdiccional el 4 de noviembre de 2013, por el apoderado judicial de la parte recurrente indicando lo siguiente:

'En nombre de mi representado informo a esta Corte que el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, en cuanto al Régimen de Jubilaciones y Pensiones cuenta con un Reglamento especial, publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 34.149, de fecha 01 de febrero de 1.989 (sic). El cual dispone entre otros:

Artículo 7° El beneficio de jubilación podrá ser concedido de oficio o a solicitud de parte y el de pensión sólo a solicitud de parte interesada (...).

Artículo 12° Los funcionarios del Cuerpo Técnico de Policía Judicial que hayan cumplido veinte (20) años de servicio podrán solicitar que se le conceda la jubilación. Aquellos que cumplieron treinta (30) años de servicio pasarán a la situación de retiro y serán jubilados. El funcionario a quien le sea acordado el beneficio de jubilación gozará de una asignación mensual vitalicia calculada conforme a la siguiente escala (...).

Reglamento que muy bien conocen los Integrantes del Consejo Disciplinario del C.I.C.P.C., y las autoridades del Cuerpo policíaco tantas veces mencionado, el cual debe concatenarse, con el criterio Jurisprudencial de la

Sala Constitucional del Tribunal Supremo, proferido en la sentencia del 25 de enero de 2002, caso: 'ASODEVIPRILARA'; a través del cual advierte (...) que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos'.

Del texto transcrito, entiende esta Corte que la parte recurrente solicitó como un hecho aislado del tema discutido, que se le concediera el beneficio de la jubilación; el cual, no fue planteado en su escrito libelar, argumentando que la Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debía observarse al respecto.

Debe reparar esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que el tema del beneficio de jubilación ha sido conceptualizado por la Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como un tema de central trascendencia en la consolidación del Estado de Derecho y de Justicia que impera en nuestra República; no obstante, debe puntualizar esta Instancia Jurisdiccional, que en reiteradas oportunidades esta Sede decisora ha establecido que el debate procesal se concreta con la puesta en juego de diversos derechos de índole diversa; esto es, derechos constitucionales, legales u otros de las partes; que en todo caso, sin importar su relevancia deben ser expuestos por los interesados de tal manera que se permita a las partes ejercer el contradictorio; esto, como categoría basal de la secuela procesal, el debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva; permitiendo, de esta manera, los alegatos y las pruebas de las partes en relación a lo esgrimido.

En referencia a los hechos planteados como nuevos; esto es, aquellos planteados fuera de la litis trabada, esta Corte mediante sentencia N° 2012-2208 del 6 de junio de 2012, (caso: Jhonny González Noguera contra el Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Chacao del estado Miranda (sic), estableció que:

‘(...) es[a] Corte estima pertinente indicar que si bien respecto a la apelación existen limitaciones, entre las cuales vale mencionar que al apelante le está vedado el pretender establecer nuevos hechos, nunca discutidos, o variar los ya planteados, cambiando por tanto los extremos de la litis; sin embargo, sí se encuentra posibilitado de argüir fundamentos de derecho, incluso no esgrimidos en primera instancia, pero relacionados con los mismos hechos. En otros términos, pueden sumarse argumentaciones jurídicas, mas no pueden cambiarse las circunstancias fácticas del asunto a ser revisado por el tribunal de alzada. (Vid. sentencia N° 2012-0707 del 24 de abril de 2012, caso: Onelio Delmelo Bavaro contra la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia)’.

Así las cosas, siendo que la solicitud sobre el beneficio de la jubilación constituye una pretensión nueva que fue realizada fuera del cúmulo pretensional postulado en el libelo del recurso; de acceder esta Sede Jurisdiccional al análisis del beneficio comentado incoado en estado de sentencia, violentaría el derecho constitucional al debido proceso, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva de la parte recurrida, que descansan en este caso en la permanencia del thema decidendum, el cual se establece a través del trabamamiento de la litis, durante la secuela procesal; motivo por el cual, esta Corte considera que entrar a

conocer de la pretensión de jubilación solicitada ante esta Alzada sin que la misma haya formado parte del contradictorio en primera instancia y sin que la parte contra quien obra tal pedimento haya tenido la oportunidad de exponer lo que a bien considera al respecto, resultaría contrario a los derechos constitucionales referidos; razón por la que, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo se encuentra imposibilitada de verificar la procedencia o no de tal pretensión. Así se decide.

Con fundamento en lo precedentemente expuesto, es[e] Órgano Jurisdiccional declara ‘SIN LUGAR’ el recurso contencioso administrativo funcional deducido. Así se decide”.

III DE LA COMPETENCIA

Debe esta Sala determinar su competencia para conocer la solicitud de revisión planteada y, al respecto, observa que conforme con lo establecido en el artículo 336, numeral 10, 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...”.

Tal potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, abarca los fallos que hayan sido dictados por los tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional, efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional, o producido un error grave en su interpretación, o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales, tal como lo prevé el artículo 25, numeral 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y el fallo N° 93, del 6 de febrero de 2001 (caso: “Corpoturismo”), en el cual esta Sala determinó su potestad extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional de revisión.

De esta forma, visto que en el caso de autos se solicitó la revisión de la decisión definitivamente firme dictada, el 12 de agosto de 2014, por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, esta Sala se considera competente para conocerla y así lo declara.

IV MOTIVACIONES PARA DECIDIR

Determinada la competencia, pasa esta Sala a pronunciarse sobre la solicitud interpuesta y, al efecto, observa lo siguiente:

Como premisa inicial, esta Sala Constitucional debe reiterar que en su sentencia N° 93, del 6 de febrero de 2001 (caso: “Corpoturismo”), señaló que la facultad de revisión es “...una potestad estrictamente excepcional, extraordinaria y discrecional...”, por ello “...en lo que respecta a la admisibilidad de tales solicitudes de revisión extraordinaria esta Sala posee una potestad discrecional de admitir o no admitir el recurso cuando así lo considere”, de tal manera que “...la Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión ‘...sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales’...”.

En este sentido, la revisión constitucional no debe entenderse como una nueva instancia y, por lo tanto, el recurso en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la

uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, así como cuando se contraríen los criterios vinculantes de esta Sala Constitucional del Máximo Tribunal, lo que será determinado por la Sala en cada caso, siendo siempre facultativo de ésta su procedencia.

Expuesto lo anterior, se observa que el actor solicitó a esta Sala Constitucional el ejercicio de la facultad de revisión con respecto a la decisión definitivamente firme dictada, el 12 de agosto de 2014, por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que declaró i) su competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto por la sustituta del ciudadano Procurador General de la República, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital el 30 de abril de 2013, mediante la cual declaró con lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por el apoderado judicial del ciudadano Job De Jesús Pérez Castellanos, contra el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C.); ii) con lugar el recurso de apelación; iii) anuló la sentencia apelada; y iv) sin lugar el recurso contencioso administrativo funcional incoado.

En el marco de la solicitud bajo estudio, esta Sala destaca que una de las denuncias de la parte actora se centra básicamente en que “[l]a sentencia que hoy es objeto de estudio produjo indefensión a [su] representado ya que se le priva al mismo de acceder a un derecho adquirido como lo es la Jubilación al haber entregado a la República más de veintitrés años de su vida al servicio policial, situación esta que atenta flagrantemente sus derechos laborales y que va en contra de lo que el Estado ha perseguido por años que no es más que justicia social...”.

