



**BLOQUE DE DEFENSORES PÚBLICOS OFICIALES DEL MERCOSUR
BOLETIN DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL N° 3**

JANEIRO/ENERO DE 2012

Elaborado pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP)

ÍNDICE

ARGENTINA:

- 1) Falta de intervención del Ministerio Público. Interés superior de los niños. Derecho a defensa en juicio, debido proceso penal, acceso a la justicia en un pie de igualdad, derecho a ser oído, derecho a ser tutelados –con relación a los menores-, derecho a la doble representación. (CSJN Argentina 2011.10.11 rol D. 521. XLV).....pg. 4
- 2) Derechos de las personas privadas de su libertad, respeto a los principios de igualdad, propiedad y el derecho a trabajar. Deber de custodia de todas las personas sometidas a detención preventiva o condena, en cabeza del Estado. Respeto de los derechos fundamentales reconocidos en el marco de los estándares internacionales. (CSJN Argentina 2011.11.01 rol M. 821. XLIII).....pg. 7

BRASIL:

- 3) O Supremo Tribunal Federal (STF) acolheu a tese de mérito da ADI-DF 4277 para reconhecer como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo.....pg. 13
- 4) Definição de racismo como discriminação de grupos humanos com características próprias, compreendendo o povo judeu. Conceito amplo, construção político-social. Colidência de direitos fundamentais: liberdade de expressão que encontra limite no princípio da dignidade da pessoa humana. Liberdades públicas condicionadas.....pg. 23

CHILE:

- 5) La Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, en proceso seguido por el delito de violación. El máximo tribunal declara que se ha vulnerado el debido proceso, al haberse excluido a la defensa un peritaje forense a través de una resolución inmotivada que se ha extendido a cuestiones no planteadas por los intervinientes.....pg.27
- 6) La Corte Suprema acoge recursos de nulidad de las defensas de los condenados, procede a anular parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete y a dictar sentencia de reemplazo basado en que la calificación jurídica de los hechos realizada por el Tribunal no se ajustó a derecho, desestimando las causales referidas a inobservancia de garantías constitucionales.....pg.37

PARAGUAY:

- 7) La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió confirmar el fallo del Juez Penal de Garantías que rechazó el pedido de extradición, alegando que conforme lo dispuesto en el Código Penal de la República Argentina y del Código Penal de la República del Paraguay, en el contexto del Tratado Bilateral de Extradición vigente no se configura el principio de la doble incriminación en la conducta del ciudadano requerido por la Republica Argentina. Hacen referencia al Art. 142 del Código Penal Argentino que prevé el hecho punible de sustracción de menores, al Art. 228 del Código Penal Paraguayo que regula dicho tipo penal y al Art. 70 del Código de la Niñez y la Adolescencia que reglamenta todo lo relativo a la patria potestad y su ejercicio. Argumentan finalmente que la valoración del incumplimiento del requisito de doble incriminación aparece como formal y materialmente correcta, siendo aplicables: el Art. 1º de la Convención sobre Extradición de la Séptima Conferencia Interamericana (Montevideo 1993), el Art. 3º de la Convención Interamericana sobre Extradición de Caracas (1981) y además el Preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica.....pg.82
- 8) La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió revocar el fallo del Tribunal de Apelación, Tercera Sala que a su vez revocó la declaración de extinción de la acción penal decretada por el Juez de Primera Instancia, considerando en primer lugar, que las cuestiones relativas al cumplimiento del plazo razonable en un proceso penal constituyen incidencias que por ser de orden público deben ser estudiadas antes de cualquier otra cuestión. En segundo lugar, que en el caso en estudio al cumplirse el doble del plazo de la prescripción corresponde decretarla, conforme lo disponen los Artículos 104, 111 y 141 del Código Penal Paraguayo vigente. En tercer lugar, refirieron que la declaración de la prescripción de manera alguna implica la absolución del procesado sino que la misma tiene relación con la imposibilidad de llegar a una redefinición del conflicto por parte de los órganos de punición del Estado. En cuarto lugar, descartaron considerar a los hechos investigados como aquellos llamados de lesa humanidad. El voto minoritario rechazó la declaración de prescripción ya que consideró a los hechos punibles como de lesa humanidad fundando la postura en lo dispuesto en la Ley No. 69/89 en la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (Considerando 14, 18, 19, 20, 24, 25, 27, 30, 42, 43).....pg.87

URUGUAY:

- 9) Acción de Amparo iniciada por el Ministerio Público y Fiscal de Uruguay contra el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay y el Ministerio de Desarrollo Social, por recluir adolescentes privados de libertad por orden judicial, en contenedores o módulos metálicos, los cuales no son adecuados para su internación. DERECHO A LA DIGNIDAD DE ADOLESCENTES PRIVADOS DE SU LIBERTAD.....pg.99
- 10) Acción de Amparo por Medicamento de Alto Costo no proporcionado por la Mutualista Médica, contra el Ministerio de Salud Pública (MSP). DERECHO A LA SALUD.....pg.114

A R G E N T I N A

Falta de intervención del Ministerio Pupilar. Interés superior de los niños. Derecho a defensa en juicio, debido proceso penal, acceso a la justicia en un pie de igualdad, derecho a ser oído, derecho a ser tutelados –con relación a los menores-, derecho a la doble representación. (CSJN Argentina 2011.10.11 rol D. 521. XLV)

SÍNTESIS JURÍDICA: La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que corresponde declarar la nulidad de lo actuado desde el dictado del fallo de cámara, y disponer que el Ministerio Pupilar tome intervención a los fines de hacer valer los derechos que estime corresponder en el juicio. Por ello, y lo concordemente expuesto en el punto IV del dictamen del señor Defensor Oficial, se deja sin efecto lo actuado con posterioridad a la sentencia apelada.

La nulidad resultante de la falta de intervención del defensor oficial en las causas que interesen a la persona o los bienes de un incapaz se funda en el interés y la protección del incapaz mismo, los que se encuentran estrechamente relacionados con la idea de justicia y la pronta solución de las causas.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS: El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por una madre –en representación de sus dos hijos menores- y condenó al Estado Nacional al pago de una indemnización en concepto de valor vida y daño moral, por un supuesto de responsabilidad estatal por “falta de servicio”. Ello, en atención a que no se adoptaron las medidas necesarias para resguardar la salud e integridad física y evitar el homicidio de quien en vida fuera el padre de los menores y que se encontraba detenido en una unidad dependiente del Servicio Penitenciario Federal.

La decisión fue apelada por la parte demandada en su totalidad.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, confirmó la decisión de la instancia anterior respecto de la responsabilidad del Estado Nacional por la falta de servicio atribuida y con los montos de la indemnización, y la revocó en cuanto había excluido la condena del régimen de la consolidación (pago en bonos).

La parte demandada interpuso recurso extraordinario de apelación ante la C.S.J.N.

El máximo Tribunal, al advertir que no había tomado intervención el Ministerio Público de la Defensa, dio vista a la Defensoría Oficial ante la C.S.J.N.

El Defensor Oficial destacó que en el caso se había soslayado la oportuna intervención del Ministerio Pupilar “fundamentalmente con posterioridad al dictado del pronunciamiento de la Alzada” y que si bien la sentencia de grado resultó favorable al interés de los niños, la sentencia de Cámara modificó parcialmente lo decidido en perjuicio de éstos, todo lo cual comprometía las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad, y el derecho a ser oído, tutelados –con relación a los menores- por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió dejar sin efecto lo actuado con posterioridad a la sentencia apelada y que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que tome intervención el Ministerio Público.

D.521.XLV

D.J.B. y otro c/ EN –Servicio Penitenciario Argentino- y otro s/ daños y perjuicios.

Buenos Aires, 11 de octubre de 2011

Vistos los autos: “D.J.B. y otro c/ EN –Servicio Penitenciario Argentino- y otro s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

1º) Que el juez de primera instancia, al hacer lugar a la demanda promovida por Laura Valeria Saravia —en representación de sus dos hijos menores—, condenó al Estado Nacional al pago de una indemnización en concepto de valor vida y daño moral, con fundamento en que se hallaba configurado un supuesto de responsabilidad estatal por “falta de servicio”. Arribó a dicha conclusión con sustento en que no se adoptaron las medidas necesarias para resguardar la salud e integridad física y evitar el homicidio de José Ricardo Duarte, que se encontraba detenido en la Unidad 1 —Caseros— del Servicio Penitenciario Federal. De este modo, el aspecto sustancial de la pretensión de la actora fue admitida, y el pago del monto de la condena se consideró excluido del régimen de consolidación de deudas del Estado en virtud de la excepción prevista en el art. 18 de la ley 25.344 (fs. 300/304).

2º) Que aquella decisión fue apelada por la parte demandada, quien cuestionó la sentencia en su totalidad (fs. 314/324 vta.).

3º) Que, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, confirmó la decisión de la instancia anterior en relación con la responsabilidad del Estado Nacional por la falta de servicio atribuida —violación al deber de seguridad— y con los montos de la indemnización, y la revocó en cuanto había excluido la condena del régimen de la consolidación (fs. 329/332 vta.).

Esta decisión motivó la interposición por parte de la demandada del recurso extraordinario de apelación ante esta Corte (fs. 339/350 vta.), que fue concedido por el a quo (fs. 355).

Dicho recurso no fue respondido por la parte contraria.

4º) Que este Tribunal, al advertir que no había tomado intervención el Ministerio Público de la Defensa, dio vista a la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5º) Que el señor Defensor Oficial —en lo que aquí interesa— destacó que en el caso se había soslayado la oportuna intervención del Ministerio Pupilar “fundamentalmente con posterioridad al dictado del pronunciamiento de la Alzada”, pues la última intervención que se registra es al momento de ejercer la facultad de alegar (fs. 292), “y si bien la sentencia de grado resultó favorable al interés de los niños, la sentencia de Cámara dictada tras el recurso de la demandada modificó parcialmente lo decidido en perjuicio de éstos.”; todo lo cual comprometía las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad, y el derecho a ser oído, tutelados —con relación a los menores— por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño (ver el punto IV del dictamen agregado a fs. 366 vta./367 vta.).

En este sentido, recordó la jurisprudencia del Tribunal con arreglo a la cual debe primar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional —art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema—, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño —arts. 12, inc. 2; y 26, inc. 1—.

Sobre estas bases, el señor Defensor Oficial opinó que correspondía decretar la nulidad de las actuaciones cumplidas con posterioridad al dictado de la sentencia de la alzada —ver párrafos tercero y onceavo, del punto IV, del dictamen—, y la posterior remisión de la causa a dicha instancia, a fin de que se garantice la doble representación prevista por el ordenamiento jurídico.

6º) Que, concordemente con lo señalado en el dictamen de la Defensoría Oficial, corresponde recordar que el Tribunal reiteradamente ha expresado que es “...descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones...” (ver Fallos: 325:1347; 330:4498 y 332:1115; también doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291).

En el caso, si bien el Defensor Oficial asumió la representación promiscua de los menores y adhirió a la demanda interpuesta por la representación necesaria de aquéllos (fs. 75) —demanda que fue admitida en lo sustancial—, no ha tenido intervención alguna en la causa a partir del dictado de la sentencia de primera instancia. Sin embargo —como se ha señalado ut supra— el ministerio pupilar considera que tal pronunciamiento resultó favorable al interés de los niños, y sólo invocó la indefensión de los menores ante el gravamen que les provocó la sentencia de cámara “...en cuanto revoca parcialmente la decisión de grado, y resuelve que el sub lite no encuadra en la excepción del artículo 18 de la ley 25.344...”.

Por lo expuesto, habida cuenta de que es doctrina reiterada de este Tribunal que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia; y que la nulidad resultante de la falta de intervención del defensor oficial en las causas que interesen a la persona o a los bienes de un incapaz se funda en el interés y la protección del incapaz mismo, los que se encuentran estrechamente relacionados con la idea de justicia y la pronta solución de las causas (doctrina de Fallos: 323:929 y 325:1404), corresponde declarar la nulidad de lo actuado desde el dictado del fallo de cámara, y disponer que el Ministerio Pupilar tome intervención a los fines de hacer valer los derechos que estime corresponder en el juicio. Por ello, y lo concordemente expuesto en el punto IV del dictamen del señor Defensor Oficial, se deja sin efecto lo actuado con posterioridad a la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que tome intervención el Ministerio Pupilar con arreglo a lo expresado en la presente, y haga valer los derechos que estime corresponder en el juicio.

Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.
ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional – Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, demandado en autos, representado por el Dr. Ariel Rodrigo Prieto.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala IV.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº1

Derechos de las personas privadas de su libertad, respeto a los principios de igualdad, propiedad y el derecho a trabajar. Deber de custodia de todas las personas sometidas a detención preventiva o condena, en cabeza del Estado. Respeto de los derechos fundamentales reconocidos en el marco de los estándares internacionales. (CSJN Argentina 2011.11.01 rol M. 821. XLIII)

SÍNTESIS JURÍDICA: La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió declarar la inconstitucionalidad de la norma del art. 121, inciso c) de la ley 24.660- de ejecución de la pena privativa de libertad- por considerar que impone una rebaja de claro corte confiscatorio al disponer que la retribución del trabajo de un interno, deducidos los

aportes correspondientes a la seguridad social, se distribuirá en un 25 % para costear los gastos que causare en el establecimiento.

Por ello, no resulta admisible que, so color de la mentada readaptación, el Estado ponga la satisfacción –total o parcial- de obligaciones propias en cabeza del interno.

La limitación salarial del artículo 121, inc. c. de la ley 24.660 resulta inválida, puesto que implica transferir al interno trabajador el costo de la obligación de su manutención que, según dicho marco normativo, pesa por entero sobre el Estado.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS: El juez de ejecución hizo lugar al planteo del Defensor Oficial y declaró la inconstitucionalidad del art. 121, inciso c) de la ley 24.660, al tiempo que resolvió que se dispusiera lo necesario para que se integre al fondo propio de la persona detenida el monto total que fuera descontado de sus salarios en aplicación al precepto cuestionado.

La sentencia, con motivo del recurso deducido por el Fiscal Nacional ante los juzgados de ejecución penal, fue revocada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, la cual consideró constitucional la norma citada.

La decisión motivó el recurso extraordinario de la Defensora Pública Oficial ante la citada cámara quien invocó como agravio la evidente transgresión a normas constitucionales y puso de resalto que se soslayaba el respeto por los principios de igualdad, propiedad y el derecho a trabajar.

El máximo Tribunal resolvió declarar admisible y procedente el recurso extraordinario interpuesto por la Defensa Pública y, en consecuencia, revocó la sentencia apelada en cuanto fue materia del agravio examinado.

M. 821. XLIII.

Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación.

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011

Vistos los autos: “Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación”.

1°) Que el Juez Nacional de Ejecución Penal (Juzgado nº 3) hizo lugar al planteo del Defensor Oficial y, por ende, declaró la inconstitucionalidad del artículo 121.c de la ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, al tiempo que resolvió que el Consejo Directivo del Ente de Cooperación Técnica Financiera (EN.CO.PE) dispusiera lo necesario para que se integre al fondo propio del interno el monto total que fuera descontado de sus salarios en aplicación del precepto cuestionado. La sentencia, con motivo del recurso deducido por el Fiscal Nacional ante los juzgados de ejecución penal, fue revocada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, la cual, mediante el voto separado de sus tres integrantes, consideró constitucional la norma citada. En tal sentido, dos de los votos coincidieron en interpretar que el porcentaje de la retribución en juego estaba destinado a solventar los gastos de “manutención” del interno (fs. 56 vta., 61 vta. y 64), lo cual encontraba fundamento en los fines de resocialización o reinserción social que tiene la pena (fs. 57, 61 y pássim de los votos de los jueces que intervinieron en

segundo y tercer término). La decisión motivó el recurso extraordinario de la Defensora Pública Oficial ante la citada cámara, que fue concedido.

2º) Que la apelación promueve una cuestión federal en los términos del artículo 14.3 de la ley 48, y reúne los restantes requisitos de admisibilidad. Corresponde, por ende, ingresar al fondo del asunto, vale decir, analizar la validez constitucional del citado artículo 121.c de la ley 24.660, el cual reza: “[l]a retribución del trabajo del interno, deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, se distribuirá simultáneamente en la forma siguiente: [...] c) 25% para costear los gastos que causare en el establecimiento”. A tal fin, la Corte debe atenerse a la inteligencia que a esa norma ha dado el a quo, por ser ésta de derecho común, y confrontarla con las normas federales de superior jerarquía aplicables al caso (Fallos: 199:617, 620 y sus citas).

3º) Que la primera advertencia que corresponde formular, es que la readaptación social del penado resulta, indudablemente, no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo “superior” de ese sistema (“Verbitsky”, Fallos: 328:1146, 1186 y su cita - 2005).

Empero, es igualmente cierto que no por su elevado emplazamiento, dicho objetivo consiente toda medida por el solo hecho de que se la considere dirigida a su logro. El presente caso, precisamente, se emplaza en ese terreno, pues no resulta admisible que, so color de la mentada readaptación, el Estado ponga la satisfacción —total o parcial— de obligaciones propias en cabeza del interno. Es que, resulta claro del texto constitucional y de los tratados internacionales con dicha jerarquía (artículos 18 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), que pesa sobre el Estado el deber de custodia de todas las personas que están sometidas a detención preventiva o condena y que dicho deber estatal debe llevarse a cabo con el debido respeto de los derechos fundamentales reconocidos por dichas normas, en el marco de los estándares internacionales.

Desde antiguo con base en el artículo 18 de la Constitución Nacional, según el cual las cárceles serán sanas y limpias para resguardo y no para castigo de los detenidos en ellas —cláusula de contenido operativo—, se impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral (“Verbitsky”, cit. pág. 1186 y su cita). Más aún: “las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones” a dichas obligaciones, pues ello “sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (artículo 5º, inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (ídem, pág. 1183).

4º) Que, en igual sentido, el Comité de Derechos Humanos, al resolver el caso *Womah Mukong c. Camerun*, sostuvo de manera concluyente y de acuerdo con el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, por un lado, que es “obligación” del Estado respecto de todo recluso la observancia de ciertas reglas mínimas (vgr., habitación, instalaciones sanitarias, nutrición, salud) y, por el otro, que dicha obligación debe cumplirse “siempre, aunque consideraciones económicas o presupuestarias puedan hacer[lo] difícil” y “cualquiera que sea el nivel de desarrollo del Estado parte de que se trate” (comunicación n° 458/1991, 21-7-1994, CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.3). Con ello, por lo pronto, reiteró los lineamientos de su Observación General n° 21. Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10), de 1992, con arreglo a los cuales, así como el artículo 10.1 del mencionado pacto impone a los Estados Partes una “obligación positiva” en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad, así también tratar a éstas con humanidad y respeto de su dignidad “es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte” (párrs. 3 y 4). Dichas Reglas Mínimas (adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente — Ginebra, 1955—, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), 31-7-1957, y 2076 (LXII), 13-5-1977), por lo demás, regulan pormenorizadamente las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales de los detenidos (vgr. reglas 9/14 — locales destinados a los reclusos—, 15/16 —higiene—, 17 —ropa—, 20 —alimentación—, 22 —servicios médicos—, 77 —instrucción—). Y, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad (“Verbitsky”, cit., pág. 1187; asimismo: “Gallardo”, Fallos: 322:2735). Con análogos alcances han sido aplicados, entre otros, por el Comité contra la Tortura (vgr.: Observaciones finales: Guatemala, 6-12-2000, A/76/44, párr. 73.f), por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (p. ej.: Yvon Neptune vs. Haití, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6-5-2008, Serie C n° 180, párr. 144), y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que las ha entendido como referencias adecuadas de las normas internacionales mínimas para el trato humano de los reclusos, en materia, p. ej., de alojamiento, higiene y tratamiento médico (informe n° 127/01, caso 12.183, Joseph Thomas – Jamaica, 3-12-2001, párr. 133, entre otros).