Al respecto agregó que “[l]a Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo a través del fallo que hoy se cuestiona no da respuesta a lo petitionado por [su] patrocinado,

no se establece con meridiana claridad el destino de este amén (sic) con respecto a sus años de servicio, señalando la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que la solicitud que se realizó en la contestación de la apelación no se había realizado anteriormente y que la litis ya se encontraba trabada, considerando (...) que evidentemente no podía señalarse al inicio de la causa tal circunstancia ya que antes de la decisión que hoy se objeta existía la decisión por parte del Juzgado Superior Décimo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital que habría declarado con lugar la pretensión de [su] asistido que en primer término era la de ser incorporado nuevamente a sus labores, sin embargo a través del transcurrir del tiempo vale señalar desde el año 2011 -tiempo en el cual se introduce la querella funcional- al año 2013 tiempo en que es introducido el recurso de apelación- siendo decidido al año siguiente 2014 la apelación interpuesta,

tiempo en el cual es afectado tanto emocional como económicamente [su] asistido y siendo como ya se dijo un derecho adquirido por este través de los años de servicio, debía prevalecer tal como lo indica el artículo 89 en su numeral 3° la realidad sobre la apariencia, siendo real que el ciudadano JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANOS era beneficiario de su derecho a la jubilación, dejando en un estado de indefensión al mismo, obteniendo de la sentencia cuestionada una doble penalidad, ya que no solo le es declarado sin lugar el recurso contencioso administrativo funcional sino que además no se le reconocen sus años de servicio en la administración pública, desatendiendo nuestra jurisprudencia patria vulnerando así lo establecido en el artículo 26 de nuestra Carta Magna como lo es la tutela judicial efectiva que se debe obtener de los órganos de la administración de justicia...”.

Con respecto al alegato expuesto por la parte actora en segunda instancia, en torno al beneficio de jubilación, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo dictaminó lo siguiente:

“Finalmente, es[e] Órgano Jurisdiccional estima pertinente señalar que en el caso de autos la parte recurrente al dar contestación a la apelación interpuesta por la parte recurrida refirió en ésta por primera vez, que ‘(...) no toma en cuenta la

advertencia y exhorto que hace la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos’; lo cual, fue posteriormente puesto de manifiesto mediante diligencia presentada ante es[e] Órgano Jurisdiccional el 4 de noviembre de 2013, por el apoderado judicial de la parte recurrente indicando lo siguiente:

‘En nombre de mi representado informo a esta Corte que el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, en cuanto al Régimen de Jubilaciones y Pensiones cuenta con un Reglamento especial, publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 34.149, de fecha 01 de febrero de 1.989 (sic). El cual dispone entre otros:

Artículo 7° El beneficio de jubilación podrá ser concedido de oficio o a solicitud de parte y el de pensión sólo a solicitud de parte interesada (...).

Artículo 12° Los funcionarios del Cuerpo Técnico de Policía Judicial que hayan cumplido veinte (20) años de servicio podrán solicitar que se le conceda la jubilación. Aquellos que cumplieron treinta (30) años de servicio pasarán a la situación de retiro y serán jubilados. El funcionario a quien le sea acordado el beneficio de jubilación gozará de una asignación mensual vitalicia calculada conforme a la siguiente escala (...).

Reglamento que muy bien conocen los Integrantes del Consejo Disciplinario del C.I.C.P.C., y las autoridades del Cuerpo policíaco tantas veces mencionado, el cual debe concatenarse, con el criterio Jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, proferido en la sentencia del 25 de enero de 2002, caso: ‘ASODEVIPRILARA’; a través del cual advierte (...) que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos’.

Del texto transcrito, entiende esta Corte que la parte recurrente solicitó como un hecho aislado del tema discutido, que se le concediera el beneficio de la jubilación; el cual, no fue planteado en su escrito libelar, argumentando que la Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debía observarse al respecto. (...Omissis...)

En referencia a los hechos planteados como nuevos; esto es, aquellos planteados fuera de la litis trabada, esta Corte mediante sentencia N° 2012-2208 del 6 de junio de 2012, (caso: Jhonny González Noguera contra el Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Chacao del estado Miranda, estableció que: (...Omissis...)

Así las cosas, siendo que la solicitud sobre el beneficio de la jubilación constituye una pretensión nueva que fue realizada fuera del cúmulo pretensional postulado en el libelo del recurso; de acceder esta Sede Jurisdiccional al análisis del beneficio comentado incoado en estado de sentencia, violentaría el derecho constitucional al debido proceso, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva de la parte recurrida, que descansan en este caso en la permanencia del

thema decidendum, el cual se establece a través del trabamamiento de la litis, durante la secuela procesal; motivo por el cual, esta Corte considera que entrar a conocer de la pretensión de jubilación solicitada ante esta Alzada sin que la misma haya formado parte del contradictorio en primera instancia y sin que la parte contra quien obra tal pedimento haya tenido la oportunidad de exponer lo que a bien considera al respecto, resultaría contrario a los derechos constitucionales referidos; razón por la que, es[a] Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo se encuentra imposibilitada de verificar la procedencia o no de tal pretensión. Así se decide” (Negrillas añadidas).

De la transcripción anterior esta Sala evidencia que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo consideró que el alegato referido al beneficio de jubilación -expuesto por el actor en la oportunidad de la contestación a la apelación en segunda instancia- “constituye una pretensión nueva que fue realizada fuera del cúmulo pretensional postulado en el libelo del recurso”, motivo por el cual “se encuentra imposibilitada de verificar la procedencia o no de tal pretensión”.

Tomando en consideración lo peticionado por la parte solicitante y la decisión de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo al respecto, es necesario destacar que, en sentencia de esta Sala Constitucional N° 1518/2007, reiterando criterio establecido en decisión N° 184/2002, precisó lo siguiente:

“No obstante lo anterior, ciertamente aprecia esta Sala del escrito de revisión interpuesto, que el solicitante alegó haber prestado servicios a la Administración Pública por casi veintiocho años, en atención a lo expuesto, se observa que el derecho a la jubilación es un beneficio o pensión que se le otorga a los funcionarios públicos, previa la constatación de los requisitos establecidos en la ley, como lo son la edad y un determinado tiempo de servicio dentro de la Administración Pública.

Así pues, se observa que este derecho se encuentra consagrado incluso dentro del Texto Constitucional en el artículo 147 eiusdem, cuando establece que es la ley nacional la que se encargará de establecer el régimen de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales.

En consecuencia, se observa que el prenombrado derecho se erige como un deber del Estado de garantizar el disfrute de ese beneficio ya que el mismo tiene como objeto otorgar un subsidio perenne e intransferible al funcionario, que previa la constatación de ciertos requisitos, se ha hecho acreedor de un derecho para el sustento de su vejez, por la prestación del servicio de una función pública por un número considerable de años.

Visto el contenido y la intención del legislador en dicha norma, es que esta Sala ha entendido que el derecho a la jubilación debe privar aun sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución, aún cuando estos sean en ejercicio de potestades disciplinarias, ya que debe la Administración proceder a verificar si el funcionario ha invocado su derecho a la jubilación o éste puede ser acreedor de aquel, razón por la cual, priva dicho derecho aún sobre los actos de retiro de la Administración Pública.

En idéntico sentido, se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 184 del 8 de febrero de 2002 (caso: ‘Olga Fortoul de Grau’), en la cual señaló:

‘Por lo tanto, la Sala declara sin lugar el amparo por estos motivos. Ahora bien, también observa la Sala que el accionante ha invocado la violación de su derecho social a la jubilación aduciendo reunir los requisitos para ello, y haber hecho la solicitud a ese fin.

Tratándose de un derecho social que no le debe ser vulnerado a la accionante, la Sala ordena se tramite dicha solicitud’.

Asimismo, observa esta Sala que el Estado Venezolano se erige como un Estado Social de Derecho y Justicia (ex artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el cual se encuentra dirigido a reforzar la protección jurídico constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes, en consecuencia, es por lo que éste – Estado- se encuentra obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de enero de 2002, caso: ‘ASODEVIPRILARA’).

En atención a la referida consagración, es que considera esta Sala que debe realizar una interpretación ajustada y conforme a los principios e intereses constitucionales que debe resguardar el Estado Venezolano y por ende los órganos de administración de justicia, razón por la cual, se advierte y se exhorta a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos, por lo que, constituye un deber de la Administración previo al dictamen de uno de los precitados actos verificar aún de oficio si el funcionario público puede ser acreedor del derecho a la jubilación y, por ende ser tramitado éste -derecho a la jubilación-.

En consecuencia, visto que del escrito de revisión el solicitante alega haber laborado en la Administración por un período que excede del necesario para

acordar el beneficio de la jubilación, se ordena a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, verificar conforme a sus antecedentes de servicio si el referido ciudadano puede ser beneficiario de dicho derecho y, de ser procedente sea acordada la jubilación al mismo. Así se decide” (Negrillas del fallo citado).

Sobre la base del criterio jurisprudencial establecido de manera pacífica y reiterada por esta Sala Constitucional, es menester considerar que, cuando la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo afirmó que “entrar a conocer de la pretensión de jubilación solicitada ante esta Alzada sin que la misma haya formado parte del contradictorio en primera instancia y sin que la parte contra quien obra tal pedimento haya tenido la oportunidad de exponer lo que a bien considera al respecto, resultaría contrario a los derechos constitucionales referidos [a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva]; razón por la que, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo se encuentra imposibilitada de verificar la procedencia o no de tal pretensión” (Negrillas añadidas), desconoció abiertamente la jurisprudencia reiterada por esta Sala en cuanto a la prevalencia del estudio del cumplimiento o no de los requisitos para el otorgamiento del derecho constitucional a la jubilación, de manera tal que garantizara el eventual derecho constitucional a la jubilación del recurrente en aquel juicio. De manera tal que, ante el argumento expuesto por el actor en ese sentido, sin importar el estado o grado del proceso, la Corte debía proceder al estudio del alegato conforme a la referida sentencia de esta Sala N° 1518/2007, teniendo en cuenta además, de ser aplicables, los criterios vinculantes de esta Sala en relación al Reglamento de Jubilaciones y Pensiones del Personal del Cuerpo Técnico de Policía Judicial (Cfr. sentencia de esta Sala N° 1230/2014).

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, esta Sala reitera que ante el alegato expuesto por la parte actora, lo correcto era que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo conociera, aun de oficio, tal argumento, y no desestimarlos en los términos expuestos, desconociendo los criterios vinculantes de esta Sala sobre la materia, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional dar respuesta al pedimento efectuado por el ahora solicitante, para lo cual deberá tener en cuenta las actas del expediente y hacer uso de sus potestades oficiosas, de ser el caso. Siendo que este no fue el proceder de la mencionada Corte, esta Sala declara ha lugar la solicitud de revisión constitucional, en consecuencia, anula el fallo sometido a revisión y ordena a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dicte un nuevo pronunciamiento en la presente causa, con observancia de lo dispuesto en el presente fallo. Así se declara.

V DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara HA LUGAR la solicitud de revisión interpuesta por el ciudadano JOB DE JESÚS PÉREZ CASTELLANOS, asistido por el abogado William Alberto Ramos Aguilar, ya identificados, de la sentencia N° 2014-1247, dictada el 12 de agosto de 2014 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, ANULA el fallo sometido a revisión constitucional y ORDENA a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dicte un nuevo pronunciamiento en la presente causa, con observancia de lo dispuesto en el presente fallo.

Publíquese, regístrese y archívese el expediente. Remítase copia certificada de la presente decisión a la Corte Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 11 días del mes de agosto de dos mil diecisiete (2017). Años: 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

El Presidente de la Sala,
JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

El Vicepresidente,
ARCADIO DELGADO ROSALES

Los Magistrados,
CARMEN ZULETA DE MERCHÁN
CALIXTO ORTEGA RÍOS
LUIS FERNANDO DAMIANI BUSTILLOS

Ponente
LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON
RENÉ ALBERTO DEGRAVES ALMARZA

La Secretaria (Temporal),
MÓNICA ANDREA RODRÍGUEZ FLORES

Exp. N° 2016-0417
LFDB

Jurisprudencia 2**SENTENCIA 420 27/11/2017. SALA DE CASACION PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.****RECURSO DE CASACIÓN****NORMATIVA LEGAL: ARTÍCULO 346 NUMERALES 3 y 4 DEL CÓDIGO ORGANICO PROCESAL.****ASUNTO: RECURSO DE CASACION****DESCRIPTORES: RECURSO, CASACION PENAL, ORDEN PÚBLICO, DERECHOS HUMANOS.****TITULO**

Casación de Oficio, por ante la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en contra de la sentencia de fecha 30 de enero del 2017, en contra de la decisión proferida por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa Pública y en consecuencia confirmó el fallo dictado el 15 de diciembre del 2015, por el Tribunal Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Lara mediante el cual condenó al ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, a cumplir la pena de treinta (30) años de prisión por la comisión del delito de TRÁFICO ILÍCITO AGRAVADO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS BAJO LA MODALIDAD DE OCULTACIÓN, previsto en el encabezado del artículo 149 en relación con el numeral 11 del artículo 163 de la Ley Orgánica de Droga.

SÍNTESIS LEGAL

Recurso de Casación asistido por la Defensoría Pública Segunda adscrita a la Defensa Pública del Estado Lara, Extensión Carora, con fundamento en los artículos 19, 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 346 del Código Orgánico Procesal Penal, denunciando infracciones de orden público y constitucional con vicio de Violación de Ley por indebida aplicación.

RESUMEN DE DATOS

En fecha quince (15) de diciembre del año 2015, el Tribunal Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, condeno al ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, a cumplir la pena de treinta (30) años de prisión por la comisión del delito de TRÁFICO ILÍCITO AGRAVADO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS BAJO LA MODALIDAD DE OCULTACIÓN, previsto en el encabezado del artículo 149 en relación con el numeral 11 del artículo 163 de la Ley Orgánica de Droga.

En fecha trece (13) de enero del año 2016, la Defensa Pública interpuso recurso de apelación contra la citada decisión.

En fecha treinta (30) de enero del año 2017, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia confirmó el fallo dictado el quince (15) de diciembre del año 2015, por el Tribunal Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Lara.

Ahora bien, como quiera que en el presente caso operó vicio de Violación de Ley por indebida aplicación, por parte de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, al declarar

sin lugar el recurso de apelación interpuesto por parte de la Defensa Pública y al no exponer la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estimo acreditados para confirmar la sentencia condenatoria del Tribunal Quinto de Primera Instancia en Función de Juicio del Estado Lara.

JUSTIFICACIÓN

En el marco de la solicitud del Recurso de Casación, se pretendió impugnar la decisión de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Lara, la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión dictado por el Tribunal Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Lara, al no haber expuesto la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que la Corte estimo acreditados para confirmar la sentencia.

La ausencia de determinación viola el Debido Proceso, 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 en sus artículos 49 y 51; la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 10 y 11; Declaración Americana Artículo 25; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Artículo 14 y la Convención Americana 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 19 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, pues en esencia la Tutela Judicial realmente efectiva no es más que el cumplimiento y respeto cabal de los renombrados Derechos Humanos en general, según sea el caso planteado.