De igual modo, ciertamente, puede discurrirse a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: todo individuo “tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad” (art. XXV). Valga recordar, incluso, que si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene norma alguna sobre las condiciones de reclusión, ello no le ha impedido a la Corte Europea de Derechos Humanos juzgar, mediante una interpretación constructiva, que el art. 3° del citado instrumento “impone” al Estado el aseguramiento” de que dichas condiciones resulten compatibles con el respeto de la dignidad humana (Kudla c. Pologne, sentencia del 26-10-2000, Recueil 2000- XI, párr. 94).

5°) Que, en suma, por la “relación e interacción especial de sujeción” que se establece entre el interno y el Estado, “este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2-9-2004, Serie C nº 112, párr. 153).

6°) Que, esta Corte ya había enunciado que el ingreso a una prisión, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional, y que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso. Esta postura seguida desde el precedente “Dessy” (Fallos: 318: 1894), sobre el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, se ha mantenido en otros precedentes (Fallos: 327:388 y 328:1146).

Justamente en la Declaración de Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos — La Habana, Cuba, 1990— se estableció como regla elemental que el ser humano no pierde su dignidad por estar privado de su libertad; es que con excepción de aquellas limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos ellos, sin distinción alguna, siguen gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en los documentos de protección nacional e internacional de los derechos humanos.

Que, en tales condiciones, resulta del todo evidente que, a la luz del artículo 18 de la Constitución Nacional y las normas de los tratados internacionales con jerarquía constitucional de las que se ha hecho mérito, a las que se suman los patrones de las citadas Reglas Mínimas, la limitación salarial del artículo 121, inciso c de la ley 24.660 resulta inválida, puesto que implica transferir al interno trabajador el costo de la obligación de su manutención que, según dicho marco normativo, pesa por entero sobre el Estado.

Cuadra acotar, incluso, que la mentada disposición contradice abiertamente las “normas de trato” previstas en la propia ley 24.660, entre las que corresponde destacar, vgr.: “(e)l régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud” (...) (artículo 58); “(l)a administración proveerá al interno de vestimenta acorde al clima y a la estación” (artículo 63); “(a)l interno se le proveerá de ropa suficiente para su cama individual, la que será mudada con regularidad” (artículo 64); “(l)a alimentación del interno estará a cargo de la administración, será adecuada a sus necesidades y sustentada en criterios higiénico-dietéticos” (artículo 65); “los establecimientos deberán disponer de suficientes y adecuadas instalaciones sanitarias y proveerán al interno de los elementos

indispensables para su higiene (artículo 60); desde su ingreso “se asegurará al interno el ejercicio de su derecho de aprender, adoptándose las medidas necesarias para mantener, fomentar y mejorar su educación e instrucción” (artículo 133).

Que, por lo tanto, si se acepta, como surge claramente de normas de rango constitucional, que se encuentra en cuestión un deber netamente estadual con el propósito de sustentar el fin de readaptación social de las personas condenadas, el artículo 121, inciso c de la ley 24.660 no sólo frustra y desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto, sino que colisiona con enunciados de jerarquía constitucional, y es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal. No se trata de apreciar el mérito, conveniencia u oportunidad de una norma dictada por el legislador, sino que la cuestión planteada en el sub lite, está bajo la jurisdicción de esta Corte, ya que sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación le compete garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias (Fallos: 328:1146).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara admisible y procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada en cuanto fue materia del agravio examinado.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. Eleonora Devoto a favor de Daniel Roberto Méndez.

Traslado contestado por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, Dr. Juan Martín Romero Victorica.

Tribunal de origen: Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº3.

Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación

ingrese a: http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2007/casal/m_daniel_m_821_l_xliii.pdf

B R A S I L

1.Arquivo: STF Brasil, Brasília, 2011.04.05 ADI 4277.

O Supremo Tribunal Federal (STF) acolheu a tese de mérito da ADI-DF 4277 para reconhecer como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Síntese jurídica - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade julgada pelo Supremo Tribunal Federal para equiparar a união estável entre pessoas homossexuais à união estável entre homem e mulher expressa no artigo 226 § 3º da Constituição Federal. A discussão enfrentou o fundamento que o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo implica em violação dos princípios constitucionais (CF88) da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica (art. 5º, *caput*). O referido art. 226 § 3º representa a superação da distinção que se fazia anteriormente entre casamento e relações de companheirismo e não pode ser interpretada como norma excludente e discriminatória. Deu-se interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil para dele excluir “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”.

Síntese dos fatos - A Procuradora Geral da República propôs ação de cumprimento de preceito fundamental (ADPF 132) posteriormente julgada através da ADI 4277 para que o Supremo Tribunal Federal declarasse que o artigo 1723 do Código Civil deveria receber interpretação conforme a Constituição Federal estabelecendo a possibilidade de união estável homoafetiva. O controle direto da constitucionalidade é da competência privativa do Supremo Tribunal Federal. A ausência de regulamentação legal vinha comprometendo o exercício dos direitos por pessoas homossexuais inclusive por estarem impedidas de oficializar as uniões afetivas.

ADI n. 4277 Procuradora-Geral da República.
Brasília, 2011.04.05

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal
Relator : Min. Ayres Britto

Reqte.(s) : Procuradora-geral da República
Reqdo.(a/s) : Presidente da República
Adv.(a/s) : Advogado-geral da União
Reqdo.(a/s) : Congresso Nacional
Intdo.(a/s) : Conectas Direitos Humanos
Intdo.(a/s) : Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros
- Abglt
Adv.(a/s) : Marcela Cristina Fogaça Vieira e Outro(a/s)
Intdo.(a/s) : Associação de Incentivo À Educação e Saúde de São Paulo
Adv.(a/s) : Fernando Quaresma de Azevedo e Outro(a/s)
Intdo.(a/s) : Instituto Brasileiro de Direito de Família - Ibdfam
Adv.(a/s) : Rodrigo da Cunha Pereira
Intdo.(a/s) : Associação Eduardo Banks
Adv.(a/s) : Reinaldo José Gallo Júnior
Intdo.(a/s) : Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - Cnbb
Adv.(a/s) : João Paulo Amaral Rodrigues e Outro(a/s)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Na assentada de ontem, proclamou-se o prejuízo parcial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, levando-se em conta a edição de lei estadual que implicou a extensão dos benefícios previstos nos artigos 19, incisos II e V, e 33, incisos I a X e parágrafo único, do Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975, do Estado do Rio de Janeiro, aos servidores públicos civis que tenham constituído uniões homoafetivas. O pedido residual de reconhecimento de incompatibilidade entre as decisões administrativas e judiciais mencionadas na petição inicial e a Constituição Federal foi recebido como ação direta de inconstitucionalidade com mesmo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Considerada a identidade de pedidos, articulo um único voto sobre o tema. O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime jurídico previsto no artigo 1.723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a intenção de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre homem e mulher. O requerente articula

com a violação aos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder público a aplicação analógica do regime da união estável às uniões homoafetivas.

Pois bem, eis o cerne da questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002?

A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do artigo 226 da Carta da República remete tão-somente à união estável entre homem e mulher, o que se poderia

entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual.

Essa é a opinião que pode ser pinçada das decisões judiciais anexadas ao processo, compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo (“União entre pessoas do mesmo sexo”, *Direito de família e sucessões*, 2008, p. 17). Na mesma linha, a manifestação da Associação Eduardo Banks, admitida como amiga da Corte neste processo.

Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adianto, é desenganadamente negativa.

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado “A igualdade é colorida”, publicado na Folha de São Paulo, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica a isso coíba. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

No fecho do artigo fiz ver: felizmente, o aumento do número de pessoas envolvidas nas manifestações e nas organizações em prol da obtenção de visibilidade e, portanto, dos benefícios já conquistados pelos heterossexuais faz pressupor um quadro de maior compreensão no futuro. Mesmo a reboque dos países mais avançados, onde a união civil homossexual é reconhecida legalmente, o Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o Estado Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social.

No campo da atividade jurisdicional, ao negar a suspensão de liminar pretendida na Petição nº 1.984, embora por vários fundamentos, também acenei com a opinião ora veiculada.

Há não mais de sessenta anos, na Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais liberais e avançados do mundo. Em lados opostos no debate, estavam o renomado professor L. A. Hart e o magistrado Lorde Patrick Devlin. O primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero¹.

Em breve síntese, Devlin afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum. Sem a moralidade, asseverava, haveria a desintegração da sociedade, sendo tarefa do Direito impedir a produção desse resultado. Manifestou-se pela máxima liberdade possível na vida privada dos indivíduos, desde que os atos praticados não contrariassem esse preceito reputado singelo, de defesa do mínimo ético. Questionava a própria utilidade do direito à liberdade quando acionado para tomar decisões que eram sabidamente prejudiciais ao indivíduo e à sociedade. Não se furtava a dizer que ninguém via na homossexualidade um bom projeto de vida – de fato, essa era a opinião comum. Interrogado sobre o que deveria ser considerado moralidade, recorreu ao juízo de uma pessoa normal (*right-minded person*), o que foi criticado por Hart pela extrema vagueza.

Afinal, o que é o juízo moral de uma pessoa comum? Segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica. Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais.

Ao longo do tempo, os argumentos de Hart acabaram por prevalecer, ao menos relativamente à descriminalização da sodomia. Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã². A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces-Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham (citado por Paulo Nader, *Introdução ao estudo do Direito*, 2010, p. 42), que considera a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação.

É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados “crimes contra os costumes”, os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade, presente no artigo 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.

A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema.

A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.

O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalsamaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (*Manual de direito das famílias*, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas

para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo

patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado.

As modificações pelas quais a família passou não impediram a permanência de resquícios do modelo antigo, os quais perduraram – e alguns ainda perduram – até os dias recentes. Faço referência a países em que ainda há a proeminência do homem sobre a mulher, como ocorre no Oriente Médio, e os casamentos arranjados por genitores – feito por interesses deles e não dos nubentes –, que continuam a ter vez em determinadas áreas da Índia.

Especificamente no Brasil, o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel. Família era apenas uma: aquela resultante do matrimônio. Os relacionamentos situados fora dessa esfera estavam fadados à invisibilidade jurídica, quando não condenados à pecha da ilicitude, rotulados com expressões pouco elogiosas – lembrem-se dos filhos adulterinos, amásias e concubinas.

A situação foi mudando gradualmente. Primeiro, com a edição da Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada, que atribuiu capacidade de fato à mulher, admitindo-lhe ainda a administração dos bens reservados. Em seguida, o divórcio, implementado pela Emenda Constitucional nº 9/77 e pela Lei nº 6.515/77, modificou definitivamente o conceito de família, ficando reconhecidas a dissolução do vínculo e a formação de novas famílias.

O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares.

Segundo Gustavo Tepedino: “A Constituição da República traduziu a nova tábula de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família”

(“A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo”, *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, números 22 e 23, p. 91). Maria Berenice Dias afirma que “agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação” (*União homoafetiva*, 2009, p. 178). É inegável: ela tem razão.

O § 5º do artigo 226 da Constituição Federal equiparou homens e mulheres nos direitos e deveres conjugais, determinando a mais absoluta igualdade também no interior da família.

O § 4º do mencionado dispositivo admitiu os efeitos jurídicos das denominadas famílias monoparentais, formadas por apenas um dos genitores e os filhos. Por fim, o § 3º desse

artigo expressamente impôs ao Estado a obrigatoriedade de reconhecer os efeitos jurídicos às uniões estáveis, dando fim à ideia de que somente no casamento é possível a instituição de família.

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito “das famílias”, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum.

Abandonou-se o conceito de família enquanto “instituição-fim em si mesmo”, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe, como defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*Direito de família e o novo Código Civil*, p. 93, citado por Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 2010, p. 43).

Consoante Pietro Pierlingieri, a “família não fundada no casamento é, portanto, ela mesma uma formação social potencialmente idônea ao desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e, como tal, orientada pelo ordenamento a buscar a concretização desta função” (*O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 989). Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I.

Percebam que a transformação operada pela atual Constituição não se resumiu ao direito de família. A partir de 1988, ocorreu a ressignificação do ordenamento jurídico. Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional.

Esse fenômeno denominado “constitucionalização do Direito”, na expressão de uso mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil.

Esse ramo do Direito voltou-se à tutela das situações jurídico-existenciais e, apenas em caráter secundário, às situações jurídico-patrimoniais. O Direito Civil é possivelmente o ramo da ciência jurídica mais afetado pela inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, porquanto estampa diretamente os costumes e os valores da sociedade, razão pela qual tantas vezes o Código Civil é rotulado como “a Constituição do homem comum”.

O Direito Civil, sabemos, restringia-se ao “ter”. O titular da propriedade era o grande destinatário das normas do Direito Civil, e a propriedade era o direito por excelência. O direito de família oriundo do Código Beviláqua concernia a questões patrimoniais.

O Direito Civil, na expressão empregada por Luiz Edson Fachin, sofreu uma “virada de Copérnico”, foi constitucionalizado e, por consequência, desvinculado do patrimônio e

socializado. A propriedade e o proprietário perderam o papel de centralidade nesse ramo da ciência jurídica, dando lugar principal à pessoa. É o direito do “ser”, da personalidade, da existência.

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são aquelas afetadas por vícios que as inquinam de nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte (*Tratado de direito comercial brasileiro*, 2001, p. 152 e 153). Para Rubens Requião, “convém esclarecer que essas entidades – sociedades de fato e sociedades irregulares – não perdem a sua condição de sociedades empresárias” (*Curso de direito comercial*, 2010, p. 444). Tanto assim que as dissoluções de sociedades de fato são geralmente submetidas à competência dos Juízos cíveis, e não dos Juízos de família. Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial.

A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexistente consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário, conforme alerta Daniel Sarmento³, estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização.

Se as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo representaram inegável avanço quando foram proferidas, atualmente elas apenas reproduzem o preconceito e trazem à balha o desprezo à dignidade da pessoa humana. Igualmente, os primeiros pronunciamentos que reconheceram aos heterossexuais não casados direitos sucessórios com fundamento na sociedade de fato foram celebrados como inovações jurídicas. Nos dias de hoje, esses atos judiciais estariam em franca incompatibilidade com a Constituição e mesmo com a moralidade comum. O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República. É também mencionado no artigo 226, § 7º, onde figura como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos artigos 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram tratar-se do “valor dos valores”, do “ponto de Arquimedes no Estado constitucional” (Ingo

Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81), de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada.

A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. A dificuldade de extrair o exato significado da expressão “dignidade humana” conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma “zona de certeza positiva” no tocante aos elementos essenciais do conceito.

A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. *Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru*), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da

dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida

requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.

Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual.

Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual.

No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da “Lei da Ficha Limpa” às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no artigo 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso “Cláusula de Barreira”.

Com base nesses fundamentos, concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade.

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) relembra que os princípios são

dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Elementos de direito administrativo*, 1980, p. 104, ressalta:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação

constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.

Os votos poderão ser acessados no seguinte endereço eletrônico:
<http://www.stf.gov.br/portal/cms/listarNoticiaStfDia.asp>

STF HC 82.424-2 Rio Grande do Sul Brasil 17/09/2003

1. Definição de racismo como discriminação de grupos humanos com características próprias, compreendendo o povo judeu. Conceito amplo, construção político-social.
2. Colidência de direitos fundamentais: liberdade de expressão que encontra limite no princípio da dignidade da pessoa humana. Liberdades públicas condicionadas.

Síntese dos fatos – Denúncia de prática de racismo. Edição e distribuição de obras com conteúdo antisemita. “Holocausto – Judeu ou Alemão? Nos bastidores da Mentira do Século”. Absolvição primeira instância. Condenação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Imprescritibilidade do crime de racismo. Crime de discriminação contra judeus (artigo 20 da Lei 7.716/89 c/c Lei n. 8/081/90) distinto do crime de racismo, este sim, imprescritível (artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal). Habeas Corpus impetrado ao Supremo Tribunal Federal.

Síntese jurídica – Duas questões examinadas pelo Supremo Tribunal Federal: primeira, adequação da conduta do autor ao crime de racismo. Judaísmo não poderia ser considerado sob a perspectiva de raça. Existência de uma única raça, a humana, decorrendo a divisão dos seres humanos em grupos raciais de uma construção político-social. Definição do crime de racismo. Racismo se caracteriza como crime contra grupos humanos com características culturais próprias. Segunda, colidência de direitos fundamentais: liberdade de expressão e pensamento X dignidade da pessoa humana. Alegação de ausência de conteúdo discriminatório, pois a intenção única seria a manifestação de ideias. O Poder Judiciário não exerce papel de censor num Estado Democrático de Direito. Prevalência do entendimento de que as liberdades públicas são condicionadas, não tolerando a liberdade de expressão a incitação ao racismo. A Corte Suprema negou a ordem de *habeas corpus*, mantendo a condenação do paciente por crime de racismo, ressaltando a sua imprescritibilidade.

HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 17/09/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524

Parte(s)

PACTE. : S. E.

IMPRES. : W. C.J. B.

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do

estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

Para acessar diretamente à decisão:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>

CHILE

CASO N° 1

SÍNTESIS JURÍDICA: La Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, en proceso seguido por el delito de violación. El máximo tribunal declara que se ha vulnerado el debido proceso, al haberse excluido a la defensa un peritaje forense a través de una resolución inmotivada que se ha extendido a cuestiones no planteadas por los intervinientes.

SÍNTESIS DE HECHOS: Persona acusada de acceder carnalmente a una mujer mayor de edad por la fuerza, propinándole golpes en distintas partes del cuerpo, que le habrían causado diversas lesiones extragenitales y genitales. El acusado es condenado a sufrir la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, por su responsabilidad como autor en el delito consumado de violación.

Texto Completo

Santiago, quince de noviembre de dos mil once.

VISTOS:

Por sentencia de veinticuatro de agosto de dos mil once, extendida en la causa RUC N° 1000708716-6, RIT N° 340-2011, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, integrado por los jueces titulares señora Viviana Iza Miranda, que lo presidió, don Reynaldo Oliva Lagos y doña Vivian Toloza Fernández, esta última encargada de su redacción, se castigó a M.J.F.L., de treinta años de edad, soltero, encargado de publicidad, domiciliado en Segunda Longitudinal 107, Boca Sur, San Pedro de la Paz, a sufrir la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales pertinentes y al pago de las costas del juicio, por su responsabilidad de autor en el delito consumado de violación de la ofendida M.A.S.F, perpetrado en la madrugada del 05 de agosto de dos mil diez, en la comuna de Hualpén; en la misma sentencia se le otorgó beneficio señalado en la Ley N° 18.216, consistente en la libertad vigilada del adulto por igual período de tiempo al señalado para su condena.

Finalmente, por su fracción civil, se hizo lugar con costas a la demanda civil deducida por la querellante particular, resultando el enjuiciado ya individualizado condenado a pagar la suma de un millón de pesos por concepto de daño moral, con los reajustes e intereses que en el mismo veredicto se precisan.

En contra de este laudo, la abogada de la Defensoría Penal Pública Licitada, doña María Carolina Infent Rivera, en representación del convicto Fuentes Lagos, dedujo de fojas 57 a 75, recurso de nulidad asilado en los artículos 373, letra a), y 374, letra e), del Código Procesal Penal, que interpone de manera subsidiaria.