CONCLUSION

En definitiva, la Defensa Pública logró, la declaratoria con Lugar del presente recurso de casación, obteniendo como resultado la Nulidad de la decisión dictada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Lara en fecha 30 de enero del año 2017, la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa Pública en contra de la decisión de fecha 15 de diciembre del 2015 emitida por el Tribunal Quinto de Primera Instancia en lo Penal en funciones de juicio del Circuito Judicial del estado Lara. La sentencia que hoy es objeto del recurso, produjo un estado de indefensión en perjuicio del ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, a quien la decisión emitida por la alzada violentó el derecho a la defensa y al debido proceso, al no haberle tomado en cuenta la determinación precisa y circunstanciada del hecho que se le acredita, 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

MAGISTRADO PONENTE DR. MAIKEL JOSÉ MORENO PÉREZ

La presente causa se originó debido al acta policial de fecha quince (15) de octubre de 2012, procedimiento que fuese realizado por funcionarios adscritos a la Tercera Compañía Nro. 47 del Comando Regional Nro. 4 de la Guardia Nacional Bolivariana de Venezuela, destacándose, entre otras cosas, lo siguiente:

“... En esta misma fecha, siendo las 11:00 horas de la mañana, compareció ante este despacho, el funcionario: S/A. MOGOLLÓN GREGORIO JOSÉ, Militar al servicio activo de la Guardia Nacional, actualmente prestando sus servicios en el Punto de Control Fijo La Pastora de la Tercera Compañía del Destacamento Nro. 47 del Comando Regional Nro. 4, de la Guardia Nacional Bolivariana de Venezuela (...) „El día de hoy, siendo aproximadamente las 04:00 horas de la mañana, me encontraba de servicio en el Punto de Control Fijo antes indicado, ubicado en el Sector La Pastora, Parroquia Cecilio Zubillaga, Municipio Torres del Estado Lara, en compañía del SM/2DA. ESCOBAR VÁSQUEZ ERNESTO, SM/3RA. MORILLO CAURO JOSÉ y S/2DO. GIL MONTILLA ENDERSON, cumpliendo funciones inherentes al servicio de seguridad, donde observamos un vehículo de transporte público perteneciente a la empresa Expresos Mérida, signado con el Nro. 0117, placas 6000A4S, que se desplazaba en sentido Trujillo-Lara, conducido por un ciudadano, a quien se le indicó que se estacionara al lado derecho de la vía ya que el (sic) el vehículo y sus pasajeros, serían objeto de una revisión (...) procediendo a identificar plenamente (...) al conductor del vehículo y su colector, quienes resultaron ser: Y.A.M.M. y P.S.C., una vez identificados ambos ciudadanos, se le indicó a cada uno de los ciudadanos pasajeros que viajaban (...) que se bajaran (...) y cada quien retirara del maletero del vehículo su respectivo equipaje, ya que los mismos serían objeto de una requisa, procediendo antes de iniciar la requisa a solicitarle la colaboración a los ciudadanos: K.S.B.O., B.M.M., G.D.R.R., J.J.C.R. y N.D.C.D., al igual que el chofer y su ayudante, para que sirvieran como testigos de la requisa que se le iba a efectuar (...) una vez culminada la requisa de los equipajes (...) se le indicó a los ciudadanos pasajeros que subieran nuevamente al vehículo (...) al culminar de subir los pasajeros, el S/2DO. GIL MONTILLA ENDERSON, subió nuevamente al primer piso del vehículo y efectuó la requisa de los bolsos y objetos que se encontraban en el portaequipaje del interior del autobús, culminando la misma y pasando al segundo piso del vehículo, donde en el portaequipaje que se encuentra (sic) encima de los asientos Nros. 6 y 7, se encontró un bolso de color azul y negro, marca BACKPACK, tipo morral y al preguntar sobre el propietario de dicho morral (...) ninguno de los pasajeros manifestó ser el propietario (...) lo que nuevamente le fue solicitada la colaboración a los mismos testigos, para efectuar la requisa (...) al abrirlo (...) se encontró en el interior del mismo, la cantidad de dos envoltorios en forma rectangular, tipo panela, forrados con cinta plástica o tirro de color marrón, en cuyo interior se observó un polvo de color blanco de olor fuerte y penetrante, presuntamente de la droga conocida como Cocaína y dos envoltorios en forma rectangular, tipo panela, forrados con el mismo material en cuyo interior se observaron restos vegetales de olor fuerte y penetrante, presuntamente de la droga conocida como Marihuana, motivo por el cual se procedió a trasladar los ocupantes (...) la presunta droga y el vehículo de transporte público, hasta la sede del Comando de la Tercera Compañía en Carora, donde se efectuó el pesaje de la presunta droga (...) arrojando como resultado los dos (2) envoltorios de la presunta droga conocida como Marihuana (...) peso en bruto total aproximado de UN KILO SETECIENTOS SETENTA Y CINCO GRAMOS (01,775 KG) y los dos (2) envoltorios de la presunta droga conocida como Cocaína, un peso en bruto aproximado de DOS KILOS CON VEINTICINCO GRAMOS (02,025 KG). Una vez obtenido el pesaje de la presunta droga se le informó sobre el procedimiento realizado al Abg. BRINER ALÍ DABOÍN (...) Fiscal Vigésimo Séptimo del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Lara (...) en este mismo acto se deja constancia que el P.S.C., chofer del vehículo del transporte público, manifestó que en terminal de Mérida se encontraban las grabaciones (...) de todas las personas que ingresan al terminal, y a su vez este ciudadano le tomo una foto al morral donde se encontró la presunta droga

y se le envió por medio de su teléfono al ciudadano gerente de expresos (...) para confirmar quien había ingresado al terminal con el morral (...) dando respuesta el ciudadano gerente de Expresos Mérida que habían revisado el video y en el (...) aparece un ciudadano que se encuentra vestido con una camisa manga corta de color blanco y rayas de color, azul, gris, beige y negro, pantalón jean de color azul, y este a su vez se encontraba acompañado de una ciudadana quien portaba el morral donde fue encontrada la presunta droga, igualmente el (...) gerente de Expresos Mérida, manifestó que en el video se refleja que la ciudadana que acompañaba al ciudadano lo acompañó hasta el autobús pero no ingresó al mismo, por lo que se presume que esta (...) le entregó el bolso con la presunta (sic) al ciudadano para que lo transportaba, por lo que se procedió (...) los pasajeros del vehículo que formaran una fila por separado las damas y los caballeros logrando identificar por medio de la forma como se encuentra (sic) vestido al ciudadano presunto responsable de haber ingresado al autobús el bolso donde fue encontrada la presunta droga, quedando identificado el mismo como: XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, C.I.V.- 20.434.838, DE NACIONALIDAD VENEZOLANA, DE 22 AÑOS DE EDAD, NACIÓ (sic) EL 20-05-1.990 (...) DE PROFESIÓN U OFICIO AGRICULTOR (...) este ciudadano al momento de verificar en qué lugar del autobús se encontraba sentado, se detectó que el mismo viajaba en un puesto atrás del lugar donde se encontró el bolso con la presunta droga, igualmente se deja constancia que al ciudadano (...) le fueron leídos sus derechos (...) igualmente le fue retenido el teléfono celular...(...) es todo (...) Se terminó, se leyó y conforme firman..." (folio 4 y su vuelto de la pieza 1).

El quince (15) de diciembre de 2015, el Tribunal Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, a cargo de la abogada BEATRIZ PÉREZ SOLARES, CONDENÓ al ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, a cumplir la pena de treinta (30) años de prisión por la comisión del delito de TRÁFICO ILÍCITO AGRAVADO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS BAJO LA MODALIDAD DE OCULTACIÓN, previsto en el encabezado del artículo 149 en relación con el numeral 11 del artículo 163 de la Ley Orgánica de Drogas.

El trece (13) de enero de 2016, el abogado CARLOS ARRIECHE CRESPO, Defensor Público Primero Penal Ordinario, adscrito a la Defensa Pública del Estado Lara, en representación del ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, interpuso recurso de apelación contra la citada decisión.

El treinta (30) de enero de 2017, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, constituida por los jueces ARNALDO OSORIO PETIT (Presidente), LUIS RAMÓN DÍAZ RAMÍREZ (Integrante) y JORGE ELIECER RONDÓN (Ponente), declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia confirmó el fallo dictado el quince (15) de diciembre de 2015, por el Tribunal Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Lara.

Esta tesis no fue compartida por el abogado LUIS RAMÓN RAMÍREZ, Juez Superior de la respectiva Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, quien salvó su voto.

El catorce (14) de marzo de 2017, el abogado CARLOS ENRIQUE CORTEZ RIERA, en su condición de Defensor Público Segundo, adscrito a la Defensa Pública del Estado Lara, Extensión Carora, y en representación del ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, ejerció el recurso de casación, el cual no fue contestado por la representación fiscal.