Declarado admisible el arbitrio a fojas 86, se fijó día para la audiencia, la que tuvo lugar el veintiséis de octubre recién pasado; oídos los intervinientes y rendida la prueba ofrecida en el otrosí de fojas 57 a 75, se levantó el acta que rola a fojas 90, y quedaron los autos para fallo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso entablado se han invocado en forma subsidiaria las causales de las letras a) del artículo 373 y e) del artículo 374 del Código Procesal Penal. Aquella - como principal-, referida al caso en que en cualquier fase del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren conculcado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile en vigencia; en tanto que por la otra como subsidiaria-, cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos del artículo 342, letra c), esto es, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas reflexiones de acuerdo con el artículo 297, referido a la valoración de los medios de prueba en que descansen sus conclusiones.

SEGUNDO: Que por lo que toca a la motivación principal del libelo en análisis, se denuncia la vulneración del debido proceso, constitucionalmente protegido en el artículo 19, Nº 3º, inciso quinto, de la Carta Fundamental, en su variante de infringir el derecho del acusado a presentar prueba de descargo respecto de las imputaciones que se le efectuaron por el Ministerio Público, toda vez que el Tribunal de Garantía de Talcahuano procedió en la audiencia de preparación del juicio oral a excluir -erróneamente-, la declaración del perito Luis Ravanal, quien realizó un peritaje referente a las deficiencias que presentaba el informe sexológico desarrollado por el Servicio Médico Legal, lo que fue de la mayor importancia desde que el Tribunal Oral condenó a su defendido precisamente tomando en consideración dicha pericia por parte del primer organismo, que fuera encargado al profesional Felipe Cabezas Araneda, sin que la defensa pudiera contrastar ni contradecir adecuadamente esa prueba, para lo cual era del todo necesario contar con dicha actividad probatoria.

TERCERO: Que, la anotada falta -a juicio del recurrente- fue doble, primero porque el juzgado de garantía procedió a considerar como fundamento, uno que no fue utilizado por el Ministerio Público, como fue el de su impertinencia, toda vez que en realidad lo había justificado en que se trataba de prueba nueva; para a continuación variar y esgrimir que

no se había acompañado a la investigación y, finalmente, de que se trataba de un meta peritaje por lo que no versaba sobre los hechos.

La anterior deficiencia del persecutor penal, ciertamente afectó el derecho a la defensa del acusado, debiendo el tribunal exigirle que aclarara su petición, máxime si no se basó en ninguna de las causales contenidas en el artículo 276 del Código Procesal Penal, impidiendo el pleno ejercicio de una de las garantías que reconoce nuestra Carta Fundamental, como es el debido proceso, en su manifestación del ejercicio de la prueba de descargo.

CUARTO: Que, en un segundo aspecto de la infracción denunciada, destaca el recurrente que su objetivo era desvirtuar el peritaje efectuado por el Servicio Médico Legal, por lo que era perfectamente pertinente contar con esa prueba de descargo, pues la teoría del caso negaba que la lesión genital de la víctima -fundamento del delito- correspondiera al resultado de una relación sexual no consentida.

En consecuencia, esa prueba, erróneamente excluida en la audiencia de preparación del juicio oral, produjo un perjuicio manifiesto al enjuiciado en sede del juicio oral, al considerar como argumento sólo los dichos del perito Cabezas, conforme se aprecia el motivo 12º del fallo cuestionado, el que hubiera quedado absolutamente desacreditado, si es que la defensa a hubiese podido contar con la declaración del perito Sr. Ravanal.

QUINTO: Que, en lo que respecta a su preparación, dado que el vicio denunciado tuvo lugar en la audiencia de preparación del juicio oral, procedió en la misma a oponerse a su exclusión e incidentó de nulidad respecto de la resolución que acogió la tesis del persecutor penal, toda vez que el Juzgado de Garantía resolvió fuera de lo pedido por la Fiscalía, lo que quedó debidamente plasmado en el registro de la prueba de audio que se ofrece en el mismo escrito de nulidad.

SEXTO: Que, finalmente, en lo que toca al perjuicio, ello se materializó en la propia sentencia, que consideró como argumento para condenar los dichos del perito del Servicio Médico Legal, llegando a la convicción de dar por acreditados los hechos imputados y que las lesiones de la víctima sólo eran explicables por una agresión sexual, aseveración que habría quedado desacreditada si hubieran contado los jueces con la prueba de descargo que fue ilegalmente excluida, por lo que solicita que se anule la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento que es de preparación del juicio oral y ordene la realización de uno nuevo por tribunal no inhabilitado.

SÉPTIMO: Que en lo que atañe a la causal subsidiaria contenida en la letra e) del artículo 374, en consonancia con el 342, letra c), y vinculados a su vez con el artículo 297, todos del Código Procesal Penal, se basó en omitirse por el edicto recurrido una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados,

fueren ellos favorables o desfavorables al imputado, así como de la valoración de los medios de prueba que soportan dichas conclusiones.

OCTAVO: Que la crítica se construye a partir de la vulneración de las reglas de ponderación contraria a los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, y la fundamentación basada en una inexacta reproducción de los dichos de los testigos.

Se indica que lo controvertido en el caso propuesto fue el acreditar si en los momentos en que la ofendida se encontraba en el asiento trasero de la camioneta en que se desplazaba con el acusado mantuvo relaciones sexuales contra su voluntad, procediendo el libelo a reproducir los motivos 10º (referidos a los hechos), el 11º (en relación a aspectos fácticos en los que no existe discusión entre los intervinientes), y el 8º (respecto de las declaraciones de la ofendida M.A.S.F, en la que incluye su contrainterrogatorio), de todo lo cual sostiene que su relato desafía toda lógica y razón, incluso para hilvanarla con algún peritaje, que también es poco preciso.

NOVENO: Que, a continuación se destacan las múltiples contradicciones en que incurrió la ofendida, las que no fueron resueltas por el tribunal, aún cuando en el motivo 13º reconocen los jueces dichas imprecisiones, pero contradictoriamente no las estimaron medulares ni esenciales, agregando que esa declaración contraría los principios de la lógica y máximas de la experiencia por diversos aspectos, como son que carecen de sustento fáctico con el resto de la prueba, dichos de su propia madre y hermano, lo que se extiende a los peritos que no determinaron claramente las lesiones genitales sufridas por ella; En segundo lugar, el que al momento de ser contrainterrogada, se contradijo y mintió agregando aspectos nuevos, reconociendo abiertamente que los expresaba por primera vez, como fueron:

-Haber señalado que la relación sexual del día 5 de agosto de 2010 fue su primer contacto con el imputado, pese a que reconoce otros dos episodios voluntarios anteriores, al día 4 de agosto de 2011, ocurridos en su propia casa;

-Se contradice cuando relata la violación y posterior golpiza, indicando que perdía el conocimiento a momentos, lo que era aprovechado por el acusado para accederla carnalmente, y simultáneamente lo calmaba haciéndole cariño y utilizando la psicología, para intentar huir y luego subirse por sus propios medios al vehículo, lo que no tiene lógica;

-Se contradice con el relato de su hermano, pues declaró que el acusado llamó a su hermano, lo que fue aprovechado por la ofendida para pedir ayuda, en circunstancias que el hermano no escuchó su voz;

-El que al comentarle lo ocurrido a su madre que fue accedida por todos lados, en circunstancias que sólo se acreditó un acceso por vía vaginal, procediendo a negar la primera versión en las declaraciones posteriores realizadas ante la policía y el fiscal;

-El sostener que el imputado amenazó con a tropellar al hermano de la ofendida si éste le hacía algo a él, lo que no tendría lógica ni se condice con la actitud de respeto que el enjuiciado le tenía;

-Mintió respecto de la efectividad de recibir aportes económicos de un anterior pololo, lo que negó; y

-El que no resulte lógico el evento que narra, de que fue golpeada una y otra vez en la cabeza hasta perder el conocimiento, lo que le impidió defenderse o correr o pedir ayuda, lo que no se condice con las lesiones consignadas por el profesional Sr. Rozas que sólo anotó cráneo doloroso, sin que se efectuara ningún scanner para acreditar la lesión denunciada por ella misma, todo lo cual lleva a concluir que no era creíble ni confiable y que sus imprecisiones resultaban por cierto medulares o esenciales.

DÉCIMO: Que las lesiones que la ofendida presentó en su zona genital, claramente no eran compatibles con una relación sexual forzada. Así lo deja entrever el ginecólogo Rozas, pese a ello el fallo no se hace cargo de esa opinión, que atribuye las lesiones a la actividad sexual consentida realizada por ambos en un corto tiempo (dos o tres veces en 24 horas). También cuestiona el tratamiento de los dichos del médico del Servicio Médico Legal Cabezas Araneda, restándole importancia a errores de concepto en que incurrió, como fue el de asimilar desfloración con desgarrar, e ignorar el concepto de Sugilación (succión de un pecho).

UNDÉCIMO: Que, más adelante, se cuestiona el testimonio de la perito Tapia Gatica, en relación a exámenes del contenido vaginal de la ofendida, que consigna la inexistencia de prueba biológica que establezca la identidad del material seminal detectado en la vagina de la denunciante, de lo que tampoco se hizo cargo el tribunal; lo que se extendió a restarle validez a lo declarado por el acusado, sólo por haber reconocido haber estado en tratamiento por cerca de ocho meses en un hospital psiquiátrico por drogas, y que su madre lo habría denunciado por violencia intrafamiliar, lo que no les dejó dudas de que su conducta no era pacífica.

DUODÉCIMO: Que, a diferencia de las omisiones anteriores en que incurrieron los jueces que adoptaron la decisión de condena, quien sí se hizo debido cargo de ellas fue el voto del magistrado que estuvo por absolver a su defendido, de quien se transcriben sus once motivos, rescatando a modo de síntesis las conclusiones que de ellos se extraen, como son el que la prueba del Ministerio Público fuere del todo insuficiente, y que la sola

declaración de la ofendida no bastaba para adquirir la convicción de condena, lo que sumado al reconocimiento de haber mantenido previamente dos o tres relaciones sexuales consentidas, no le parecía creíble al disidente que luego de ello recurriera a la violencia para mantener otra relación sexual, lo que más bien se explica por una conducta de celos ante un juego de preguntas entre ellos por sus pasados sentimentales.

Respecto del peritaje, ese voto destaca que no fue suficientemente claro para concluir que las lesiones se debían a una relación sexual forzada, lo que relacionado con las diversas versiones que otorgó la denunciante, al no haberse acreditado la fuerza o violencia física al momento de ser accedida, pues según ella misma estaba inconsciente, la inexistencia de testigos presenciales, el haber concurrido dos semanas antes al mismo lugar oportunidad en la que no se concretó la relación sexual, donde no fue golpeada ni forzada, pudiendo hacerlo, claramente no se desprende ninguna actitud libidinosa por parte del enjuiciado.

DÉCIMO TERCERO: Que, se concluye expresando que la sentencia recurrida al momento de valorar los testimonios del testigo de la defensa y en especial del acusado omitió señalar las razones de desestimarlas por el solo hecho de haber tenido un problema de drogadicción del cual se rehabilitó, y lo hace inmotivadamente responsable de un delito, sin expresar porqué el testimonio de la ofendida debiera ser más creíble no obstante sus manifiestas contradicciones, deficiencias que de no haberse producido necesariamente habrían llevado a la dictación de una sentencia absolutoria o en el peor de los casos habrían condenado por la figura de lesiones con una pena muy inferior a la aquí fijada, por todo ello es que solicita que se anule la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

DÉCIMO CUARTO: Que, en la audiencia fija da para el conocimiento del recurso, la defensa produjo la prueba de audio ofrecida, correspondiente al registro de preparación de juicio oral en el RUC 1000708716-6, Segunda Pista, 1080-110614-00-02, minutos 00:16:00 al 00:32:48 de la misma, por un total de dieciséis minutos y cuarenta y ocho segundos, ello para acreditar la preparación y contenido de la causal principal invocada del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

DÉCIMO QUINTO: Que, como cuestión previa principal, es útil dejar en claro que tal como ya ha tenido oportunidad de señalar este máximo tribunal en los ingresos *Nº. 4954-08* y *Nº. 1414-09*, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de esa Carta Política, le confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo.

En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso, no hay discrepancias

en admitir que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile, actualmente en vigor, y las leyes, le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones ante los tribunales, que sean escuchados, que puedan protestar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas, entre otros. Además, condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional, por lo pronto, a la presencia de un edicto que sea corolario de un proceso previo que, en el sentir del constituyente, esté asegurado por reglas formales que conformen un racional y justo procedimiento e investigación, cuya regulación deberá verificarse a través de la ley, que contemple una fase indagatoria que no se aparte de las normas de actuación del Ministerio Público, de un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de la prueba pertinente en las audiencias efectuadas ante el Juzgado de Garantía o ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal. El respeto a los derechos fundamentales y la legitimidad del procedimiento vertebran el proceso entero, tal como lo pone de manifiesto la propia existencia del recurso de nulidad y la extensión de sus causales. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración (SCS Rol N° 9521-09, de doce de abril de dos mil diez).

DÉCIMO SEXTO: Que, en la situación sub lite, oída la intervención de la defensa y de su prueba de audio rendida, aparece de manifiesto que en la audiencia de preparación del juicio oral celebrada el 14 de junio del presente año ante el Magistrado Raúl Martínez del Juzgado de Garantía de Talcahuano, la defensa solicitó expresamente la inclusión para el juicio oral de una pericia analítica efectuada por el médico cirujano Luis Ravanal Zepeda con fecha 1° de marzo del presente año, ante lo cual el Ministerio Público se opuso, esgrimiendo su calidad de meta peritaje, por lo que concluía que no guardaba ninguna relación con los hechos de la investigación, que luego modificó en alegar una supuesta extemporaneidad, agregando a continuación que se trataba de una nueva prueba.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, ante ello, el tribunal procedió a resolver la incidencia arguyendo como fundamentos decisorios aspectos que no le fueron entregados ni desarrollados por las partes intervinientes, como fue el aludir en su resolución a su manifiesta impertinencia, citando a continuación de forma mecánica los artículos 315, 318 y 276, todos del Código Procesal Penal, de los cuales se ignora su trascendencia y relación con lo discutido, pues no se explicitan los mecanismos de razonamiento, resolviendo a continuación su exclusión, lo que supuso vulnerar de paso su derecho a generar prueba de descargo, ella como variante de la garantía constitucional del debido proceso, y que importó, además, fundar su decisión de rechazo mediante argumentaciones que no se le entregaron en la oportunidad al jurisdiscente, exigencia que se consagra en el artículo 36 del Código Procesal

Penal, en el que se dispone que será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite, en las que se expresarán sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas, y que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación, la que se justifica en aras de evitar la habitual práctica de fundamentar las resoluciones judiciales sólo en términos formales, lo que produce, por una parte, un alto grado de insatisfacción en la ciudadanía al no cumplir con el efecto socializador propio de las sentencias judiciales y, por otra, impide a las partes comprender la razón de lo decidido. Esto permite, a la vez la creación de una jurisprudencia que determine de manera clara los parámetros de interpretación de las normas jurídicas.

El respeto de este principio hará que la eficacia de las resoluciones judiciales encuentre apoyo en una adecuada fundamentación de los motivos y consideraciones tenidas a la vista para resolver en un determinado sentido.

DÉCIMO OCTAVO: Que, a mayor abundamiento, esta Corte ha sostenido en varios pronunciamientos que la imparcialidad del tribunal comprende las garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber: el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referido principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho delictivo, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente; ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, de manera que no abandone su posición equidistante de las partes y desinteresada respecto del objeto de la causa.

DÉCIMO NOVENO: Que en este mismo orden de lineamientos, también se ha destacado lo sostenido sobre este tópico por el autor Eduardo M. Jauchen, quien entiende por imparcialidad del juzgador el modo de posicionarse frente al conflicto objeto del proceso y a la pretensión de las partes, de manera que sea equidistante de las mismas y distante del conflicto, a fin de poder analizar y concluir con prudente objetividad cuál es la más ecuánime y justa manera de dictar la sentencia. Juez es sinónimo de imparcialidad, es la esencia misma inherente a la justicia. Si el proceso es la forma civilizada como presupuesto para la realización del Derecho Penal, es indispensable que el encargado de decidir sólo

podrá hacerlo con justicia si es *imparcial*, esto es, si no tiene inclinación favorable o negativa respecto a alguna de las partes o interés personal alguno respecto al objeto del proceso (Jauchen, E. Derechos del Imputado, Rubinzal - Culzoni Editores, primera edición, 2007, página 210).

El mismo autor añade que esta garantía también involucra necesariamente un sistema procesal en el que la acción penal no puede ser promovida de oficio. No se puede ser juez y parte al mismo tiempo, lo que conspira frontalmente con la esencia de la justicia. De ahí que el aforismo *ne procedat iudex ex officio*, pilar fundamental en todos los Estados de Derecho, sea el primer presupuesto insoslayable del respeto a la garantía constitucional del *juez imparcial*. El principio acusatorio formal dispone disociar las funciones requirente y decisoria, lo que apareja la necesidad del acto de instancia por parte de otro órgano totalmente distinto del juez. Acción y jurisdicción son esencialmente inconciliables, por ello un mismo órgano judicial no puede tener ambos poderes; no se puede ser juez y parte al mismo tiempo, pues ello afecta su imparcialidad objetiva (ob. cit., página 212).

Por su parte, Julio Maier señala que la palabra *juez* no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de *imparcial*. De otro modo: el adjetivo *imparcial* integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto *juez*, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo-permanente o accidental- requiere. ("Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos, Ediciones del Puerto s.r.l., 2002, 2ª edición, pág. 739)

VIGÉSIMO: Que la necesidad de resguardar la igualdad de las partes, garantía fundamental al interior del proceso penal, se traduce en el hecho que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, infringiéndose este derecho cuando una de las partes queda situada en una posición de desigualdad o impedida del ejercicio efectivo de sus prerrogativas, pues precisamente es el juzgador quien debe velar porque se establezca un real equilibrio, sin ningún tipo de discriminaciones entre el imputado y la parte acusadora, representada por el fiscal o el querellante particular, durante las fases de desarrollo del juicio oral.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que de lo razonado queda de relieve la restricción de cualquier iniciativa consistente en excluir pruebas de descargo de forma oficiosa por el tribunal o de abandonar su posición equidistante de los intereses de los intervinientes para suplir eventuales falencias de alguno de ellos. Tales prohibiciones, sin embargo, no deben confundirse con la actividad que el artículo 329 del Código Procesal Penal expresamente habilita sólo a los jueces del tribunal oral a fin que puedan formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos. En tal evento, el tribunal no tiene ninguna injerencia en la producción de la prueba, pues sus preguntas aclaratorias sólo se producen luego de ejecutado el examen y contraexamen pertinente, cuyo no es el caso.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, atento a estas reflexiones, es posible advertir que del mérito de los antecedentes entregados por los intervinientes al momento de la vista del recurso y luego de oída la prueba producida, resulta inconcuso que la actuación del juez de garantía encargado de la audiencia de preparación del juicio oral respectivo no permitió el ejercicio de la ya señalada garantía que se observa vulnerada y los reproches que plantea el recurrente resultan idóneos para atribuir tal vicio a la presente causa, lo que permite acoger el libelo intentado a fojas 58 y siguientes.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en este escenario, el acusado M.J.F.L fue puesto en una posición evidentemente desventajosa, afectando su derecho al debido proceso, ya que con la irregular exclusión ya anotada de su prueba ofrecida, experimentó el perjuicio trascendente requerido por la nulidad procesal, con quebranto de las normas relativas a la garantía ya aludida, consagrada en el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la Carta Fundamental, por lo que es forzoso concluir que la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal aparece revestida de la relevancia necesaria para acoger el recurso, que sólo es reparable con la declaración de nulidad del juicio oral y del dictamen impugnado, por ser esta la única vía que permite legalmente la realización de un nueva audiencia de preparación de un nuevo juicio oral, en el que se respeten las reglas del debido proceso y se resguarden adecuadamente las garantías de los contendientes.

VIGÉSIMO CUARTO: Que en virtud de lo elucubrado precedentemente, el tribunal no se pronunciará sobre las motivaciones de nulidad subsidiariamente instauradas, por ser innecesario.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 5º, inciso segundo, y 19, N° 3º, de la Constitución Política de la República y 372 y 373, letra a), del Código Procesal Penal, **SE ACOGE** el recurso de nulidad formalizado por la defensora penal pública licitada María Carolina Infent Rivera, en lo principal de la presentación de fojas 58 a 75, en representación del convicto M.J.F.L, en contra de la sentencia de veinticuatro de agosto de dos mil once, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, la que aparece transcrita de fojas 1 a 56 de este cuaderno, y se declara que se anula dicho fallo y el juicio oral que le sirvió de antecedente, correspondiente al proceso RUC N° 1000708716-6, RIT N° 340-2011, debiendo retrotraerse la causa al estado de que el Tribunal no inhabilitado de Garantía de Talcahuano que corresponda proceda a celebrar una nueva audiencia de preparación de juicio oral, la que deberá conformarse a lo que efectivamente se debata en la misma; y a continuación procederá a remitir los antecedentes al tribunal oral en lo penal competente y no inhabilitado que corresponda, para efectos de que celebre una nueva audiencia de juicio oral, de la que conocerá hasta la dictación de sentencia definitiva, si fuere procedente, todo conforme a derecho.

Acordada con el **voto** en contra del **Ministro Sr. Rodríguez** y del **abogado integrante Sr.**

Chaigneau, quienes fueron del parecer de rechazar el libelo de nulidad de fojas 58 a 75, en relación a la causal contenida en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en atención a que a su juicio la pericia cuya incorporación solicitaba la defensa del enjuiciado de autos, dado lo señalado por los intervinientes y de lo registrado en la prueba de audio rendida en la vista del presente recurso, correspondió en realidad a una serie de observaciones al que en su oportunidad había desarrollado el Servicio Médico Legal, el que de todas maneras igualmente fue sometido al control probatorio de los todos los intervinientes en el juicio oral, de manera tal que no se vislumbra la mentada trascendencia que precisa el recurrente, desde que igualmente tuvo oportunidad para contrastarlo a la luz de su teoría del caso, respetándose a su respecto la garantía que denuncia como vulnerada, de todo lo cual aparece de toda evidencia que lo que en realidad censura son aspectos relativos a la valoración de las evidencias, para cuyos efectos la señalada causa no le es útil.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Chaigneau.

Rol N° 8637-2011.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U, Carlos Künsemüller L. y los abogados integrantes Sres. Luis Bates H. y Alberto Chaigneau del C. No firma el abogado integrante Sr. Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

CASO N° 2

SÍNTESIS JURÍDICA: La Corte Suprema acoge recursos de nulidad de las defensas de los condenados, procede a anular parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete y a dictar sentencia de reemplazo basado en que la calificación jurídica de los hechos realizada por el Tribunal no se ajustó a derecho, desestimando las causales referidas a inobservancia de garantías constitucionales.

SÍNTESIS DE HECHOS: Proceso penal seguido contra 17 integrantes del pueblo mapuche, acusados, entre otros delitos, de incendio terrorista, asociación ilícita terrorista, robo con intimidación, homicidio frustrado y atentado contra la autoridad. No obstante que el Tribunal concluyó, por mayoría, que los hechos eran susceptibles de calificarse de terroristas, finalmente no condenó a ninguno de los imputados por dichos ilícitos, al no llegar más allá de toda duda razonable a la convicción de haber tenido participación en los hechos materia de la causa. 14 acusados fueron absueltos, y los restantes condenados por los delitos de homicidio frustrado en contra de un Fiscal Adjunto del Ministerio Público y de lesiones graves en contra de personal de la Policía de Investigaciones, delitos por los que se impuso la pena de 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo.

La defensa denunció a través del recurso múltiples infracciones de garantías, que no fueron acogidas por la Corte Suprema, como la utilización de testigos de oídas de la autoincriminación de un acusado con infracción a su derecho a guardar silencio; o la utilización de la ley antiterrorista, con la finalidad de incorporar en el juicio testigos sin rostro, lo que implicó un cercenamiento grave de las posibilidades de la defensa de controlar la idoneidad y credibilidad de esta prueba de cargo.

Texto Completo

Santiago, tres de junio de dos mil once.

VISTOS:

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

Por el robo con intimidación, se infligió a H.J.L.C diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, y a R.E.L.P, J.S.H.R y J.S.J.R, cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a cada uno, más las accesorias legales pertinentes. Por el homicidio frustrado y las lesiones graves, se impuso a cada uno de los mismos enjuiciados, quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, con las accesorias legales correspondientes.

Posteriormente, se absolvió a V.L.P, L.M.C, C.P.L, J.P.L y N.P.L de los cargos formulados en su contra como autores del robo con intimidación ya referido y amenazas terroristas, verificadas en Tirúa coetáneamente con el robo; y se absolvió a V.L.P, L.M.C, J.P.L y C.M.H de los cargos librados en su contra como autores del homicidio frustrado del fiscal y de lesiones graves al personal de la Policía de Investigaciones; y se les absolvió de los delitos de incendio terrorista e incendio de objeto valorizado en más de cuarenta UTM; como igualmente, de los cargos por asociación ilícita terrorista y asociación ilícita común. Finalmente, se eximió a los encausados y a los querellantes del pago de las costas de la causa.

Contra esta decisión las asesorías letradas de los inculpados dedujeron sendos recursos de nulidad por diferentes causales, y requirieron la competencia de esta Corte Suprema, arbitrios declarados admisibles, por lo cual se fijó audiencia para conocer de ellos a fs. 655, incorporándose el acta de las audiencias celebradas los días doce, trece y dieciséis de mayo del presente año.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que las asistencias jurídicas de los convictos J.S.H.R y J.S.H.M, alegaron en su causal principal, así como las defensas de R.E.L.P y H.J L:C, en su inicial petición subsidiaria, **la motivación del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en consonancia con la seguridad de un proceso previo legalmente tramitado y el derecho a guardar silencio.**

Aunque no se trata de la causal principal promovida por H.J.L.C y R.E.L.P, se analizarán en conjunto con la impetrada en forma principal por J.S.H.R y J.S.H.M, sólo por razones de economía procesal y de orden y sistema del examen que se ha propuesto a esta Corte.

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

Explican que la participación de sus representados en los hechos se tuvo por acreditada con el mérito de la declaración del encartado J.S.H.M, prestada ante la policía y luego ratificada ante un fiscal del Ministerio Público, la que fuera relatada en el juicio oral por el prefecto Alfredo Espinoza, en circunstancias que el referido J.S.H.M. fue detenido en Temuco, presentaba una lesión en el oído compatible con un golpe, más tarde fue trasladado a Concepción, sin permitirle comunicarse con su familia, y llegado a esa ciudad, se le interrogó de madrugada por espacio de cuatro horas, dejándose constancia sólo de las respuestas y sin que el prefecto que testificó recuerde siquiera si le leyó sus derechos. Proclaman que ese procedimiento se desarrolló fuera del marco constitucional y, en consecuencia, se conculcó el debido proceso de sus mandantes y su derecho a que el

veredicto sea fruto de una investigación racional y justa. Traen en su apoyo jurisprudencia reiterada de esta Corte Suprema contenida en los autos N°s. 3666-05, 5435-2007 y 6112-2006.

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

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

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

Por último, censura la ausencia del defensor en la diligencia, puesto que J.S.H.M. prestó una declaración preliminar ante la Policía de Investigaciones durante la madrugada del

catorce de abril de dos mil nueve y otra, a la mañana siguiente en la fiscalía de Cañete y en ninguna de ellas contó con asesor letrado, lo que configura inobservancia a la Carta Magna, y a los artículos 8°, inciso 1º, del ordenamiento procesal y 93, letra b), de la misma compilación, lo que corrobora con más jurisprudencia de esta Corte, que fluye de los números 6934-2009, 9758-2009 y 4001-2010. Reafirma la nulidad de los dichos de J.S.H.M. y de toda la prueba que de ellos deriva, incluido el testimonio del funcionario policial Alfredo Espinoza Ugarte, amén que también participaron en la detención los policías José Luis Gallegos Rabanal, José Luis López Leiva y Jorge Ogueda Fuentes, que aunque no depusieron en la litis y esto fue explicado en estrados- sí fueron ofrecidos como testigos, de manera que el vicio también se extiende a ellos.

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

Aseguran la preparación sus recursos por haber impetrado en su oportunidad la exclusión de los testigos cuestionados; y piden se declare la nulidad del juicio y del fallo para que se retrotraiga el procedimiento a la celebración de una nueva audiencia preparatoria, dado que el daño sólo puede repararse con la supresión de los testigos de cargo, Alfredo Espinoza Ugarte, José Luis Gallegos Rabanal, José Luis López Leiva y Jorge Ogueda Fuentes. Las defensas de los procesados H.J.L.C y R.E.L.P formularon peticiones, sin explicar el propósito de reproducir aquella audiencia, ni el primero, el especificó desmedro sufrido por su parte con los abusos contra J.S.H.M., lo que sólo podría colegirse de la cita que hace del considerando 56° del edicto cuando los jueces dicen que contra todos los acusados obra el dicho de aquél.

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

- 1.- Documental: copia de una querella criminal de veinticinco de septiembre de dos mil nueve, en Rit 7576-2009, rol del Juzgado de Garantía de Temuco, con el proveído recaído en ella;
- 2.- Pistas de audio correspondientes al registro del juicio oral: de la pista 101220-00-17 y 21, atinente al interrogatorio de Lorena Muñoz, se escuchó entre los minutos: 03:15 a 03:35; 06:10 a 06:35; 03:45 a 04:15; y 16:04 a 16:28.

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

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

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

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

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

Sin embargo, ninguno de los profesionales defensores se opuso por este motivo a la incorporación pedida por el fiscal del oficio que da cuenta de los antecedentes relativos a la detención de J.S.H.M, lo que pudo ocurrir, tal vez, porque al menos el apoderado de J.S.H.R también incorporó registros de las pesquisas, para la demostración de otra causal según se analiza más adelante-. Empero, no se trata de una norma facultativa, de suerte que no puede quedar entregada al libre albedrío de los litigantes la decisión acerca de si se acepta o no la valoración de un documento cuya incorporación no ha sido consentida por

la ley, probablemente, porque puede considerarse prueba constituida por la parte que la presenta, en vista de lo cual, en estricto apego a la disposición legal citada, estos sentenciadores no asignarán mérito probatorio al documento incorporado como prueba nueva por el fiscal en la audiencia, consistente en el Oficio N° 4106 con todos sus agregados, sin perjuicio que los hechos que por ese documento quiso probar el persecutor consten en algunas declaraciones reflejadas en la decisión repudiada.

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

SÉPTIMO: Que las defensas tildan de ilegal este proceder policial, contrario al debido proceso y atentatorio, además, al derecho a guardar silencio y a no autoinculparse; y a fin de acreditar tales reparos parece relevante esclarecer los asertos del prefecto Alfredo Espinoza Ugarte en el litigio, acerca de lo afirmado por J.S.H.M. ante la policía. Sobre este punto, como se lee del motivo 49° del dictamen que se revisa, ese funcionario reconoció haber trasladado a J.S.H.M. a Concepción por orden del fiscal a cargo, Álvaro Hermosilla, lo que cumplió de inmediato, junto al equipo de detectives que le acompañaba y que, previa lectura de sus derechos, le tomó declaración porque el detenido dijo que deseaba hacerlo porque no tenía participación en el atentado al fiscal y, advertido del derecho a ser asistido por un abogado, expresó el policía que J.S.H.M. no lo quiso pues no deseaba que se filtrara la información, de manera que procedió, delegado por el fiscal. Asevera que J.S.H.M. al principio dijo que no estaba siquiera en Puerto Choque cuando se produjo el atentado, entonces el declarante expresa que dispone de una interceptación telefónica que lo situaba en el lugar con un llamado a L.. Ante esa evidencia, J.S.H.M. cambia su versión y admite su presencia en el sector, pero que no tuvo nada que ver en el hecho y le relata que el quince de octubre de dos mil ocho estaba con L. cuando llegó un móvil con tres sujetos que no recuerda, quienes les dicen que Carabineros anda en las inmediaciones de la propiedad de J.S.J.R y los invitan a pelear con los policías. Se suben y tropiezan con un vehículo policial al que le arrojan palos y piedras, en tanto otros individuos les disparan a los mismos funcionarios. Aclara el deponente que según J.S.H.M. esa misma gente se

juntó en un cerro y quedó de acuerdo en ir a la casa de J.S.J.R, lugar al que él (J.S.H.M) no entró y no conoce a las personas que arribaron al lugar, salvo a J.S.H.M a quien identifica como el que portaba uno de los cuatro celulares sustraídos a J.S.J.R, amén del armamento que hallaron en poder de aquél.

Prosigue que acorde a J.S.H.M, los autores de ese hecho asumieron que más tarde vendrían más Carabineros al sector. El detenido se fue a la casa de R.E.L.P y se quedó dormido, al despertar ya no había nadie y entonces sintió disparos y vio bengalas, por lo que se fue hacia ese tramo del camino, encontrándose con J.S.H.R y otro al que no conocía, que traía una escopeta. Entonces llamó a R.E.L.P, produciéndose un diálogo entre esas personas (no queda claro a quienes se refiere) porque andaban medio perdidos y se dirigen a una especie de casucha donde se reúnen varios otros que llevaban escopeta y a los que no conocía. Finalmente, añade que J.S.H.M. después fue conducido a la presencia del fiscal Hermosilla, ante quien ratificó sus dichos prestados en el cuartel policial, pero niega haber golpeado a J.S.H.M.

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

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

Tal como se desprende del recurso de nulidad del mismo J.S.H.M. (página 17 del recurso, fs. 277 del tomo II del legajo) éste manifestó su decisión de declarar a las 18 horas del día 13 de abril de 2009, misma situación que se destaca en el recurso de J.S.H.R (página 11 del recurso y fs. 196 del tomo II del legajo), cuando según expuso la fiscalía en estrados, ya no se encontraban en hora de audiencia y no disponen de cuartel en Cañete, en vista de lo cual y por orden del fiscal Hermosilla, lo trasladaron a Concepción, que contaba con recintos adecuados donde podían recibirle la declaración que quería rendir el detenido, para, al día siguiente, dirigirse a la Fiscalía de Cañete, lugar donde J.S.H.M. ratificó su

versión entregada a la policía, y finalmente fue puesto a disposición del tribunal, antes de expirar las veinticuatro horas desde su detención.

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

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

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

NOVENO: Que otro capítulo de ilegalidad en la detención de J.S.H.M. estriba en la participación de al menos dos funcionarios que habían resultado heridos en la emboscada que se indagaba, con lo cual revestían a la vez la calidad de ofendidos y entonces, merced al ambiente que describen, se habría producido un clima de coacción inherente, determinante en la destrucción de la voluntariedad del atestado del sujeto, con el riesgo que fabule sucesos inefectivos. Se denota incluso por algunos defensores, el caso Miranda

v/s Arizona de la jurisprudencia norteamericana, asentada en un proceso de mil novecientos sesenta y seis donde la denominada Corte Warren dejó de fundamentar en el quebranto al debido proceso la exclusión de la declaración obtenida por medio de coacción policial, y comenzó a hacerlo en virtud de haberse ignorado el derecho a no declarar contra sí mismo.

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

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

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

declarar, sin que nada de ello se advierta en el juicio, y no resulta convincente una querella interpuesta con mucha posterioridad que no arribó a puerto y una lesión que no delató la defensa, sino que la reconoció la misma policía (la funcionaria Lorena Muñoz), producida al tiempo de la detención, no de la interrogación.

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

UNDÉCIMO: Que, en forma subsidiaria, las asesorías jurídicas de J.S.R.H, J.S.H.M, R.E.L.P y H.J.L.C, instauraron **la causal del artículo 373, letra a), del estatuto adjetivo de penas, en conexión con el derecho a un proceso previo legalmente tramitado.**

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

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

Insisten en que la trascendencia de la inobservancia radica en la valoración positiva del testimonio del prefecto Espinoza y la abstención del tribunal de garantizar el orden institucional; como también, que el deterioro concreto arranca de ese atestado ilegal sobre lo dicho por J.S.H.M., que influyó en los jueces para determinar la participación de los enjuiciados, de lo cual, como pidieron su exclusión, en su oportunidad, quedaron preparados sus respectivos recursos. La defensa de J.S.H.R recaba como petición la misma que hizo de la causal anterior; mientras que los representantes de H.J.L.C, R.E.L.P y J.S.H.M, aunque impetran la nulidad del juicio oral y de la decisión, como también que se retrotraiga el procedimiento al estado de realizar una nueva audiencia de preparación, no explicitan cuál sería el objetivo de esta nueva audiencia de preparación.

DUODÉCIMO: Que para demostrar las circunstancias de esta motivación, así como la preparación del recurso en esta sede, la defensa de J.S.H.R, produjo la siguiente prueba:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En autos consta la existencia de testigos protegidos que han llegado lesionados a rendir su testimonio al tribunal y, sin embargo, se pretende que el acusado, de quien no se advirtió

lesión alguna por el fiscal ni por el Juez de Garantía en la audiencia de control de detención, que es un estudiante de educación técnica superior, estuvo sometido a tal coacción, que no fue capaz de protestar tan pronto se vio libre de la supuesta presión, ante ninguna de esas autoridades.

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

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en subsidio de las motivaciones precedentes, las defensas de J.S.H.Ry J.S.H.M, invocan nuevamente **la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en relación al derecho a un proceso previo legalmente tramitado**, denunciando contravención al artículo 19, N° 3°, inciso 5º, de la Carta Magna, esta vez señalan que en abril de dos mil diez, el Ministerio Público libró acusación contra sus representados y otros más en los autos Rit 1144-08 del Tribunal de Garantía de Cañete y en el tercer otrosí de ese libelo se adjuntó copia de la investigación fiscal contenida en un disco compacto, asilado en el artículo 260 del estatuto procedimental del ramo; tal CD comprende: escaneados dos archivos, uno con fotos y el otro con la indagación propiamente tal, que consiste en los archivadores 1 al 21 y luego 12b, 14-1, 13-1, 11-1, 10-1, 9-1, 8-1, 7-1, 6-1, 5-2, 4-2, 2-1, 1-1, otro llamado extractos, otro denominado denuncia de Eduardo Campos, otro, que es el archivador 1, robo con intimidación y, por último, el archivador 1-1, robo con intimidación.

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

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

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

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

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

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

Testigo N° 8: registra declaración prestada en Tirúa el 16/10/2008 a las 17:13, manuscrita y señalado como testigo protegido N° 1, así acompañado a la acusación. En el dossier aparece manuscrito con el N° 8, pero en el primer párrafo de la declaración sigue como testigo N° 1.

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

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

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

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

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

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

DÉCIMO OCTAVO: Que solamente el recurrente J.S.H.R rindió prueba para acreditar esta causal, sus circunstancias y preparación, consistente en:

1.- Documental cifrada en copia de la acusación fiscal en el rit 1144-2008; copia del CD agregado a la acusación fiscal en estos antecedentes y que se exhibió en su índice en datashow; copia de la resolución del Tribunal de Garantía de Cañete que tuvo por presentada la acusación; copia de la reposición de la defensa contra esa resolución; copia del acta de audiencia de preparación de juicio oral en el rit 1144-2008; copia del recurso de apelación del Ministerio Público contra el auto de apertura de juicio oral en el Rit 1144-08; copia de la resolución de diez de septiembre de dos mil diez, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción en el ingreso N° 427-2010; copia de la reclamación presentada ante la Fiscalía Regional del Bío Bío el quince de septiembre del mismo año; copia del correo electrónico del fiscal Andrés Cruz, de cinco de octubre de ese año, que ofrece

copias de los dichos de los testigos protegidos; fotocopia del dossier de testimonios de los testigos protegidos entregados después del reclamo de la defensa; y copia impresa de las declaraciones de testigos sin identificación suministrados en conjunto con la acusación.