El veinticuatro (24) de mayo de 2017, se le dio entrada a las actuaciones en la Sala de Casación Penal, asignándole el alfanumérico AA30-P-2017-000166, así mismo, en esa misma fecha se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado Doctor MAIKEL JOSÉ MORENO PÉREZ, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El veintitrés (23) de octubre de 2017, a través de la sentencia número 351, la Sala de Casación Penal declaró admisible la primera denuncia del recurso de casación.

El veintiséis (26) de octubre de 2017, se convocó a la audiencia correspondiente, la cual tuvo lugar el catorce (14) de noviembre de 2017, con la asistencia de las partes. Durante el desarrollo de la misma, el abogado JAVIER JOSÉ HERNÁNDEZ ACEVEDO, Defensor Público Segundo ante las Salas Plena y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en representación del ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, expuso sus alegatos y consignó escrito en el cual indicó:

“... El Defensor Público con fundamento en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, DENUNCIAN (sic) en el vicio de Violación de Ley por indebida aplicación del artículo 346 del Código Orgánico Procesal Penal, en sus numerales 3 y 4, que es la falta de motivación de la sentencia (...) Se alega la infracción del artículo 346 numeral 3 del Código Orgánico Procesal Penal y debemos destacar inicialmente que este numeral no puede ser vulnerado por la Corte de Apelaciones ya que no fija hechos, en cuanto a la violación del numeral 4 de la norma denunciada referido a la exigencia que la sentencia impugnada obligatoriamente debe tener los fundamentos de hecho y derecho para resolver la Litis y que a nuestro entender de no estar plasmados en el cuerpo de la misma estamos ante un acto inmotivado y cuáles son esos elementos que dan fundamento a nuestra pretensión en este acto según el cuerpo del recurso de casación: a).- Que no fueron en efecto determinados de manera precisa y circunstanciada los hechos que el Tribunal, estima acreditados, apreciados. b).- La Corte de Apelaciones no observó la contradicción del Tribunal de juicio cuando sienta que „... Prueba de ello ha sido la deposición de los actuantes y de los testigos..., siendo que en el presente caso los testigos instrumentales (...) no acudieron o no fueron evacuados durante el debate oral y público, dicho de los que prescindió la ciudadana juez de juicio no dejando constancia en su fundamentación por lo cual mal puede valorarlos con el resto del acervo probatorio que fueron evacuados durante el juicio oral y público. c).- Inobservó la Corte de Apelaciones que la Juez de Juicio fundamentó que quedó establecido sin lugar a dudas que se realizó en la investigación en las instalaciones del terminal de pasajeros de la ciudad de Mérida, lugar de partida de la unidad, donde se fijó el hecho mediante documental referida a la inspección técnica número 4090, de fecha 17/11/2012, por los agentes Jordan Vera y Andriu Padilla, donde dejan constancia de la inspección realizada al interior del terminal de pasajeros José Antonio Paredes, del Estado Mérida, donde se observaron cámaras de seguridad y televisores destinados para la vigilancia. Se sustancian con la deposición de José Luis Morillo Cauro, quien describió el hecho de coleccionar el video, por parte del conductor de la unidad y en concordante con la declaración de Ernesto Rodrigo Escobar Vázques, quien refirió el hecho de llamar al terminal y le enviaron fotos del morral. Constatándose en el video que una ciudadana le dio el bolso al acusado y que presuntamente, éste lo introdujo en el autobús por la coincidencia de las características físicas, éstas que nunca fueron descritas en la sentencia y de la vestimenta que aseguró era un jean y una camisa corta de rallas, lo que hace que hasta el momento se excluyan a los otros 26 pasajeros e inclusive el chofer del transporte público quienes pusieron de igual manera haber introducido el bolso, por lo que según su convicción, el bolso respondía al hoy acusado. d).- Inobservó la Corte de Apelaciones tal y como lo delata la defensa que se valoraron elementos probatorios que no fueron promovidos y evacuados tal como el prenombrado video. e).- Inobservó la Corte de Apelaciones que la Juez de Juicio valora una experticia efectuada por el funcionario Andriu padilla, sin embargo la experticia no fue evacuada en el juicio oral, así tampoco, se contó con la deposición del experto que la realizó, quien nunca compareció al juicio oral y de quien el tribunal ordenó su comparecencia a través del uso de la fuerza pública, pero que al momento de las conclusiones de juicio, ésta prescindió de la testimonial de este experto, pero sin embargo valoró dicho medio de prueba. f).- Considera el impugnante que al no evacuar estos medios de pruebas se deja en estado de indefensión al hoy penado, ya que estos fueron admitidas en su momento por el juez de control en la audiencia preliminar pero no fueron evacuadas, lo que vulnera el contenido

de la sentencia 747 de fecha 23 de mayo del año 2011, de la Sala Constitucional de éste tribunal, en lo que respecta al derecho a la defensa (...) Ahora bien ciudadanos Magistrado es hondo el vicio delatado por el ciudadano Defensor Público sobre la franca inmotivación de la sentencia dictada en fecha 30 de enero de 2017, por la Corte de Apelaciones del Estado Lara, como se desprende de los elementos antes expuestos que son el fundamento de este Recurso extraordinario (...) habida cuenta que la Corte de Apelaciones inobservó en su fallo el trato que el Tribunal A quo dio al Juicio Oral y Público (...) con el solo dicho de los funcionarios policiales que practicaron el procedimiento donde fue ubicado el bolso en los asientos 6 y 7 de un transporte público de expresos Mérida, siendo que el ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, se dirigía a la ciudad de Valencia estado Carabobo en el asiento 9 del citado transporte público y solo por ir en uno de los asientos de atrás de donde iba la droga ello creo certeza de que era de él, ciudadanos Magistrados junto a este ciudadano viajaban 26 personas más y el conductos de la unidad y quizá sus dichos hubieron aportado mucho a este proceso (...) Considera la Defensa, que el tribunal del Alzada no motivo y sólo se limitó a dar por cierto el testimonio de los funcionarios policiales y lo sentado por el Tribunal Quinto (5) de Juicio del Estado Lara (...) PETITORIO Con base a las consideraciones de hecho y de derecho que anteceden, se solicita respetuosamente a los honorables magistrados que conforman la Sala de Casación Penal, Primero: declaren CON LUGAR el recurso de casación incoado por el Defensor Público del ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, y Segundo: Que sea decretada la nulidad de la sentencia impugnada y se ordene la celebración de un nuevo Juicio Oral y Público ante un Tribunal distinto...”.

A su vez, la abogada LIZETTE RODRÍGUEZ PEÑARANDA, Fiscal Segunda del Ministerio Público ante las Salas Plena, de Casación y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expuso sus alegatos y consignó escrito mediante el cual expresó:

“...Esta Representación del Ministerio Público, luego de efectuar el correspondiente estudio de las actas procesales, observa que el objeto del recurso de casación interpuesto por el abogado CARLOS ENRIQUE CORTEZ RIERA, en su condición de Defensor Público Segundo, adscrito a la Defensa Pública del Estado Lara, Extensión Carora, actuando en representación del ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, lo constituye la sentencia dictada el treinta (30) de enero de 2017, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de esa entidad regional, que declaró SIN LUGAR la apelación interpuesta, en orden a impugnar el fallo proferido por el Juzgado Quinto (5°) de Primera Instancia en Función de Juicio del mismo Circuito de Judicial, el día 1 de diciembre de 2015 y, publicado el día 15 del referido mes y año, que CONDENÓ al nombrado ciudadano a cumplir la pena de TREINTA (30) AÑOS DE PRISION, por la comisión del delito de TRAFICO ILICITO AGRAVADO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS BAJO LA MODALIDAD DE OCULTACION, previsto y sancionado en el artículo 149 primer aparte de La Ley de Drogas en relación con el artículo 163 ordinal 11° ejusdem, en perjuicio del Estado Venezolano (...) Seguidamente, en el capítulo denominado “RESOLUCIÓN DEL RECURSO”, el Juzgado de la Segunda Instancia va dando respuesta a cada uno de los qué cuestionamientos de forma y de fondo alegados, basándose en el contenido de las actas y, en especial de la que recoge el debate oral y público, así como en la de fundamentación de la decisión emitida por el Tribunal de Juicio, procediendo luego a realizar algunas precisiones y explanar conclusiones particulares y propias con relación a los puntos controvertidos, dejando establecidos de manera expresa los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el criterio judicial adoptado (...) En lo que concierne al tercer motivo que sustenta el recurso de apelación, referido a la falta de motivación de la sentencia, el Órgano Judicial de Alzada, primeramente realiza una disertación relativa a las exigencias inherentes a la motivación de los fallos, luego cita distintos criterios jurisprudenciales a ese respecto, y realiza el análisis de la actividad de valoración probatoria de los jueces de primera instancia, a la luz de la normativa procesal penal aplicable. Acto seguido, conforme a esas consideraciones generales, pasa a resolver de manera particular el punto

controvertido, transcribiendo previamente los capítulos de la decisión condenatoria denominados „DE LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL ESTIMA ACREDITADOS Y PROBADOS EN JUICIO y DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO...”.

En virtud de ello, habiendo sido designado para emitir pronunciamiento sobre el presente recurso de casación, con el referido carácter se resuelve en los términos siguientes:

I DEL RECURSO DE CASACIÓN

Consta en las actas de la causa en estudio, que el abogado CARLOS ENRIQUE CORTEZ RIERA, Defensor Público Segundo, adscrito a la Defensa Pública del Estado Lara, Extensión Carora, en representación del ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, a través del recurso de casación recibido en la Secretaría de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el veinticuatro (24) de mayo de 2017, indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

“... DENUNCIA PRIMERA: Con fundamento en el artículo 452 del COPP por indebida aplicación en los siguientes términos: (...) contraviniendo los requisitos de la sentencia del artículo 346, numerales 3 y 4 ejusdem (sic) que es la falta de motivación de la sentencia. En efecto, la decisión apelada incurre en una falta manifiesta en su motivación, en virtud de que la juzgadora no determina en una forma precisa y circunstanciada (...) [como] la juez de juicio cae en contradicción cuando señala en la decisión (...) textualmente: „Prueba de ello ha sido la deposición de los actuantes y de los testigos (...) testigos (...) [que] no acudieron o no fueron evacuados al debate oral y público, los cuales (...) fueron prescindidos por la juez de juicio, de lo cual no dejo (sic) constancia en su fundamentación (...) esta defensa técnica estima que (...) [se] valora elementos probatorios que no fueron promovidos y evacuados (...) [un] video, como lo indica (...) la sentencia (...) situación esta que no observaron la mayoría de la Corte de Apelaciones (...) [además] de una experticia efectuada por el funcionario Andriu Padilla [que] no fue evacuada en el juicio oral y al cual la juez ordenó su comparecencia a través del uso de la fuerza pública y al momento de las conclusiones del juicio, esta prescindió de la testimonial de este experto y de manera contradictoria valoró la testimonial de dicho experto (...) incurriendo de esta manera en el juicio de inmotivación (sic) (...) no menciona cuáles son esos medios probatorios que incorpora al debate (...) en consecuencia ocasionando indefensión del procesado (...)

Visto las (sic) innumerables vicios en que incurrió la (...) la Corte de Apelaciones, tal como fueron denunciados y como consta en autos, solicitó que ambas decisiones judiciales (la de (sic) juez de juicio y de la Corte de Apelaciones) sean anuladas y revocadas, por ser contrarias a derecho, por ser violatorias de normas constitucionales y legales...”.

II CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Pues bien, en fecha veintitrés (23) de octubre de 2017, debido a lo esgrimido por la defensa pública del ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, admitió la primera denuncia del recurso de casación, por la falta de aplicación del numeral 4 del artículo 346 del Código Orgánico Procesal Penal, infracción en la que incurrió la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, en la fundamentación de la decisión dictada el treinta (30) de enero de 2017, al silenciar y no dar respuesta a los argumentos expuestos, lo que conllevó a que no se expresaran los motivos por los cuales declaró sin lugar lo pretendido por el recurrente.

En el escrito contentivo del recurso de apelación, la defensa pública indicó lo siguiente:

“... TERCERA DENUNCIA: De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 444 del Código Orgánico Procesal Penal, denunció la falta de motivación de la sentencia, por la infracción de

los numerales 3 y 4 del artículo 346 eiusdem, por falta de determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estime acreditados y la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho (...) Como podemos ver, se pone en evidencia en la recurrida de un vicio que afecta la motivación de la sentencia, pues el Juez de Juicio, contrapuestamente a lo que ha venido sosteniendo constantemente la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto a la manera y a los requisitos formales que debe contener la sentencia en cuanto al análisis de los órganos de prueba, su valoración y su desestimación, en especial de las testimoniales; no expresó las razones que tomó en consideración [para] valora unas deposiciones, y de cómo esta valoración encuadra en el supuesto de hecho exigido por la Ley sustantiva penal...”.

Por su parte, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, al resolver el recurso de apelación, lo hizo de la siguiente manera:

“... Antes de entrar a analizar la tercera denuncia invocada por la recurrente de autos, esta Alzada considera oportuno citar [el] el criterio establecido por esta instancia en otras decisiones respecto a la definición sobre la motivación de una sentencia, que nos es otra cosa que un conjunto organizado de razonamientos de hechos y de derecho en que el Juez apoya su decisión, debiendo razonar, explicar y fundamentar cuales fueron los elementos que lo llevaron a fijar los hechos controvertidos en el proceso, que justifiquen el dispositivo del fallo (...) Así las cosas, se procede a estudiar la denuncia presentada por el recurrente en los siguientes términos (...) Debemos señalar que el juez debe valorar la totalidad de los elementos probatorios en su fallo, siendo necesario para ello indicar como los valora, dándole la importancia del aporte de la misma, y en caso contrario su desestimación pero siendo necesario la valoración de todas las pruebas (...) pues al omitir la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estima acreditados y la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho, infringe indudablemente lo establecido en el artículo 346 en sus numerales 3 y 4 del Código Orgánico Procesal Penal (...) Cuando la sentencia sea condenatoria, deberá establecer una relación precisa de causalidad entre la conducta concreta del imputado que se dé por probada y el resultado dañoso que se le atribuya como efecto del delito cometido; con respecto al numeral 4, es el punto preciso para la explanación de los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia, en el entendido de que los fundamentos de hechos no son otra cosa que la valoración de las pruebas en las que se apoya la decisión (...) estos Juzgadores que integran la Corte de Apelaciones, constata que No le asiste la razón al Defensor Público hoy recurrente, cuando le atribuye a la sentencia recurrida la falta de motivación, toda vez, que el Juzgador del Tribunal a quo, en los capítulos denominados „DE LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL ESTIMA ACREDITADOS Y PROBADOS EN JUICIO y DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO, sin cumplió con su deber de fundamentar su sentencia condenatoria, de acuerdo a los principios que autorizan y justifican la valoración, adminiculación y concatenación de los diferentes medios probatorios que fueron objeto del contradictorio (...) De la decisión impugnada (...) se evidencia claramente que contrapuesto a lo alegado por el recurrente de autos, esta Alzada corroboró que en el presente caso el Juzgador del Tribunal de la recurrida, indica claramente la forma cómo valora los elementos probatorios traídos al contrario (sic) y con el cual se demostró la participación del ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO, en el delito de TRÁFICO ILÍCITO AGRAVADO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS BAJO LA MODALIDAD DE OCULTACIÓN, previsto y sancionado en el artículo 149 primer aparte de la Ley Orgánica de Drogas, en relación con el artículo 163 ordinal 11° (sic) de la Ley Orgánica de Drogas, es decir, se visualiza de la decisión recurrida, una narrativa de modo, tiempo y lugar, como se inicio el procedimiento, así como la comparación, adminiculación y concatenación del acervo probatorio llevado al contradictorio, justificando de esta manera el dispositivo del fallo, siendo este el producto de la actividad razonada y motivada, lo cual configura la debida motivación que debe tener toda sentencia, y el cual se constato en el caso en estudio, garantizando de esta manera el Tribunal a quo, la seguridad jurídica de las partes, así