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

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

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

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

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

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

A este fin sólo pueden servir de parámetro de comparación los documentos impresos que se agregaron por el abogado defensor y cuyo contenido no fue objetado por los restantes

intervinientes, pero del que vale también la limitación impuesta por la norma legal antes mencionada.

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

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

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

Lo expresado conlleva el rechazo de la causal en estudio.

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

Expone que aunque la ley procesal autoriza la existencia de testigos protegidos, tal condición sólo subsiste hasta la etapa de juicio oral y que bajo ningún pretexto está prevista para eximir de responsabilidad al co-imputado que declara contra los demás. Sobre el punto la Ley N° 18.314, a pesar que permite mantener la protección del testigo, sigue respondiendo a la idea de resguardar la integridad de esa persona, pero en modo alguno se introdujo para dar inmunidad al imputado que declara contra otras personas.

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

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

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

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

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

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

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que para comprobar la causal subsidiaria IV del artículo 373, letra a), y su preparación, la defensa del acusado J.S.H.R aportó la siguiente prueba:

1.- Registro de audio del juicio oral pista 101207-02-02 que corresponde a los dichos del testigo protegido N° 26, del minuto 06:00 al 09:40. De la pista 02-03 de ese mismo testigo, del minuto 01:03 al 04:31; de la pista 02-04, también de dicho testigo protegido, del minuto 01:33 al 02:14.

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

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

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

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

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

Por otro lado, esta denuncia, en cuanto se yergue sobre meras especulaciones, resulta carente de fundamentos, de suerte que el tribunal que conoce la identidad del testigo

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

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

Develaron atropellados los artículos 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14, apartado 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 260, 266 y 307 del Código Procesal Penal, que obligan al acusador a individualizar a los testigos con nombre, profesión, domicilio y puntos sobre los que deberá recaer su testimonio.

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

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

Las declaraciones proporcionadas por el persecutor en varias secciones aparecen con texto borrado e inconexo e incluso no se cumplía la numeración de individualización asignada por el propio Ministerio Público. Sólo este último aspecto se corrigió después del reclamo

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

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

La defensa de H.J.L.C adicionó como conculcados, los artículos 1°, 5°, 19, N°s. 1°, 2°, 3°, 26° y demás pertinentes de la Carta Política, en consonancia con el debido proceso, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 259, letra h), del Código Procesal Penal. Si bien este ordenamiento admite los testigos protegidos, sólo lo son durante la investigación, pero tal privilegio no puede subsistir después al declarar en el juicio oral. Esa norma no estaba alterada por la Ley N° 18.314, constituyendo una garantía básica de la defensa conocer la prueba de la acusación y ello abarca los nombres de los testigos y los puntos sobre los cuales van a deponer. La modificación posterior para permitir los testigos con identidad reservada, es inaplicable en la especie, porque afecta el derecho de defensa de su representado privándolo de un derecho humano adquirido.

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

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

Destaca violentados los artículos 19, N° 3°, inciso 2º, de la Constitución Política de la República, cuando asegura el derecho a defensa jurídica en la forma que la ley indica, la que no puede ser impedida, restringida o perturbada, 10 de la Declaración Universal de

Derechos Humanos, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8°, apartado 1, del Pacto de San José de Costa Rica, y 14, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen el derecho a ser oído, a controvertir la prueba de cargo y a la defensa técnica.

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

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

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

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

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que para demostrar las circunstancias de su causal absoluta, la defensa del acusado J.S.H.R rindió la siguiente prueba en la audiencia de vista del recurso:

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

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

2.- Documental consistente en copia del acta de la audiencia de preparación de juicio oral en el rit 1144-20 08, rol del Juzgado de Garantía de Cañete y, previamente incorporada, la copia de la resolución de diez de septiembre del año recién pasado, de la Corte de Apelaciones de Concepción recaída en el ingreso N° 427-2010.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sólo en el artículo 18 de la Ley N° 18.314 se introdujo una corrección el ocho de octubre de dos mil diez. Ese artículo se refiere a la forma de proceder para tomar la declaración del testigo protegido ante el Juez de Garantía y que puede extenderse al Tribunal Oral, así

como la potestad del tribunal de excluir del debate cualquier alusión a la identidad que pudiera poner en peligro su protección. La rectificación legal adicionó al último inciso, las siguientes oraciones finales: *"El defensor podrá dirigir al testigo o perito protegido las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad. Lo expuesto en este inciso se aplicará a quien se encuentre en el caso del artículo 9º."* De la simple lectura de lo incorporado por la modificación, se advierte que no se perjudicó a la defensa en la forma que alegó el abogado del acusado H.J.L.C, sino que se explicitó un derecho ya establecido, con una limitación también ya consagrada.

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

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

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

Sin embargo, esas fueron las disquisiciones formuladas en la discusión, lo que condujo a la supresión de parte del artículo originalmente propuesto por el Ejecutivo y que constaba de 6 incisos. En el primero, al igual que ahora, se establecía la obligación del testigo de señalar su completa individualización. En el segundo, se contempla la posibilidad que la indicación pública de su domicilio pudiera ser peligrosa y se consiente omitirla. En el tercero que fue suprimido- se contenía la eventualidad que la manifestación pública de la identidad misma representara peligro para el testigo o terceros y se autorizaba entonces al tribunal para permitirle la omisión de ese dato. El cuarto ordenaba al tribunal que, en los dos casos anteriores ¿de omisión del domicilio e/o identidad-, hiciera al testigo las preguntas necesarias para establecer la credibilidad de los motivos invocados. El inciso quinto ¿que fue suprimido y después se restableció quedando como inciso tercero- sanciona a quien divulgue **la identidad** del testigo que ha hecho uso del derecho señalado en el inciso precedente, el que permite reservarse el domicilio, pero identidad y domicilio son dos cosas diferentes, de modo que si los legisladores quisieron sancionar a quien

divulga **la identidad** ordenada proteger, naturalmente, han querido amparar la identidad de un testigo. Tal conclusión está avalada y se mantiene dentro de los parámetros señalados en el artículo 308 del Código Procesal Penal, que los legisladores quisieron segregar expresamente en precepto aparte, cuando se autoriza al tribunal en casos graves y calificados para adoptar medidas especiales tendientes a preservar la **identidad** del testigo que lo pida, las mismas que puede prodigar el Ministerio Público.

Por lo demás, nada indica que esa protección se restrinja sólo a la época de la investigación, porque las normas recién analizadas están ubicadas en el Título III del Libro II, que gobierna el Juicio Oral del Procedimiento Ordinario; y, en seguida, porque el artículo 307 prescribe que *el Presidente de la Sala o el juez, en su caso*, o sea, se extiende tanto a los tribunales que funcionan colegiados, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, como al unipersonal, el Juez de Garantía. En el mismo sentido, el artículo 308, que faculta tanto al tribunal como al Ministerio Público para adoptar precauciones tendientes a guarecer al testigo, precisa en el inciso segundo, que ello será *antes o después de prestadas sus declaraciones*, con lo que resulta evidente que el resguardo del testigo no fue implementado por los legisladores sólo para la etapa de investigación de un delito, sino que para sus fases posteriores e incluso hasta después de su término. Especialmente, si se tiene en cuenta que es en juicio donde se rinden las pruebas, entre ellas, el testimonio del testigo protegido.

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

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

Finalmente, el artículo 18, con las nuevas enmiendas incorporadas incluso, permite a los jueces disponer, también, que las declaraciones de los testigos protegidos se presten por

cualquier medio idóneo que impida su individualización física normal, para cuyo efecto le ordena al juez comprobar en forma previa la persona del testigo, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. En esas condiciones, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de éste.

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

Sea como fuere y como ya antes se dejó en claro, la normativa general del Código Procesal Penal igual se abre a la comparecencia de testigos protegidos con la reserva de su identidad, aún después de prestado su testimonio y por períodos no determinados, pero sólo el necesario para su efectivo amparo después del juicio; de modo que ha quedado obsoleto proporcionar resguardo a los testigos con identidad protegida que depusieron en el litigio, al alero de la antigua Ley N° 18.314, puesto que ya se declaró su improcedencia al caso concreto, pero subsistirá la salvaguardia general que el artículo 308 del Código Procesal Penal les brinda, mientras subsistan las circunstancias que lo hagan aconsejable, más aún si se tiene en cuenta que las disposiciones especiales que rigen la prueba testifical protegida, en todo caso, se enmarca en el ámbito de la normativa común.

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

TRIGÉSIMO TERCERO: Que en lo que atañe a las motivaciones de los jueces del Tribunal Oral, de la Corte de Apelaciones en su momento o del fiscal del Ministerio Público, para conceder la protección solicitada por los testigos al margen de las alegaciones suscritas en otra causal basadas en simple conjeturas o supuestos de cierta connivencia ilegal entre un presunto imputado-testigo y la Fiscalía con favores irregulares obtenidos por aquél, las razones de peligro para su integridad física o psíquica o la de sus familiares cercanos, habrán sido mejor calificadas por quienes se hallaban inmersos en la realidad fáctica de los

sucesos que sacudieron a la zona de la Araucanía en la época de los hechos averiguados. Al efecto, vale tener presente que en la litis no sólo se indagaron un robo con intimidación y una emboscada que terminó con un fiscal, varios detectives y otros tantos carabineros heridos, sino que también se pesquisaron varios actos incendiarios que en definitiva se acreditaron, pero sin lograr determinar la participación culpable que en ellos le cupo a cada imputado. También es menester tener en cuenta por estos sentenciadores, que conforme describió el experto de Carabineros de Chile, la emboscada que sufrieron el fiscal Elgueta y los demás funcionarios mencionados, se inscribe en la denominada de aniquilamiento, cuyo objetivo procura debilitar a la fuerza pública; una actividad propia de las guerrillas bastante recurrente en la zona. Pero, por sobre todo, suficiente para considerar la procedencia del auxilio requerido, corroborado por la comparecencia al juicio de un testigo visiblemente lesionado, según se dejó constancia en la misma sentencia, lo que le habría sucedido por sapo.

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

TRIGÉSIMO CUARTO: Que las defensas de R.E.L.P, H.J.L.C y J.S.H.R aseguran que se les impidió ejercer debidamente sus derechos, lo que dividen en dos acápite.

Uno tiene que ver con el hecho que, a consecuencia de la protección del testigo, éste declaró a través de un sistema de circuito cerrado de televisión que les imposibilitó apreciar sus reacciones ante las preguntas que se le formulaban, como también, se afectó la máxima de oralidad e inmediatez.

La otra se refiere a que el fiscal objetó a tal extremo sus preguntas y el tribunal acogió de tal manera sus protestas, que en definitiva, prácticamente no tuvieron derecho a realizar contra examen alguno. Aquella se concilia con la protección de la identidad del testigo, sin que pueda verse su rostro, habiéndose confiado a los jueces disponer la forma en que reciben la declaración del testigo protegido para velar por la reserva de su individualización y entonces el tribunal optó por el sistema de circuito cerrado de TV, que parece apropiado para que aquél pueda testificar y mantener su salvaguardia de personalidad, que según fluye de la prueba aportada y lo sostenido por los abogados en estrados, se hizo de cara al tribunal, siendo éste quien se reservó la atribución de apreciar sus reacciones ante las preguntas, precisamente porque a la postre debe valorar sus dichos.

En lo que concierne a la inmediatez y oralidad, no se advierte la forma en que se habría perdido, toda vez que tanto el tribunal como el testigo, a pesar de estar separados por un vidrio, siguieron de cuerpo presente en la audiencia y percibieron de modo directo y a

través de sus sentidos, tanto la recepción de la prueba como las intervenciones de los litigantes.

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, en los mismos organismos internacionales se ha reconocido circunstancias en las cuales, tanto la investigación como el juzgamiento de ciertos delitos, incluidos los terroristas, pueden exponer a quienes participan en la administración de justicia a serios amedrentamientos contra su vida o su integridad física o psíquica o de las personas que constituyen su núcleo familiar. Y ocurre que el Estado tiene también la tarea de proteger a quienes administran justicia, tanto como a quienes coadyuvan al esclarecimiento de los ilícitos de que se trata. A ello está obligado en nuestro país el Ministerio Público, a entregar protección a víctimas y testigos. En esos casos, las entidades y tribunales internacionales aceptan que debe brindarse amparo a esos testigos, *sin perjudicar en su esencia el derecho a defensa*, o sea, se admite que la colisión de los derechos existe y se

zanja por consentir que alguno de ellos debe ceder ante el otro, siempre que no signifique romper la esencia misma del derecho. En nuestro país, el mismo predicamento se consagra en el artículo 19, N° 26°, de la Constitución Política de la República.

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

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

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

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

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

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

La sola pregunta formulada al testigo sobre si comprendía o no lo que significaba una acusación, no aparece a los ojos de esos jueces como parcial o efectuada con la intención de levantar su credibilidad como pretextan las defensas de J.S.H.M y H.J.L.C. No hay probanza acerca de las preguntas de la defensa y que le habrían sido denegadas, como tampoco de las objeciones descartadas sin fundamento alguno. De idéntica manera no hay evidencia de los mismos hechos, pero respecto del fiscal, en otras palabras, de qué objeciones de la defensa no habrían sido aceptadas y qué preguntas inoportunas le habrían sido permitidas sin más.

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

TRIGÉSIMO NONO: Que la defensa de R.E.L.P planteó en subsidio de las demás causales imputadas, la del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en conexión a la igualdad ante la ley.

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

No requiere preparación aduce porque el vicio se produjo en la sentencia y solicita se declare la nulidad parcial del juicio y del veredicto y retrotraer el proceso al estado de

realizar nueva audiencia preparatoria por juez no inhabilitado, pero no expresa su propósito.

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

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

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, las defensas de J.S.H.R y de J.S.H.M, R.E.L.P y H.J.L.C, dedujeron en forma subsidiaria, la **causal del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, por haberse omitido en la sentencia los requisitos del artículo 342, letras c) y d)**, de dicho compendio.

Al respecto, afirman que el tribunal dio por establecidos los hechos en las reflexiones 78ª y 79ª, para cuya demostración tuvo presente los medios de prueba a que se refieren los raciocinios 25º y 35º a 44º; mientras que la participación culpable de J.S.H.R, se acreditó con los elementos de cargo que constan entre las elucubraciones 45ª a 53ª del fallo refutado, que en cada caso pormenoriza. Acto seguido distingue lo que ha de entenderse por la motivación de la sentencia y la forma en que se satisface el requisito del artículo 342, letra c), de la recopilación adjetiva del ramo, para alegar que en la especie se omitió la exposición de los hechos y accidentes con los que estimó probada la participación culpable de J.S.H.R en los ilícitos por los que fue condenado, ya que no basta con enunciar los medios de prueba y valorarlos, sino que es imprescindible indicar la conclusión que determina la atribución de la norma penal y sus colofones jurídicos, tramo éste que no se cumplió porque no se dice cómo intervino, ni las circunstancias de su participación. Tampoco describe el contenido de los medios de prueba, sino que se contenta con parafrasearlos, vale decir, acomoda la información, la modifica y así termina por asignar certeza a un hecho que el testigo no afirmó con seguridad, como acontece, por ejemplo, con Eladio Quiroz y con el testigo reservado N° 26, de quienes explica latamente el parafraseo.

También el tribunal incurre en abstención de la información derivada del contra examen de las defensas, lo que establece con algunos extractos que copia en el recurso. Y develan que los jueces prescindieron derechamente del contenido completo del medio probatorio,

como sucedió con la testigo Lorena Muñoz Vidal (funcionaria de policía), que sólo fue mencionada en el razonamiento 69°, pero sin que se reprodujera el sentido de su atestado.

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

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

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

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que el defecto de haberse suprimido describir en forma precisa la participación de los imputados en los hechos atribuidos en el dictamen, procede tener presente que en los fundamentos 78° y 79°, al darse por establecidos los delitos de autos se estampó respecto de los intervinientes, lo siguiente: *un grupo de sujetos dentro de los cuales se encontraban H.J.L.C, R.E.L.P, J.S.H.R y J.S.H.M, armados con escopetas y otros elementos, concurrieron hasta dicho lugar, para luego dividirse en grupos, uno de los cuales se ubicó realizando labores de vigilancia en las inmediaciones, en tanto que otro grupo, procedió a;* y, en el otro delito, se estableció que *fueron atacados con armas de fuego del tipo escopeta, por un grupo de sujetos, los cuales se ubicaron, un grupo en las cercanías del cementerio, en tanto que el otro, justo antes del cruce de caminos allí existente? procediendo a disparar de forma sostenida y reiterada.*

Luego, entre los fundamentos 45° y 60°, bajo el rótulo Participación de los acusados en los hechos signados como primer grupo de delitos los sentenciadores del Tribunal Oral en lo Penal, examinaron todos los antecedentes que tuvieron en cuenta para tener por establecida la participación de los inculpados en los delitos por los que resultaron

condenados, analizan en ese pasaje los dichos del testigo con identidad reservada N° 26, del prefecto Alfredo Espinoza Ugarte que se refirió a lo declarado por J.S.H.M y a algunos antecedentes más-, las escuchas obtenidas de la interceptación del teléfono que usaba H.J.L.C y a las que aludieron los testigos López Leiva, Núñez Fernández y Araneda Peña, además de la constancia en un documento; también lo aseverado por el ingeniero acústico Sáez Elgueta y el técnico cartógrafo Erick Lenz Alcayaga apoyado en otros documentos y el perito Alvaro Saavedra del Laboratorio de Criminalística en relación a un informe planimétrico; y lo que se logró de la interceptación del teléfono móvil que portaba J.S.H.R y que fue uno de los sustraídos desde el domicilio de J.S.J.R, cuestión que explicó el detective Rodríguez Sáez con un informe policial y el tráfico de comunicaciones de ese número; más la intervención del teléfono de un tercero, Oscar Caniupan, donde se constató un llamado del inculcado H.J.L.C, y el de la pareja de R.E.L.P que registra dos avisos de este último en una hora próxima al ataque al fiscal, con sus correspondientes registros y explicaciones de la Policía; y, finalmente, la incautación de una motosierra Husqvarna desde el domicilio de R.E.L.P, con el informe del perito y las fotografías de rigor.

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

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

Lo que desaprueba a la testigo Lorena Muñoz, parece irrelevante, porque se trata de una funcionaria policial y no se sostiene algún aporte concreto a la defensa cuya supresión le

infera deterioro, y también porque sus dichos fueron valorados por el tribunal en el considerando 69° al hacerse cargo de ciertas peculiaridades de la detención de J.S.H.M, en p articular una lesión en su oído, único detalle relevante de su versión, sin que aparezca otro dato de la detención no abordado por los restantes deponentes.

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

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

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

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

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

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

Registro de audio del juicio, pista 101125-00-02 que corresponde al interrogatorio del fiscal Elgueta entre los minutos 07:10 a 07:50 y 08:20 a 09:18; como asimismo de la pista 101207-01-04 del contra examen del testigo N° 26, del minuto 04:55 a 07:37; también la

pista 101118-03-11 del testigo Jorge Pino, minuto 04:30 a 05:23; y, pista 101126-01-04, del minuto 13.35 a 14:50.

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

Lo que se procuró fundamentar en los ratiocinios 61° y siguientes del fallo en revisión, donde el tribunal aseguró la concurrencia del dolo directo de tipo homicida, esto es, la intención positiva de causar la muerte de la persona objeto del ataque, toda vez que las escopetas utilizadas a corta distancia, las máximas de la experiencia enseñan que sus consecuencias pueden ser devastadoras en el ser humano, no obsta a que continúen siendo uno de los elementos más frecuentemente utilizados para privar de la vida a un individuo. En el razonamiento 62° se refuerza nuevamente la idea del dolo directo de matar en las fotografías de la camioneta que conducía el fiscal, donde se aprecia que recibió repetidamente impactos de ese tipo de armas, a una distancia aproximada de ocho metros, dirigidos principalmente a la cabina, ?siendo aquella particular concentración de disparos, lo que denota claramente un ánimo homicida por parte de quienes lo ejecutaron.

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

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

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

CUADRAGÉSIMO NONO: Que las defensas de J.S.J.RJ, R.E.L.P y H.J.L.C, en subsidio de todas las motivaciones anteriores, han deducido **la del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal.**

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

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

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

La defensa de R.E.L.P agrega que, en lo que atañe a los homicidio frustrado del fiscal adjunto del Ministerio Público y lesiones simplemente graves al personal policial, previstos en los artículos 268 ter del Código Penal y 17 bis, N° 2°, de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, aquél exige dolo directo, que supone la existencia de un ingrediente intelectual como es el conocimiento de las circunstancias objetivas y subjetivas del tipo, acompañado de la voluntad de realizarlo, es decir, el componente volitivo. Se requiere,

por consiguiente, dolo directo, conciencia plena que atacaban a un fiscal del Ministerio Público y a miembros de la Policía de Investigaciones de Chile en ejercicio de sus funciones y que, en ese entendimiento, quisieron atentar contra su integridad física.

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

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

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

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

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

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

QUINCAGÉSIMO: Que desde luego y en relación a la supuesta infracción a los artículos 432, 436, inciso 1°. y 439 del Código Penal, que formuló sólo la defensa de R.E.L.P, respecto del delito de robo con intimidación, la que hizo consistir en el hecho que no se probó, que las especies sustraídas fueran de propiedad de J.S.J.R o de alguien de su familia, el solo hecho que no se haya contenido un razonamiento concreto sobre el cumplimiento de esa circunstancia, no constituye un vicio de nulidad, desde que en varios pasajes del fallo se da por afirmada la calidad de legítimo poseedor o propietario de ese ofendido respecto de las especies sustraídas, lo que se subraya incluso al tenerse por acreditado el segundo ilícito por el que fueron condenados, donde se asevera que los imputados hicieron uso de las armas de fuego que sustrajeron de ese domicilio y de alguno

de los celulares del mismo ofendido J.S.J.R. Por lo demás, la exigencia legal en este sentido consiste en que el bien sustraído sea ajeno respecto del ladrón, lo que consta en autos y se reafirma con la circunstancia que ninguno de los imputados se ha atribuido ese dominio.

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

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

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

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

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

Empero, ponderó las fotografías de la camioneta que gobernaba el fiscal, y resalta que fue repetidamente blanco de balas de esa clase de armas, a una distancia aproximada de ocho metros, dirigidos principalmente a la cabina, siendo aquella particular concentración de disparos, lo que denota claramente un ánimo homicida por parte de quienes lo ejecutaron.

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

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

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

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

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

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

En este apartado reconocen los jueces que sólo pueden especular sobre la presencia del fiscal en la zona, tanto porque hubo un robo, como porque había una caravana de rodados. Tales razonamientos no dan cuenta de dolo directo, sino sólo dolo eventual. Más tarde, los jueces agregaron que no podía ser casual la ubicación y distancia de los impactos

concentrados en la camioneta del fiscal y la del GOPE que le antecedió y que eran las únicas dos de la caravana que no lucían logos distintivos y donde el móvil del fiscal presenta mayoritariamente huellas en forma perpendicular, lo que supone que los tiradores se ubicaron frente a ese coche.

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

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

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

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

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: Que en la descripción del hecho concreto que se tuvo por probado como hecho A2- se ha dicho lo siguiente: *Que el día 16 de octubre de 2008, aproximadamente a las 00:30 horas, y luego que el Fiscal Adjunto del Ministerio Público Mario Elgueta Salinas, junto a personal de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile, todos en el ejercicio de sus funciones, habían ingresado al sector Puerto Choque en la comuna de Tirúa, a objeto de verificar una denuncia por el delito de robo con intimidación, y realizar las primeras diligencias en el domicilio del afectado J.S.J.R, una vez que la caravana de vehículos que trasladaba al referido Fiscal Adjunto, hacía abandono por la ruta del mismo sector, al pasar por el Cementerio Local, fueron atacados con armas de fuego del tipo escopeta, por un grupo de sujetos, los cuales se ubicaron, un grupo en las*

cercanías del cementerio, en tanto que el otro, justo antes del cruce de caminos allí existente, prevaleciendo de lo aislado del lugar, la oscuridad reinante, las condiciones del terreno, y al hecho que la caravana tuvo que detenerse debido a la presencia de árboles cortados en el camino que impedían el paso, procediendo a disparar de forma sostenida y reiterada en contra del Fiscal Adjunto Mario Elgueta Salinas, como asimismo, en contra de los demás funcionarios policiales que lo acompañaban, con el objeto de dar muerte al representante del Ministerio Público, resultando lesionados como consecuencia de ello, el Fiscal Adjunto antes mencionado, con un impacto de perdigón en su mano derecha, de carácter leve, y asimismo, los funcionarios de la Policía de Investigaciones Subcomisario Jorge Ogueda Fuentes, Inspector Walter Oyarce Vergara, y el Inspector Alejandro Rojas Rifo, todos ellos con lesiones de carácter grave, con un tiempo de incapacidad superior a treinta días, además de resultar lesionados los efectivos de Carabineros Sargento Primero Jorge Sepúlveda Sáez y Sargento Segundo Eladio Quiroz Silva.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Que por no haberse acreditado el conocimiento del sujeto calificado: fiscal del Ministerio Público en un caso y de funcionarios de la Policía de Investigaciones, por el otro, sino sólo que el grupo que integraban los acusados emboscó y disparó en forma persistente contra una caravana de vehículos que creían integraba Carabineros de Chile, no es posible calificar los hechos antes establecidos en la forma que lo fueron en la sentencia en examen y así se ha incurrido en una infracción de derecho a los artículos 268 ter del Código Penal y 17 bis, N° 2°, del DL N° 2.460, aplicados a situaciones improcedentes.

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

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

Y visto, además, lo prevenido en los artículos 360, 373, 374, 378 y 385 del Código Procesal Penal, **SE ACOGEN** los recursos de nulidad interpuestos de fojas 191 a 260, 369 a 480, y 481 a 610, en representación de los condenados J.S.H.R, R.E.L.P y H.J.L.C, sólo en cuanto a la causal **del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal** entablada en forma subsidiaria al resto de las motivaciones propuestas, las que se rechazan, pero, en todo caso, **anulándose la sentencia en forma parcial** sólo en lo que respecta a los delitos de

homicidio frustrado en la persona del fiscal del Ministerio Público y lesiones simplemente graves inferidas a los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, segmento que se reemplaza por la sentencia que se dicta a continuación, sin nueva audiencia y en forma separada.

Regístrese.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N° 2921-11.

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

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

PARAGUAY

Síntesis jurídica:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió confirmar el fallo del Juez Penal de Garantías que rechazó el pedido de extradición, alegando que conforme lo dispuesto en el Código Penal de la República Argentina y del Código Penal de la República del Paraguay, en el contexto del Tratado Bilateral de Extradición vigente no se configura el principio de la doble incriminación en la conducta del ciudadano requerido por la Republica Argentina. Hacen referencia al Art. 142 del Código Penal Argentino que prevé el hecho punible de sustracción de menores, al Art. 228 del Código Penal Paraguayo que regula dicho tipo penal y al Art. 70 del Código de la Niñez y la Adolescencia que reglamenta todo lo relativo a la patria potestad y su ejercicio. Argumentan finalmente que la valoración del incumplimiento del requisito de doble incriminación aparece como formal y materialmente correcta, siendo aplicables: el Art. 1º de la Convención sobre Extradición de la Séptima Conferencia Interamericana (Montevideo 1993), el Art. 3º de la Convención Interamericana sobre Extradición de Caracas (1981) y además el Preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica. (Considerando 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12)

“EXHORTO: R. C. S. S/ IMPEDIMENTOS DE CONTACTO”.-----

ACUERDO y SENTENCIA NÚMERO: cuatrocientos cuarenta y ocho

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los veintinueve días del mes de Junio del año dos mil once, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los señores Ministros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Doctores **LUIS MARIA BENITEZ RIERA, SINDULFO BLANCO y ALICIA PUCHETA DE CORREA**, ante mí, la Secretaria autorizante, se trajo el expediente caratulado: **“EXHORTO: R. C. S. S/ IMPEDIMENTOS DE CONTACTO”**, a fin de examinar la denegatoria del pedido de extradición contra el ciudadano de nacionalidad Argentina R. C. S., resuelta por S.D. Nº 13 del 28 de marzo de 2011, del Juzgado Penal de Garantías Nº 01, a cargo del Juez Hugo Sosa Pasmor.-----

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

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la S.D. Nº 13 del 28 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado Penal de Garantías Nº 01 de la Capital?.-----

A los efectos de determinar el orden para la emisión de las opiniones, se realizó un sorteo que arrojó el siguiente resultado: **SINDULFO BLANCO, LUIS MARIA BENITEZ RIERA y ALICIA PUCHETA DE CORREA.**-----

A LA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DOCTOR SINDULFO BLANCO DIJO: el expediente llegó a la Corte en fecha 08 de junio de 2011, a fin de imprimir el trámite previsto en el artículo 149 del Código Procesal Penal (CPP), que dice: *“EXTRADICIÓN PASIVA: ...La resolución que deniegue el pedido de extradición será enviada, en todos los casos, a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que se pronunciará sobre la misma dentro de los quince días de recibidas las actuaciones. Si la persona requerida está detenida, no se decretará la libertad hasta que resuelva la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Si la misma no resuelve en el plazo previsto se concederá inmediatamente la libertad y la detención no podrá ser decretada nuevamente”*.-----

Por vía diplomática, se ha acercado el pedido de extradición contra el ciudadano argentino **R. C. S.**, requerida por la República Argentina, mediante diligencia planteada por el Juzgado Penal de la Ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, República Argentina, a cargo del Juez Hugo Américo Juárez. Se le atribuye el hecho de no haber restituido el día lunes 22 de diciembre del año 2004 a la Sra. M. A. C. en su domicilio a los tres hijos menores de edad que tienen en común, C. M., L. S. y X. A. S., infringiendo así lo acordado en las distintas audiencias de avenimiento celebradas por ambos en la Asesoría Civil de Familia e Incapaces de esta ciudad, lo cual motivo a la Sra. C. a efectuar la correspondiente denuncia. Que, en el mes de noviembre del año 2.009, una mujer que conoce a el encartado S. y que reside en la ciudad de Rosario (Pcia. de Santa Fe), contactó telefónicamente a través de “Missing Children” a la Sra. C. y le manifestó que sus hijos estarían residiendo en la ciudad de LUQUE (Paraguay) junto a su progenitor.-----

En cuanto a la situación procesal de la persona afectada, se tiene que el mismo fue beneficiado por la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión preventiva, a tenor del A.I. Nº 1518 del 22 de diciembre de 2010. Con su comparecencia al Juzgado quedó acreditado su fecha de nacimiento el día 12 de enero de 1.971, en la Provincia de Santa Fe, República Argentina, con D.N.I. Nº 22.683.239, de estado civil soltero, fijando como domicilio actual en la calle La Paz Nº 43 c/ Capitán Insfrán de la Ciudad de Luque, República del Paraguay.-----

El argumento central para denegar la extradición fue el no cumplimiento del principio de la *doble incriminación* en la conducta de la persona requerida, a la luz de las disposiciones del Código Penal de la República Argentina y del Código Penal de la República del Paraguay, en el contexto del Tratado Bilateral de Extradición vigente suscripto en Buenos Aires el 25 de octubre de 1.996, aprobado por Ley Nº 1061/97, para

los dos países. Esta situación fue advertida por la Defensa al contestar el traslado a fs. 87/91, y el Ministerio Público en su **Dictamen Nº 08** del 20 de enero de 2011, agregado a fs. 94/98 de autos y, posteriormente, constatada por el Juzgado en la Sentencia Definitiva ahora en examen.-----

-

La conducta punible que la justicia del país requirente le atribuye al Sr. R. C. S., es la supuesta comisión del hecho punible de sustracción de menores, prevista en el artículo 142 bis del Código Penal Argentino, en su parte pertinente expresa: *“1) ...al que sustrajere, retuviere y ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años. La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión: 1) Si la víctima fuese...; ...un menor de dieciocho (18) años de edad...”*-----

-

El artículo 228 del Código Penal Paraguayo, en lo referente a la sustracción de menores, prevé el hecho punible de violación de la patria potestad. Dice textualmente que: *1º) “El que sin tener la patria potestad sustrajera un menor de la patria potestad de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o multa. Cuando además el autor condujera al menor a un paradero desconocido por tiempo prolongado, será castigado con pena privativa hasta seis años”*.-----

Asimismo, resulta importante atender la disposición contenida en el art. 70 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que expresa: *“El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones... Las cuestiones derivadas del ejercicio de la patria potestad serán resueltas por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia...”*-----

En ese contexto, el hecho atribuido al Sr. R. C. S., no se adecua al tipo penal descrito en la Legislación Penal Paraguaya, en razón de que las condiciones objetivas del autor, componente de la tipicidad, determinan que el sujeto activo no debe tener la patria potestad del menor sustraído. En tal sentido, siendo el denunciado padre de los menores, su conducta no se subsume en el tipo previsto en el ordenamiento penal nacional.-----

En ese orden de ideas, el principio de la doble incriminación, que requiere tanto que el hecho atribuido al extraditable sea sancionado tanto por el Estado requirente como por el Estado requerido, sin importar la denominación que se le dé al hecho punible, no se encuentra cumplido. Si bien dicho presupuesto no surge de manera expresa de la

letra del Tratado Bilateral vigente, ya en ocasión de los Acuerdos y Sentencias N° 1663 y 1665 del 30 de noviembre de 2004 y más relativo al caso concreto el Acuerdo y Sentencia N° 113 de fecha 7 de marzo de 2010, esta Corte ha sostenido, que existen componentes relacionados al concepto mismo del instituto de la extradición que constituyen principios subyacentes de todos los tratados y convenios internacionales, lo cual amerita su consideración en este estadio de control. En ese contexto, debe citarse el artículo 147 del Código Procesal Penal, que dispone: *“EXTRADICIÓN: lo relativo a la extradición de imputados o condenados se regirá por el Derecho Internacional vigente, por las leyes del país, por las costumbres internacionales o por las reglas de la reciprocidad cuando no exista norma aplicable”*.-----

--

La valoración -en el caso concreto- del incumplimiento del requisito de doble incriminación aparece como formal y materialmente correcta. El requisito de la doble incriminación es regulado por diversos Convenios internacionales de los que nuestro país figura como signatario. La Convención sobre Extradición de la Séptima Conferencia Interamericana (Montevideo, 1933) proclama en su artículo primero: *“Cada uno de los Estados signatarios se obliga a entregar... a los individuos... siempre que concurran las circunstancias siguientes: b) Que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido...”*. La Convención Interamericana sobre Extradición de Caracas (1981) enuncia en su artículo 3º 1) lo siguiente: *“Para determinar la procedencia de la extradición es necesario que el delito que motivó la solicitud por sus hechos constitutivos... esté sancionado en el momento de la infracción... tanto en la legislación del Estado requirente como en la del Estado requerido”*. Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica (Ley 1/89) en su preámbulo manifiesta cuanto sigue: *“...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...”*.-----

Desde el punto de vista material y considerando los preceptos de la legislación del Estado requirente y los de la Ley nacional, no se constata el cumplimiento de dicho requisito, entendida la “doble incriminación” como un principio de identidad normativa en donde lo relevante está dado no por la misma tipificación (nombre del tipo penal) sino por la similar descripción de la conducta desplegada (hipótesis fáctica).-----

En consecuencia, corresponde confirmar la S.D. N° 13 del 28 de marzo de 2011, dictado por el Juzgado Penal de Garantías N° 01, de la Capital, por estar ajustada a derecho. **ES MI VOTO**.-----

A SUS TURNOS, los DOCTORES LUIS MARIA BENITEZ RIERA y ALICIA PUCHETA DE CORREA, manifiestan su adhesión al voto precedente por sus mismos fundamentos.-----

-

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

Ante mí:

SENTENCIA NÚMERO: 448

Asunción, 29 de Junio de 2011.-

VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la S.D. Nº 13 del 28 de marzo de 2011, dictado por el Juzgado Penal de Garantías Nº 01 de la Capital, por la cual se rechazó la extradición del ciudadano argentino R. C. S..-----

ORDENAR el cese de las medidas cautelares dictadas en el procedimiento.-

NOTIFICAR de lo resuelto a las partes, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la INTERPOL.-----

ANOTAR y notificar.-----

MINISTROS: SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y LUIS MARIA BENITEZ RIERA

Ante mí: Karina Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial

Título:

Se confirmó la decisión del Juzgado Penal de Garantías en virtud del cual se denegó el pedido de extradición argumentando el no cumplimiento del principio de doble incriminación en la conducta de la persona requerida.

Síntesis jurídica:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió confirmar el fallo del Juez Penal de Garantías que rechazó el pedido de extradición, alegando que conforme lo dispuesto en el Código Penal de la República Argentina y del Código Penal de la República del Paraguay, en el contexto del Tratado Bilateral de Extradición vigente no se configura el principio de la doble incriminación en la conducta del ciudadano requerido por la Republica Argentina. Hacen referencia al Art. 142 del Código Penal Argentino que prevé el hecho punible de sustracción de menores, al Art. 228 del Código Penal Paraguayo que regula dicho tipo penal y al Art. 70 del Código de la Niñez y la Adolescencia que reglamenta todo lo relativo a la patria potestad y su ejercicio. Argumentan finalmente que la valoración del incumplimiento del requisito de doble incriminación aparece como formal y materialmente correcta, siendo aplicables: el Art. 1º de la Convención sobre Extradición de la Séptima Conferencia Interamericana (Montevideo 1993), el Art. 3º de la Convención Interamericana sobre Extradición de Caracas (1981) y además el Preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica. (Considerando 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12)

Síntesis de los hechos:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por imperio del Art. 149 del Código Procesal Penal debe estudiar en todos los casos en que la decisión del inferior deniegue un pedido de extradición. El fallo estudiado por la Sala Penal determinó que el hecho que motivó el pedido de extradición no cumple con el requisito de doble incriminación requerido por las disposiciones legales aplicables, independientemente de la denominación que se otorgue al hecho punible. Así en la Republica del Paraguay una persona que ejerza la patria potestad no puede ser considerada autora del hecho punible de sustracción de menores, condición –ejercicio de la patria potestad- que resulta indiferente en la legislación de la Republica Argentina. Argumentaron que lo relevante al analizar la doble incriminación no es que el hecho tenga el mismo nombre del tipo penal sino que se debe considerar la similar descripción de la conducta desplegada, es decir, la hipótesis fáctica.

.....