como el derecho a la defensa, el debido proceso y la tutela judicial efectiva (...) la apreciación que realiza el Juez del Tribunal, está enmarcada de acuerdo a la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas experiencias (...) De lo anteriormente expuesto, se concluye que no le asiste la razón al recurrente de autos, dado que la Juzgadora del Tribunal a quo, realiza la debida valoración de todas y cada una de las pruebas testimoniales rendidas por los funcionarios actuantes (...) quienes efectuaron las siguientes experticias: Experticia Toxicológica: N° 9700-127-ATF-3072-12, de fecha 1° de diciembre de 2012 (...) Experticia Botánica: N° 9700-127-ATF-3073-12, de fecha 1° de diciembre de 2012 (...) Y Experticia Química: N° 9700-127-ATF-3074-12, de fecha 1° de diciembre de 2012 (...) Asimismo, el tribunal recurrido realiza la valoración de la prueba documental realizada por el experto TSU Carlos Reyes, adscrito a la Unidad de Experticias Informáticas del Departamento de Criminalística de la delegación del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, quien realizó la experticia de reconocimiento técnico, análisis y funcionalidad, transcripción de mensajes de textos y registro de llamadas, signada con el N° 9700-127-DC-UEI-472-12, de fecha 21-11-2012 (...) de igual modo, la prueba documental realizada por los agentes YORDAN MERA y ADRIU PADILLA, adscritos a la Sub Delegación Mérida, quienes realizaron la Inspección Técnica N° 4090 de fecha 17 de noviembre de 2012, quienes dejaron constancia de la inspección realizada en el interior del terminal de pasajeros „José Antonio Paredes, y por último la prueba documental realizada, por el experto Inspector ROIMAN ÁLVAREZ, adscrito al Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, quien realizó la experticia de Reconocimiento Técnico, signado con el N° 9700-0056-AT-01344-12, de fecha 27 de diciembre de 201 (sic) sobre una hoja de color amarillo correspondiente a una nómina de pasajeros signada con el N° 24621 (...) donde se aprecian entre otros la lista de 27 personas con sus respectivos numeración de cédula de identidad, entre los cuales se aprecia el N° 9 a nombre de XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, cédula de identidad N° V-20.434.838 (...) determinando que la sentencia de instancia está ajustada a derecho, todo de conformidad con los principios constitucionales de tutela judicial efectiva, debido proceso, derecho a la defensa y con lo establecido en los artículos 157 y 346 del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que se declara SIN LUGAR la presente denuncia y en consecuencia, se declara SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto y se CONFIRMA en todas y cada una de sus partes el fallo objeto de apelación. Y ASÍ SE DECIDE...”.

No queda dudas para la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, que en la decisión de fecha treinta (30) de enero de 2017, proferida por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, el órgano superior no resolvió la tercera denuncia contenida en el escrito de interposición del recurso de apelación de sentencia, propuesto en su oportunidad por el abogado CARLOS ARRIECHE CRESPO, quien actuaba como Defensor Público Primero Penal Ordinario, adscrito a la Defensa Pública del Estado Lara, del ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, contra la decisión publicada el quince (15) de diciembre de 2015, por el Tribunal Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, quien lo declaró culpable, condenándolo a cumplir una pena de treinta (30) años de prisión por la comisión del delito de TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS BAJO LA MODALIDAD DE OCULTACIÓN, previsto en el artículo 149 primer aparte del la Ley Orgánica de Drogas, en relación con el numeral 11 del artículo 163 eiusdem.

Efectivamente, en primer lugar la Alzada pasa a precisar una definición de lo que es la sentencia como acto procesal, destacando que viene hacer aquel “... conjunto organizado de razonamientos de hechos y de derecho en que el Juez apoya su decisión, debiendo razonar, explicar y fundamentar cuales fueron los elementos que lo llevaron a fijar los hechos controvertidos en el proceso, que justifiquen el dispositivo del fallo...”; no obstante a ello, sin más fundamento adiciona en el escrito que “...contrapuesto a lo alegado por el recurrente de autos, esta Alzada corroboró que en el presente caso el Juzgador del Tribunal de la recurrida, indica claramente la forma cómo valora

los elementos probatorios traídos al contrario (sic) y con el cual se demostró la participación del ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO, en el delito de TRÁFICO ILÍCITO AGRAVADO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS BAJO LA MODALIDAD DE OCULTACIÓN, previsto y sancionado en el artículo 149 primer aparte de la Ley Orgánica de Drogas, en relación con el artículo 163 ordinal 11° (sic) de la Ley Orgánica de Drogas, es decir, se visualiza de la decisión recurrida, una narrativa de modo, tiempo y lugar, como se inicio el procedimiento, así como la comparación, adminiculación y concatenación del acervo probatorio llevado al contradictorio...”.

De esta manera, termina justificando que visto “...lo anteriormente expuesto, se concluye que no le asiste la razón al recurrente de autos, dado que la Juzgadora del Tribunal a quo, realiza la debida valoración de todas y cada una de las pruebas testimoniales rendidas por los funcionarios actuantes (...) quienes efectuaron las siguientes experticias: Experticia Toxicológica: N° 9700-127-ATF-3072-12, de fecha 1° de diciembre de 2012 (...) Experticia Botánica: N° 9700-127-ATF-3073-12, de fecha 1° de diciembre de 2012 (...) Y Experticia Química: N° 9700-127-ATF-3074-12, de fecha 1° de diciembre de 2012...”.

Asimismo, complementa que “... el tribunal recurrido realiza la valoración de la prueba documental realizada por el experto TSU Carlos Reyes, adscrito a la Unidad de Experticias Informáticas del Departamento de Criminalística de la delegación del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, quien realizó la experticia de reconocimiento técnico, análisis y funcionalidad, transcripción de mensajes de textos y registro de llamadas, signada con el N° 9700-127-DC-UEI-472-12, de fecha 21-11-2012...”.

Para culminar, que debido al resultado de las pruebas documentales realizadas “...por los agentes YORDAN MERA y ADRIU PADILLA, adscritos a la Sub Delegación Mérida, quienes realizaron la Inspección Técnica N° 4090 de fecha 17 de noviembre de 2012, [dejando] constancia de la inspección realizada en el interior del terminal de pasajeros „José Antonio Paredes, y por (...) el experto Inspector ROIMAN ÁLVAREZ, adscrito al Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, quien realizó la experticia de Reconocimiento Técnico, signado con el N° 9700-0056-AT-01344-12, de fecha 27 de diciembre de 201 (sic) sobre una hoja de color amarillo correspondiente a una nómina de pasajeros signada con el N° 24621 (...) donde se aprecian entre otros la lista de 27 personas con sus respectivos numeración de cédula de identidad, entre los cuales se aprecia el N° 9 a nombre de XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, cédula de identidad N° V-20.434.838...”, en consecuencia se ha “... determinando que la sentencia de instancia está ajustada a derecho...”.

De acuerdo a lo expuesto, la Corte de Apelaciones obvió lo que estaba siendo delatado por el recurrente, quien solicitaba, en esta parte del escrito de apelación, se hiciera un estudio de la manera como el Tribunal de Juicio llegó a valorar las pruebas judiciales en el presente caso, aludiéndose que con la prueba testimonial, no hubo esa operación intelectual destinada a establecer la eficacia condicional o el mérito que dimana de este medio de prueba incorporado al proceso, de ahí que se dijera que el operador de justicia no solo debió expresar “... las razones que tomó en consideración [para] valorar unas deposiciones...”, sino además destacar “... cómo esta valoración encuadra en el supuesto de hecho exigido por la Ley sustantiva penal...”.