Síntesis jurídica:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió revocar el fallo del Tribunal de Apelación, Tercera Sala que a su vez revocó la declaración de extinción de la acción penal decretada por el Juez de Primera Instancia, considerando en primer lugar, que las cuestiones relativas al cumplimiento del plazo razonable en un proceso penal constituyen incidencias que por ser de orden público deben ser estudiadas antes de cualquier otra cuestión. En segundo lugar, que en el caso en estudio al cumplirse el doble del plazo de la prescripción corresponde decretarla, conforme lo disponen los Artículos 104, 111 y 141 del Código Penal Paraguayo vigente. En tercer lugar, refirieron que la declaración de la

prescripción de manera alguna implica la absolución del procesado sino que la misma tiene relación con la imposibilidad de llegar a una redefinición del conflicto por parte de los órganos de punición del Estado. En cuarto lugar, descartaron considerar a los hechos investigados como aquellos llamados de lesa humanidad. El voto minoritario rechazó la declaración de prescripción ya que consideró a los hechos punibles como de lesa humanidad fundando la postura en lo dispuesto en la Ley No. 69/89 en la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (Considerando 14, 18, 19, 20, 24, 25, 27, 30, 42, 43)

Expediente: “Recurso de Casación interpuesto por el Sr. J. K. K. por derecho propio y bajo patrocinio de los Abogados A. A. R. y N. G. I. en la causa: **Sumario Abierto en averiguación de la supuesta comisión de los delitos de Atropello de Domicilio, Abuso de Autoridad y otros. Nº 410.Año 1997**”.

A.I.Nº 136

Asunción, 4 de Marzo de 2010.

VISTO: el Recurso de Casación interpuesto por J. K. K. G., en ejercicio de sus derechos y bajo patrocinio profesional, en contra del A.I.Nº 127, de fecha 16 de junio de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, de la Capital y;

CONSIDERANDO:

- 1) Que como cuestión inicial, resulta imperativo, someter al recurso a un examen de **admisibilidad** y evaluar si la presentación cumple con todos los recaudos necesarios para avanzar al estudio con respecto a su procedencia y, en este sentido, tenemos que: El mecanismo de impugnación extraordinario es interpuesto por José Key Kanazawa, bajo patrocinio de Abogado y en contra del A.I.Nº 127, de fecha 16 de junio de 2009.-----

Por la citada resolución, el Tribunal de Apelación, Tercera Sala, resolvió: “1. **REVOCAR** el decisorio impugnado- A.I.Nº 1965 de fecha 14 de setiembre de 2000 y, en consecuencia; 2. **ORDENAR** la prosecución de los trámites de conformidad al Lineamiento establecido en la Ley procesal de 1.890; 3. **ANOTAR...**”-----

Que el artículo 477 del Código Procesal Penal, dispone, en relación al objeto del recurso de casación: *“Solo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencia definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o **denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena**”*.-----

La resolución recurrida, es un auto interlocutorio dictado por un Tribunal de Apelación, que en su parte dispositiva, resolvió, revocar el decisorio impugnado por el que se había dispuesto extinguir la acción penal y, consecuentemente, podemos afirmar que con tal determinación, el Tribunal de Apelaciones denegó la procedencia de la extinción, por lo tanto, y tratándose de un fallo dictado por el Tribunal de Apelación, a tenor de lo previsto en el Artículo 465 del CPP, el presupuesto de **impugnabilidad objetiva**, se halla satisfecho.-----

Debe verificarse además que el sujeto este legitimado para recurrir por tener un interés jurídico en la impugnación y capacidad legal para interponerla con relación al gravamen que la resolución le ocasiona (**impugnabilidad subjetiva**); y, finalmente deben observarse los requisitos formales de **Modo, Lugar y Tiempo** en la interposición del recurso como acto procesal.-----

Con referencia a la **impugnabilidad subjetiva**, de las actuaciones que obran en el expediente se advierte que la resolución del Tribunal de Alzada, es atacada por el Señor J. K. K., quien manifiesta sentirse afectado en sus derechos por la decisión arribada por el Tribunal de Alzada, en el sentido de que denegó la extinción de la acción penal, ya decretada anteriormente por el Juzgado de Primera Instancia; hallándose el citado sumariado en esta causa. En ese sentido, puede sostenerse que la condición de impugnabilidad subjetiva, se halla debidamente cumplida en atención a las disposiciones del Art. 8º, del Pacto de San José de Costa Rica y el Art. 449 del CPP.-----

Ahora bien, con respecto a los requisitos de **MODO, LUGAR Y TIEMPO** se tiene que el casacionista lo interponen ante la Secretaría de la Sala Penal, dentro del plazo previsto en la norma procesal (10 días); por escrito fundado y alegando el motivo previsto en el Art. 478, inciso 2) del Código Procesal Penal, alegando la existencia de fallos contradictorios. Por lo tanto, la interposición del recurso ha dado cumplimiento a los presupuestos formales mencionados y, en consecuencia, debe ser declarado admisible y proseguirse al análisis de los fundamentos expuestos para analizar su procedencia.-----

2. Procedencia. Superado el primer examen, corresponde analizar el objeto propuesto por las partes como motivo del recurso de casación. Para ello, primeramente, será oportuno señalar lo resuelto por el Tribunal de Apelaciones, a los efectos de realizar una confrontación con las argumentaciones vertidas por el Recurrente y, a la luz de las disposiciones legales correspondientes, determinar si la decisión resultó ajustada a derecho, o en su caso, afectada por alguno de los motivos consagrados en la Ley, que la invaliden y, en consecuencia, deba declararse su nulidad o su corrección por alguna de las vías previstas en el Código Procesal Penal.-----

El Tribunal de Apelación en lo Penal, Tercera Sala, integrada a los efectos de la decisión de la presente causa, resolvió por A.I.Nº 127, del 16 de junio de 2009: “1. **REVOCAR** el decisorio impugnado- A.I.Nº 1965 de fecha 14 de setiembre de 2000 y, en consecuencia; 2. **ORDENAR** la prosecución de los trámites, de conformidad a los lineamientos establecidos en la Ley procesal de 1.890; 3. **ANOTAR...**”-----

La resolución cuya casación es impulsada por el Recurrente, sobrevino tras la discusión y decisión de las cuestiones propuestas en el recurso de Apelación y Nulidad contra el A.I.Nº 1965, de fecha 14 de setiembre de 2000, por la que se había resuelto: “**DECRETAR EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL** en la presente causa penal, en consecuencia decretar el archivamiento de autos”.----

El Recurrente se pronuncia en contra del fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones, conforme notamos de las alegaciones que obran en el escrito de fs. 633/651, del que surge que el Casacionista, propone como uno de los pilares del recurso la viabilidad de la prescripción de la acción penal en esta causa, alegando que el fallo dictado por el Tribunal de Alzada, resulta contradictorio con una serie de fallos dictados en esta Sala, por cuanto, que dicho órgano jurisdiccional omitió pronunciarse con respecto a la aplicabilidad en el caso en estudio de dicho instituto, el cual, incluso debe ser estudiado previamente a cualquier otra cuestión recurrida, por hallarse involucradas en la misma, intereses de orden público atinente a la procedencia de una persecución penal eficaz.-----

Puntualmente los argumentos del recurrente tienden a demostrar que el A.I.Nº 127, dictado por el Tribunal de Apelaciones, resulta notoria y manifiestamente contradictorio con el criterio sustentado en otros fallos dictados por esta Sala y, por lo tanto, la resolución se hallaría incurso dentro de los defectos previstos en el Art. 478, del CPP.-----

Solicita que esta máxima instancia determine la aplicación de la ley más benigna haciendo lugar a la prescripción de la sanción, por cuanto que atendiendo a las penas

previstas en los delitos investigados, la acción penal se hallaba prescripta, incluso, mucho antes al dictado del A.I.Nº 127, hoy recurrido.-----

Efectivamente, el reclamo efectuado por el Recurrente, como ya fuera sostenido en otros fallos, resulta una cuestión de orden público, y cabe afirmar que al proyectarse en el tiempo, la facultad de perseguir que tiene el Estado, reflejada en el proceso penal requiere, más que cualquier otra institución jurídica, una regulación estricta; ya que con ella se contribuirá muy eficazmente a la tutela de los intereses comprometidos. Esta regulación implica el emplazamiento de los actos a lo largo tiempo, poniendo límites a la actividad y a la inactividad. Se fijan lapsos que exigen, impiden o fijan el cumplimiento del acto, como si se tomara un punto en el segmento del tiempo, antes, en o después del cual corresponde realizar el acto. Ese punto es el término que fija el acto o pone fin a la prolongación del plazo, de aquí que el plazo sea una condición temporal en la producción de los actos procesales penales.-----

Conforme lo advertimos con las actuaciones procesales, tal como lo denuncia el interesado, el hecho objeto del sumario **data del 30 de octubre de 1997**, fecha en la que conforme a la denuncia- se habrían perpetrado los delitos de Atropello de Domicilio, Abuso de autoridad, daño intencional, lesión corporal y disparo intencional de arma de fuego, investigación que- conforme a las constancias de autos- no alcanzó ni siquiera el estado plenario, de conformidad al Código Procesal del año 1890,- véase fojas 2/5 de autos.-----

Por A.I.Nº 1929, del 05 de noviembre de 1997, se dispuso INSTRUIR sumario en averiguación de los delitos de acción penal pública cometidos, así como la determinación de su autor, cómplices o encubridores; fs. 06.-----

En este contexto, **el 30 de octubre de 1997**, es el momento que debe tenerse en cuenta para el inicio del cómputo de la prescripción de la acción.-----

El sumario ha sido abierto por los delitos señalados líneas arriba, y de esta forma, considerando las disposiciones de la Ley 1160/97, y su Modificatoria prevista en la Ley Nº 3340/08, advertimos que en cuanto al Instituto de la prescripción, éstas constituyen la disposiciones legales más favorables para los sumariados- Art. 14 de la Constitución – ello en razón de que la primera ley dispone la viabilidad de la prescripción por el transcurso del doble del plazo, independientemente a las interrupciones o suspensiones y, la segunda, por cuanto establece expresamente que para la consideración y cómputo correspondiente deberá estarse al marco penal del tipo base, sin considerarse posibles modificaciones por agravantes o atenuantes.-----

Por tanto, si consideramos el marco penal previsto para los delitos que nos ocupan, debemos remitirnos al Artículo 141 del Código Penal, que dispone: **“Violación de Domicilio. El que: 1. Entrara en una morada, local comercial, despacho oficial u otro ámbito cerrado, sin que el consentimiento del que tiene derecho de admisión haya sido declarado expresamente o sea deducible de las circunstancias; o 2. No se alejara de dichos lugares a pesar del requerimiento del que tiene derecho a excluirlo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa”**.-----

Por su parte, el Art. 111, al tipificar el hecho punible de lesión, establece: **“Lesión. 1º El que dañara la salud de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa”**.-----

En este sentido, el Artículo 102 del Código Penal, dispone: **“PLAZOS. 1º. Los hechos punibles prescriben en ...2. tres años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa”**.-----

A su vez, el Artículo 104 del mismo cuerpo legal, en el inciso 2º) dispone:”... Después de cada interrupción, la prescripción correrá de nuevo. Sin embargo, **operará la prescripción, independientemente de las interrupciones, una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción...**”-----

Por lo tanto, en el presente caso, la prescripción opera a los tres años y, a pesar de las interrupciones que pudieron haberse verificado en estos autos durante todo el trámite del procedimiento, el que como quedó dicho más arriba, no avanzó siquiera al estado plenario, prescribe a los seis años, por operarse el doble del plazo de la prescripción.-----

Efectivamente, el plazo de prescripción tiene INTERRUPCIONES determinadas en el art. 104 de la ley modificatoria citada, y que son: “...1º La prescripción será interrumpida por: un acta de **imputación**; un escrito de **acusación**; una citación a **indagatoria** del inculpado; un auto de **declaración de rebeldía** y contumacia; un **auto de prisión preventiva**; un **auto de apertura a juicio**; un requerimiento fiscal solicitando **disposiciones de contenido jurisdiccional**; una diligencia judicial para **actos de investigación en el extranjero**; y, requerimiento fiscal de **aplicación de salidas alternativas** a la realización del juicio... Después de cada interrupción, la prescripción correrá de nuevo, **Sin embargo, operará la prescripción, independientemente de las interrupciones, una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción...**”-----

Dos puntos son determinantes en este artículo, las interrupciones, y la excepción reglada, y es claro el articulado en determinar que a pesar de las interrupciones, que están

citadas taxativamente, al cumplirse el doble del plazo de la prescripción, indefectiblemente y por imperio de ley prescribe la causa.----

Haciendo un simple cálculo matemático se desprende que el **30 de octubre de 1997, concluyó la conducta señalada como punible**, y desde ahí que corresponde computar el inicio del plazo para la prescripción y, de esta forma, el **30 de octubre de 2003, se ha cumplido el término señalado en la normativa**, correspondiente a la ley más benigna aplicada en el presente caso. Ley 3440/08.-----

Por lo tanto, se haya prescripta la sanción penal, aunque *la declaración de prescripción de la acción penal no implica de manera alguna la absolución de reproche y pena de quienes resultaron sumariados, la misma tiene que ver con la imposibilidad de llegar a una redefinición definitiva del conflicto por los parte de los órganos de punición del Estado*. Dicho instituto, como bien se ha dicho, debe ser declarado, independientemente a toda interpretación valorativa debido a que por su naturaleza prescinde de ello y toma como base elemental el tiempo del proceso y que la situación de los involucrados no puede extenderse en demasía por la afectación a sus derechos humanos fundamentales que ello implica.-----

Por lo tanto, de conformidad al Art. 101, del C.P. corresponde declarar la extinción de la sanción penal, en el presente sumario instruido en averiguación de los hechos punibles señalados líneas arriba.-----

La fiscalía General del Estado, en su dictamen de contestación del recurso de casación, reconoce expresamente el excesivo transcurso del tiempo, sin embargo, realizando una interpretación del Artículo 5 de la Constitución, trata de sostener una línea argumental que imposibilitaría la viabilidad de la prescripción en estos autos. Efectivamente, en el punto 57 leemos: *"...pareciera que por disposición de los arts. 7 y 8 de la Ley 1444/99 de transición al nuevo sistema procesal penal el proceso en cuestión, de tratarse del juzgamiento de hechos punibles ordinarios estaría extinta la acción o caduca la instancia con disposición del archivo de los autos de referencia, pues ya han transcurrido casi doce años de la apertura del mismo. Esta consecuencia se aplica sin excepción, independientemente de la complejidad de la causa, cantidad de imputados, o de las situaciones procesales suscitadas, o bien, la naturaleza del hecho punible, lo cual a criterio del Ministerio Público, y a luz de lo previsto en el Art. 5 de la Constitución Nacional, la norma sería inconstitucional, pero la realidad de nuestro sistema es que guarda una clara excepción cuando se trata de los hechos punibles previstos en el art. 5 de la Constitución Nacional"*.-----

Coincidimos parcialmente con lo sostenido por el Ministerio Público, sin embargo, no puede sostenerse que en el caso de autos el sumario abierto tenido por objeto la investigación de hechos punibles imprescriptibles como los señalados en el Art. 5 de la

Constitución Nacional, por lo que la pretensión del Ministerio Público, no puede ser acogida favorablemente.-----

La Querellante, conforme surge de su escrito, no se ha pronunciado con respecto a la prescripción, limitándose únicamente a sostener la inadmisibilidad del recurso de casación, sobre la base de una falta de legitimación del recurrente, lo cual tampoco puede prosperar.-----

El instituto de la prescripción que subyace en la ley penal de fondo, posee como nota esencial y característica en el ámbito punitivo, la dejación o renuncia del Estado a la materialización del ius puniendi que le corresponde. Se aprecia como su fundamento el efecto destructor del tiempo lo que determina que el disvalor social y jurídico que mereció en su día un hecho ya no pueda mantenerse eternamente con la misma fuerza.-----

Opera como una causa de extinción de la responsabilidad criminal, porque impide el ejercicio del poder punitivo, una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de ciertos barómetros objetivos rigurosamente reglamentados, precisamente por la trascendencia de sus efectos, lo que exige del operador judicial extrema atención evaluativa para su declaración.-----

Para la prescripción, la duración de la sanción penal se computa en función a la cuantía que, en general y abstractamente, ha sido fijada por el legislador al construir el marco penal genérico del tipo, sea este, agravado o atenuado, sea que contenga un subtipo cualificado o privilegiado que eventualmente pueden afectar el contenido normal de la infracción penal calificada, debiendo ponderarse la oscilación punitiva máxima que prevé, sin perjuicio de que tales factores tengan su incidencia para la dosificación punitiva que debería ser fijada en función a los principios legales y constitucionales que rigen la materia.-----

El Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, señala en su libro “Manual de Derecho Penal, Parte General, p. 650/1, Editora Ediar, año 2003: “**...Si bien el fundamento de la prescripción, tanto de la pena como de la acción, es en cierto modo común, cabe reconocer que en la prescripción de la acción no sólo se reconoce como fundamento el transcurso del tiempo que hace inútil la pena, sino también una inactividad, un cierto desinterés del Estado en la perseguibilidad del delito, que no puede computársele en contra al autor, por lo que los plazos de prescripción de la acción suelen ser inferiores a los de la prescripción de la pena**” -----

Con respecto a las costas procesales que pudieron haber motivado la sustanciación del recurso de casación, y de conformidad a lo dispuesto en el art. 261 y 269 del C.P.P. corresponde su imposición en estas instancia, en el orden causado, fundado en que para la

resolución final del recurso, resultó necesaria la interpretación de normas jurídicas.-----

Al resolver sobre la prescripción de la acción penal, siendo ésta una cuestión de puro derecho, que a su cumplimiento solo necesita su declaración, hace inoficioso el estudio de los demás puntos del Recurso de Casación planteado. **Es mi voto.**-----

VOTO EN DISIDENCIA DEL MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI: A su turno, el Señor Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini, dijo: disiento con el voto emitido por el Ministro Preopinante y en dicho sentido me permito agregar: -----

Que, la presente causa tuvo sus inicios en fecha 3 de Noviembre de 1997, con la denuncia presentada por la Sra. R. R. M. DE O. y otros, contra el Comandante en Jefe de las FF.AA. de la Nación, Ing. J. C. W, por los supuestos delitos de ATROPELLO DE DOMICILIO, ABUSO DE AUTORIDAD, DAÑO INTENCIONAL, LESION CORPORAL Y DISPARO INTENCIONAL.--

Sostuvo la denunciante Sra. R. R. M. DE O. que: *“...los hechos delictuosos que dejamos denunciados, son de público conocimiento, y han transcendidos a la opinión pública nacional e internacional, por la violenta irrupción en un domicilio particular, en una operación tipo comando desplegando armas de grueso calibre (de guerra), cuyos ejecutores estaban equipados de combate...”* sigue manifestando la misma *“...Los denunciados y en especial el Cnel. K. K., quien hallándose eximido de cumplir la orden que viole gravemente los derechos humanos fundamentales de conformidad al Art. 20 de la Ley Nº 1115/97, haciendo uso de sus armas de fuego, realizaron disparos contra la casa que a mas de destrozarse el ventanal del frente que da al dormitorio de la hija menor del matrimonio O.-M. fueron a incrustarse en el techo de dicha habitación para posteriormente ordenar en forma autoritaria a todos los denunciantes a tirar cuerpo a tierra y con la mano a la nuca, por un tiempo aproximado de 60 minutos, vejándonos en nuestra dignidad de ciudadanos paraguayos honestos, rebajándonos a la calidad de criminales y sometiéndonos a un trato que solo se prodiga a gente de igual clase a ellos...”*(sic).-----

Asimismo la denunciante Sra. R. R. M. DE O. al momento de interponer la correspondiente querrela criminal obrante a fs. 32/47 de autos mencionó *“...efectivos policiales y militares, fuertemente armados, interceptó el vehiculo en que R. F., y su acompañante H. B., se dirigían al supermercado. Inmediatamente después, en violación de expresas disposiciones constitucionales y legales, F. fue remitido a la Guardia Presidencial, donde ha sido sometido a torturas psicológicas tendientes a obtener el paradero de mi esposo L. C. O.”*...(sic).-----

Conforme a las manifestaciones vertidas precedentemente tenemos, que la Constitución Nacional vigente, siguiendo los lineamientos del constitucionalismo moderno en armonía con los Convenios Internacionales proscribire el sometimiento a torturas, la aplicación de pena o el trato cruel e inhumano de las personas.-----

Con muy buen criterio, la Constitución vigente regula el tema en un artículo singular. ***“De la tortura y de otros delitos”***, que textualmente expresa: ***“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”***; por otro lado, el mismo artículo declara la imprescriptibilidad de estos hechos punibles al decir ***“...El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles...”***. Para mayor abundamiento, La Ley Nº 69/89 que APRUEBA Y RATIFICA LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, EL 10 DE DICIEMBRE DE 1984, refiere en su Art. 1º cuanto sigue: ***“ A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o sean inherentes o incidentales a éstas”***.-----

Atento a las consideraciones de derecho vertidas, tratar de fijar un plazo razonable para el caso en examen, deviene absolutamente improcedente, conforme surge del imperativo constitucional excepcional y expresamente previsto, por lo que corresponde rechazar la casación interpuesta por J. K. K., por sus propios derechos y bajo patrocinio de los Abogados A. A. R. y N. G. I., contra el A.I.Nº 127 de fecha 16 de Junio de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, y en consecuencia remitir estos autos al juzgado de origen para su correspondiente prosecución. Es mi voto.-----

A su turno, el Ministro Antonio Fretes, manifestó compartir el voto del Ministro Primer Opinante, Dr. Sindulfo Blanco, por los mismos fundamentos que fueron expuestos.-----

Con lo que se dio por terminado el acto firmado S.S.E.E., todo por ante mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue: --

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO:

A.I.Nº 136

Asunción, 4 de Marzo de 2.010.