La Sala observa que en la sentencia dictada por la Alzada, hay una ausencia de motivación, pues, dicha instancia judicial sólo hace referencia a la producción de pruebas evacuadas en el juicio oral y público, cuando lo ajustado a derecho era detenerse en el examen, de los fundamentos expuestos, con el objetivo de dilucidar las circunstancias denunciadas por el recurrente, y con ello difundir un pronunciamiento de fondo sobre el mismo.

Es importante traer a colación los motivos que hacen susceptibles la impugnación de la sentencia definitiva, establecido por el legislador en el artículo 444 del Código Orgánico Procesal Penal, en los términos siguientes:

“... Artículo 444. Motivos. El Recurso sólo podrá fundarse en: 1. Violación de normas relativas a la oralidad, inmediación, concentración y publicidad del juicio. 2. Falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia. 3. Quebrantamiento u omisión de formas no esenciales o sustanciales de los actos que cause indefensión. 4. Cuando ésta se funde en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral. 5. Violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica”.

Conforme a lo expuesto, queda asentado que las partes no pueden interponer una apelación justificando el examen y apreciación de la prueba, pues, no es una actividad controlable por el Juzgado Superior. Sin embargo, puede llegar a hacerlo, y es lo que debió tener presente la Corte de Apelaciones en esta ocasión, cuando lo alegado es producto de la violación de la ley por una incorrecta apreciación probatoria originada en la sentencia, tal como sucede en el caso que nos ocupa.

Sobre el tema esta Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 97/2013, de fecha cinco (5) de abril de 2013, expediente 416, dejó asentado, lo que a continuación se transcribe:

“... Las Cortes de Apelaciones sólo pueden expresar si el tribunal de juicio analizó las pruebas en atención a las previsiones del ordenamiento jurídico, si alguna prueba es ilícita, o si las valoró con apego a las reglas de la lógica, lo que no podrá hacer, se insiste para dejarlo claro, será valorarlas para modificar los hechos fijados por el tribunal competente para ello...”.

Evidentemente, que los tribunales que actúan en sede apelación tienen cierta limitante en lo que respecta a la cuestión de hecho y probatoria; no obstante a ello, si la denuncia está dirigida por la falta de acatamiento al sistema de apreciación probatoria, tienen que pasar a decidir, ya que se está en presencia de un acto donde el operador de justicia (Tribunal de Juicio), analiza todo el caudal probatorio cursante en autos, para así, fijar los hechos y poder subsumirlo en el supuesto abstracto de la norma.

El deber del tribunal de alzada tenía que centrarse en conocer la pretensión que se promovió en la denuncia, y no el dictar una sentencia de la manera como se hizo, pues con ello se está quebrantando el principio del debido proceso, contenido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y establecido en el artículo 1° del Código Orgánico Procesal Penal, que abarca el derecho que tiene toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.

Asimismo, está siendo vulnerado el derecho a una tutela judicial efectiva, desarrollada en el artículo 26 de la respectiva Carta Política Fundamental, con aplicación en el artículo 2 del Código Orgánico Procesal Penal, conforme al cual los jueces y juezas están obligados a conocer el fondo de aquel acto por el cual una persona se afirma titular de un interés jurídico frente a otro, a través de un acto decisorio que viene a constituir la expresión esencial y última de la jurisdicción, la cual debe bastarse por sí misma como expresión fiel del resultado del proceso, criterio que ha sido además reiterado en diversas decisiones de esta Sala de Casación Penal.

Sin dejar atrás la transgresión del derecho a la defensa previsto en el numeral 1 del artículo 49 constitucional, con raigambre en el artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal, ya que si el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es protectora de la posibilidad de iniciar el proceso,

los jurisdiccentes tiene que asegurar la garantía a la defensa la cual preserva la posibilidad de intervención de todos los interesados en un proceso ya iniciado.

Hay que tomar en cuenta que por mandato expreso del artículo 428 del Código Orgánico Procesal Penal, la única manera que la Corte de Apelación no conozca el fondo del recurso planteado, es porque esta decretando la inadmisibilidad del mismo, bien sea por una extemporaneidad, o por existir una falta de legitimación del recurrente, o porque la ley prohíbe el recurso contra la decisión impugnada, de lo contrario entrará a conocer y decidir motivadamente.

La Alzada tiene que saber además que todas sus decisiones tienen que estar fundada, ya que los motivos como fundamentos requeridos e intimados, en las disposiciones de la ley adjetiva penal, en el encabezamiento del artículo 157 y numeral 4 del artículo 346, desde el punto de vista procesal, tiene por un lado una función orgánica, es decir, enervan elementos que les permiten a las instancias superiores tener el control y a su vez una función garantista, porque le dan acceso al ciudadano que conozca por qué ha sido condenado y de esta manera pueda fundamentar su impugnación.

En mérito a lo anterior, la Sala considera que lo ajustado a derecho es declarar CON LUGAR el recurso de casación interpuesto por el abogado CARLOS ENRIQUE CORTEZ RIERA, Defensor Público Segundo, adscrito a la Defensa Pública del Estado Lara, Extensión Carora. En consecuencia, se ANULA la decisión dictada el treinta (30) de enero de 2017, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, que declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo dictado el quince (15) de diciembre de 2015, mediante el cual el Tribunal Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del señalado Circuito Judicial Penal, condenó al ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, a cumplir la pena de treinta (30) años de prisión por la comisión del delito de TRÁFICO ILÍCITO AGRAVADO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS BAJO LA MODALIDAD DE OCULTACIÓN. Por último, se ORDENA remitir el expediente a la Presidencia del referido Circuito Judicial Penal, para que se constituya una Sala Accidental, conozca del recurso de apelación interpuesto y dicte una nueva sentencia con prescindencia de los vicios que dieron lugar a la presente decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

IV DECISIÓN

En virtud de las razones expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela, por autoridad de la ley, dicta los pronunciamientos siguientes:

PRIMERO: DECLARA CON LUGAR el recurso de casación interpuesto por el abogado CARLOS ENRIQUE CORTEZ RIERA, Defensor Público Segundo, adscrito a la Defensa Pública del Estado Lara, Extensión Carora.

SEGUNDO: ANULA la decisión dictada el treinta (30) de enero de 2017, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, que declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo dictado el quince (15) de diciembre de 2015, mediante el cual el Tribunal Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del señalado Circuito Judicial Penal, condenó al ciudadano XAVIER EDUARDO DI DOMENICO ANGULO, a cumplir la pena de treinta (30) años de prisión por la comisión del delito de TRÁFICO ILÍCITO AGRAVADO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS BAJO LA MODALIDAD DE OCULTACIÓN.

TERCERO: ORDENA remitir el expediente a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, para que se constituya una Sala Accidental, conozca del recurso de apelación interpuesto y dicte una nueva sentencia con prescindencia de los vicios que dieron lugar a la presente decisión.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente. Oficiése lo conducente. Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, en Caracas, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año 2017. Años: 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

El Magistrado Presidente,
MAIKEL JOSÉ MORENO PÉREZ (Ponente)

La Magistrada Vicepresidenta
ELSA JANETH GÓMEZ MORENO

La Magistrada,
FRANCIA COELLO GONZÁLEZ

El Magistrado,
JUAN LUIS IBARRA VERENZUELA

La Magistrada,
YANINA BEATRIZ KARABIN DE DÍAZ

La Secretaria,
ANA YAKELINE CONCEPCIÓN DE GARCÍA

Exp nro. 2017-166
MJMP

La Magistrada, Doctora Yanina Beatriz Karabin de Díaz, no firmó por motivo justificado.

La Secretaria,
ANA YAKELINE CONCEPCIÓN DE GARCÍA