VISTO: Los méritos del Acuerdo que antecede, la;**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA****SALA PENAL****R E S U E L V E:**1.-**DECLARAR ADMISIBLE**, para su estudio el presente Recurso de casación.

2.-**HACER LUGAR**, al Recurso de Casación interpuesto por el Sr. J. K. K., en ejercicio de sus derechos y bajo patrocinio de Abogado y, en consecuencia, **DECLARAR** la prescripción de los hechos punibles promovidos en contra de los Sumariados, con los efectos y alcances señalados en el exordio de la presente resolución.-----

3.-**LEVANTAR** todas las medidas cautelares impuestas en la presente causa.-----

4.-**IMPONER** las costas procesales, en esta instancia, en el orden causado.-----

5.-**ANOTAR**, registrar y notificar.-----

Subrayado: ACUERDO Y SENTENCIA NUMERO: No vale.-

FDO. LOS MINISTROS SINDULFO BLANCO, MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI Y ANTONIO FRETES

ANTE MÍ: ABOG. KARINA PENONI DE BELLASAI SECRETARIA.

Título:

Se hizo lugar al pedido de la defensa de acoger favorablemente la prescripción de la acción con relación a los hechos objetos del proceso penal por los cuales se encontraba procesado el recurrente, con voto dividido considerando que el voto minoritario sostuvo la imprescriptibilidad de dichos hechos por considerarlos de lesa humanidad.

Síntesis jurídica:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió revocar el fallo del Tribunal de Apelación, Tercera Sala que a su vez revocó la declaración de extinción de la acción penal decretada por el Juez de Primera Instancia, considerando en primer lugar, que las cuestiones relativas al cumplimiento del plazo razonable en un proceso penal constituyen incidencias que por ser de orden público deben ser estudiadas antes de cualquier otra cuestión. En segundo lugar, que en el caso en estudio al cumplirse el doble del plazo de la

prescripción corresponde decretarla, conforme lo disponen los Artículos 104, 111 y 141 del Código Penal Paraguayo vigente. En tercer lugar, refirieron que la declaración de la prescripción de manera alguna implica la absolución del procesado sino que la misma tiene relación con la imposibilidad de llegar a una redefinición del conflicto por parte de los órganos de punición del Estado. En cuarto lugar, descartaron considerar a los hechos investigados como aquellos llamados de lesa humanidad. El voto minoritario rechazó la declaración de prescripción ya que consideró a los hechos punibles como de lesa humanidad fundando la postura en lo dispuesto en la Ley No. 69/89 en la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (Considerando 14, 18, 19, 20, 24, 25, 27, 30, 42, 43)

Síntesis de los hechos:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia determinó que los hechos de violación de domicilio y lesión que motivaron el proceso penal prescribieron en fecha 30 de octubre de 2003 al cumplirse según los Artículos 101, 104, 111 y 141 del Código Penal Paraguayo el plazo previsto en las referidas disposiciones. Determinó además que dichos hechos no pueden ser subsumidos en la tipificación “de lesa humanidad”, por lo tanto, el instituto de la prescripción es perfectamente aplicable. El miembro disidente calificó a los hechos investigados como de lesa humanidad interpretando lo dispuesto en la Constitución Nacional y en especial en la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes aprobada en el Paraguay por Ley No. 69/89, ya que los hechos investigados fueron cometidos por funcionarios en ejercicios de sus funciones públicas, por lo tanto, tratar de fijar un plazo razonable para el caso en examen, deviene absolutamente improcedente.

URUGUAY

Nombre del Archivo: JLPI Montevideo – Uruguay 2011.07.19 Rol 110719

Título: JLPI Montevideo – Uruguay 2011.07.19 Rol 110719 para sentencia definitiva de primera instancia Acción de Amparo iniciada por el Ministerio Público y Fiscal de Uruguay contra el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay y el Ministerio de Desarrollo Social, por recluir adolescentes privados de libertad por orden judicial, en contenedores o módulos metálicos, los cuales no son adecuados para su internación. DERECHO A LA DIGNIDAD DE ADOLESCENTES PRIVADOS DE SU LIBERTAD

Síntesis: Se presentó un Recurso de Amparo contra el INAU (Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay) en virtud de que éste Instituto recluye a adolescentes privados de su libertad por orden judicial, en módulos o contenedores metálicos.

El INAU contesta la demanda expresando que aún no ha utilizado los módulos y que se propone a recluir a adolescentes infractores en ellos, en carácter transitorio. Que atento a la gran cantidad de adolescentes infractores que son privados de su libertad, existe la necesidad inmediata de ampliar la capacidad locativa del INAU y por ello, se obliga a elegir entre varias opciones y ésta, la de los módulos, es la más rápida.

Se considera por el Tribunal que la Acción de Amparo es una acción legal que está establecida en el artículo 165 del Código de la Niñez y de la Adolescencia (C.N.A.), así como también en los Pactos y Convenciones Internacionales ratificados por Uruguay y en la Constitución de la República. De acuerdo a lo establecido en la Carta Magna “el amparo sólo debe utilizarse como remedio excepcional, regido por el principio de legalidad y opera siempre que se den los siguientes presupuestos: lesión de un derecho fundamental, acto que ocasione un grave daño o que el mismo sea inminente e irreparable, manifiestamente ilegítimo” Se practicó una inspección ocular a los módulos y resultó que a simple vista “el sólo hecho de verlos hiere la sensibilidad de cualquiera” y es indudable que vulnerará los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de DDHH, Declaración Universal de DDHH, Convención de los Derechos del Niño, Pacto de San José de Costa Rica, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de su Libertad, las 100 Reglas de Brasilia (especialmente la regla número 50), entre otros.

Consideró la Proveyente que con sólo media hora de internación en esos módulos, los derechos fundamentales de respeto y dignidad de la persona humana, estarán lesionados. La indignidad en cuestión surge de los propios módulos, de su propio origen:

transporte de carga y es deber del Estado, de acuerdo a las normas ya citadas, velar para que se den las circunstancias adecuadas a adolescentes privados de libertad.

Por lo tanto falla acogiendo la demanda y en su mérito prohibiendo al INAU la utilización de módulos metálicos para la internación de adolescentes en conflicto con la ley.

SENTENCIA 110719 sobre Acción de Amparo tema Contenedores.

Montevideo 19 de Julio de 2011-

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva de Primera Instancia, estos autos caratulados: "FISCALÍA DE 3° T° C/ INAU Y MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.- ACCIÓN DE AMPARO" F. 2-14240/2011.-

RESULTANDO:

1.-Que a fs. 76 con fecha 15/04/2011, comparece el Representante del Ministerio Público-Fiscal Letrado Nacional de 3° T. Dr. Enrique Viana, deduciendo acción de amparo contra el Servicio Descentralizado del Estado Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay- INAU- y contra el Estado – Poder Ejecutivo – Ministerio de Desarrollo Social- MIDES, en base a las siguientes consideraciones:

a.- que el INAU con conocimiento del MIDES, se apronta a recluír adolescentes que son privados de su libertad por orden judicial, en módulos o contenedores metálicos, ya dispuestos a esos efectos en un inmueble sito sobre Avda. Gral. Flores, casi Brd. Artigas y vecino al edificio del Programa de Medidas Socio Educativas de Bases Comunitarias-Promesec. Que a todas luces deviene claro que tal tipo de habitáculos no son recintos adecuados para la internación o reclusión de menores de edad respecto de los que el Estado tiene deberes constitucionales y legales de protección. Con ello la provisión de las referidas mazmorras metálicas deviene demostrativa de que las instituciones públicas contra las que se deduce la acción de amparo especial, continúa siendo inconsecuente con aquella responsabilidad pública que significa la asunción, por parte de la República Oriental del Uruguay, del denominado Derecho Penal Juvenil.

Que con la entrada en vigor del art. 25 de la llamada ley de Seguridad Ciudadana, ley 16.707, con la nueva redacción del art. 114 del Código del Niño y luego con el art. 69 y sgtes. del Código de la Niñez y Adolescencia, rige en el país un Proceso Penal Juvenil. Y con él la rebaja de la imputabilidad a los trece años de edad, la aplicación a los adolescentes de un Derecho Penal, a través de un derecho penal juvenil y con la imposición judicial a los mismos de condena de privación de libertad. Que todo ello acarrea, también inexorablemente, que el Estado esté obligado a tener Centros de Reclusión Juvenil,

Cárceles juveniles, en donde sea posible hacer efectivas aquellas privaciones de libertad de adolescentes adoptadas en las respectivas decisiones judiciales.

2- Que la Sede se declaró incompetente, interpuesto recurso de apelación, el Tribunal de Apelaciones de 2 T°, por Resolución N° 118/2011 resolvió que por razón de materia la Proveyente es la que debe entender en este asunto.

3- Que devueltos los autos por el superior procesal el día 6 de mayo del corriente año, por auto N°1792 se convocó al Ministerio Público, al MIDES y a INAU a la audiencia legalmente establecida, notificándose en forma inmediata, por medio de la Sra. Alguacil ad-hoc de la Sede.

4.- Que en audiencia, se recibió la contestación de la demanda escrita por parte del Mides y oral por parte de INAU:

El MIDES manifiesta que la demanda adolece de dos insuficiencias formales, en síntesis:

a.- que el Sr. Fiscal omitió denunciar la fecha “en que se produjo el acto, hecho u omisión caracterizados en el art.1°, fundamental a los efectos de determinar la tempestividad del amparo, o sea, la caducidad de la acción,

b.- que menciona como causal justificante de su legitimación pasiva, la de su “conocimiento” de los hechos invocados, sin mayores precisiones al respecto, sin que ello implique desconocer la responsabilidad del Estado –Persona Pública Mayor, como garante de los derechos consagrados en la Constitución de la República y los Pactos Internacionales a los que ha adherido el país,

c.- que no es suficiente con la existencia de un acto, hecho u omisión que lesione o amenace lesionar un derecho o libertad constitucional, sino que es necesario acreditarlo,

d.- que el INAU no ha utilizado aún los módulos metálicos a los que refiere el amparista, sino que se “ apronta” para ello, es decir, proyecta o se propone recluir adolescentes infractores, pero no con carácter definitivo, sino transitorio. Que los módulos son alquilados y se espera que en cualquier momento se pueda llegar a una solución definitiva, que hay un problema social y un mandato judicial que los obliga a hacerse cargo de la situación, que la necesidad inmediata de ampliar la capacidad locativa obliga a elegir entre varias opciones y ésta es la más rápida,

e.- que no se advierte una conducta manifiestamente arbitraria de la Administración, en cuanto a la utilización de los módulos metálicos, cuya utilización solo está prevista como medida circunstancial,

f.- que la contraria no ha demostrado la actuación de otros medios idóneos para pretender lo que aquí ha demandado ni la eficacia de los mismos, por lo que faltaría el presupuesto establecido en el art. 2° de la Ley 16.011,

g.- que la problemática en juego no es de solución inmediata, porque ello requiere contar no sólo con los recursos necesarios sino también con los tiempos requeridos por la normativa vigente en materia de contratación del Estado, para luego emprender la ejecución de las obras,

h.- que de los documentos aportados con la demanda surge que la política del INAU para enfrentar la grave crisis locativa que atraviesa no ha sido ni es pasiva, pues se han realizado refacciones edilicias importantes y reacondicionamiento de diversos “hogares”,

i.- que por último, es de destacar que si bien el Poder Judicial ostenta competencia para juzgar la conducta de otros órganos del Estado, existen límites sutiles que no pueden sobrepasarse,

j.- ofrece prueba y solicita se desestime la presente acción.-

Por su parte, la Representante del INAU, Dra. Bazzoz manifestó, en síntesis:

a.- que coincide con el MIDES en cuanto a los aspectos formales de intempestividad de la acción así como en lo referente al cumplimiento de los requisitos legales para que proceda la acción. Así se pretende que se declare ilegítimo el hecho de que el organismo facultado por ley y en cumplimiento de sus funciones, haya dispuesto el uso de recintos metálicos con carácter o en forma transitoria,

b.- que no se da en la especie la ilegitimidad manifiesta, que debe ser grosera, incuestionable, es más no debe haber dudas sobre la misma, que en cuanto ella se discuta ya no resultaría manifiesta,

c.- que en cuanto a los aspectos de fondo se rechaza en forma contundente los términos en que se ha hecho el escrito de demanda, siendo agravante para el organismo, el que ha sido extremadamente cauto en cuanto a la medida a tomar, es decir, el uso de estos recintos ha resultado imprescindible, debiéndose acudir a esta solución que a ojos vistas no resulta definitiva sino transitoria, en función que ha sido necesario disponer la reparación edilicia ya existente, a la vez que descongestionar los diversos hogares en función de la superpoblación de adolescentes internados. Que se ha preparado un proyecto de ley que se está estudiando en el Parlamento a efectos de contar con un centro que albergue de 250 a 300 adolescentes, a fin de dar respuesta o solución definitiva a este tema,

d.- que de hecho se ha arrendado, mediante licitación abreviada y por el lapso de un año, estos recintos, los cuales algunos serán destinados a enfermería, oficinas, salones de clases y que están actualmente sin funcionar, en virtud de que no han culminado las obras de instalación que garanticen el correcto funcionamiento de servicio de luz, agua, etc, los módulos no son latas ni tienen parecido alguno con los utilizados por el Ministerio del Interior, que se están realizando los trabajos necesarios para que más adelante estén en función de la “ necesidad de tener el número de plazas adecuadas para dar cumplimiento a lo que se los mandata desde el Poder Judicial”

f.- que de la copia autenticada del pliego licitatorio y de la habilitación de bomberos, se desprende que son recintos debidamente aislados para que tengan la debida temperatura tanto en verano como en invierno y para proporcionar condiciones dignas de habitabilidad,

g. que existen antecedentes ante la Justicia Penal, que terminaron con el archivo de las actuaciones,

h.- que en lo sustancial, de ninguna manera se han vulnerado los derechos inherentes a la personalidad humana y en este caso, los de niños, niñas y adolescentes; por el contrario es público y notorio que el organismo siempre está haciendo ingentes esfuerzos para solucionar y de alguna forma, paliar las insuficiencias inherentes al sistema,

i.- ofrece prueba y funda su derecho.

5.- Que se dispuso el diligenciamiento de los medios de prueba solicitados y admitidos.

Que diligenciada la misma, se continuó el proceso en audiencia, recibíendose la declaración de los testigos propuestos, alegaron las partes de bien probado y se convocó al dictado de la presente para el día de hoy.-

CONSIDERANDO:

1.- Que esta Sede, a pesar de lo manifestado por el Ministerio Público en su escrito de apelación al decreto N°1374/2011 de fs.87-88 según el cual ya ha presentado varias acciones de amparo frente a otros Juzgados de Familia, los cuales les dieron andamio y lo dispuesto por la Sentencia de 2° Instancia, se ve en la obligación de aclarar por qué entiende que los Juzgados Letrados de Familia son incompetentes para entender en causas como ésta, en particular. No porque desconozca lo edictado en el art. 195 del CNA. sino por entender: primero que las causas anteriormente iniciadas por el Sr. Fiscal ninguna tuvo por objeto los derechos de adolescentes infractores, además la jurisprudencia no obliga y menos cuando se trata de competencia por razón de materia,

Segundo: Que la acción de amparo prevista en el art. 195 es una acción legal, no constitucional como el presente amparo, donde el Sr. Fiscal funda su derecho en los art. 26, 43 de la Constitución y leyes que recogen Pactos y Convenciones Internacionales, refiriéndose al CNA, precisamente, para resaltar cuáles son los deberes y obligaciones del Estado en relación con los adolescentes en conflicto con la ley. Y al respecto no debemos olvidar la existencia de dos acciones de amparo: a.-el legal: que establece la acción especialísima que se refiere a causas excepcionales que involucran a niño, niñas y adolescentes y que no tienen una acción para ejercer un derecho legal (que tiene su fuente en la ley, no en la Constitución) ya que no fue prevista ninguna dentro del amplio elenco de acciones que prevé el CNA, el cual no ha dejado nada o casi nada, sin regular, y por ello la acción prevista en el art. 195 es una acción residual. B.- Y otro, el amparo constitucional (art.332 de la Const), el cual tiene lugar frente a los actos u omisiones que agreden, lesionan o amenazan derechos recogidos en la Constitución y en normas supranacionales que el país ha suscrito y que emanan de la propia personalidad humana. Y son estas normas, la garantía a ejercitarse para tutelar dichos derechos.

Tercero: Que en autos el objeto de la acción son los derechos fundamentales de adolescentes en conflicto con la ley y que ya están sometidos a jurisdicción: Jueces Letrados de Adolescentes, quienes de acuerdo a los arts. 99 y 100 del CNA, tienen el deber de controlar la ejecución de privación de la libertad de los jóvenes, por ellos ordenado. ¿Cuál es la razón de que deban visitar trimestralmente los centros de internación?, ¿no está dentro de esa visita controlar cómo el órgano administrativo cumple con el mandato judicial?, ¿no son ellos quienes deben velar por los derechos de quienes legalmente han sujetado al proceso privándolos de libertad?, ¿ Cuándo sufren una lesión física o agresión psicológica, ante quiénes acuden estos adolescentes?.

Dejo las preguntas planteadas.-

Prosiguiendo, somos los Jueces Letrados de Familia quienes debemos garantizar los derechos de estos jóvenes, que no están bajo nuestra jurisdicción?.

Puede decirse que sí, en cuanto el Poder Judicial es el guardián de las garantías y los derechos fundamentales de todos los ciudadanos (arts. 7, 10, 12, 23, 30, 332 de la Const.), concepto recogido en una norma supranacional como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 15.737)

El legislador fue claro cuando distribuyó las competencias en ocasión del dictado de la ley 17.823, en relación a niños, niñas y adolescentes, adjudicando la competencia de urgencia, entre otras la relacionada a niños, niñas menores de 13 años cuyos derechos sean lesionados o que ellos lesionen derechos de terceros a los Juzgados Especializado de Familia; a los Juzgados Letrados de Familia le adjudicó todas las acciones de naturaleza civil, no urgentes que se derivan de la relación familiar (biológica o legal). Y a los Juzgados Letrados de Menores (hoy de Adolescentes) todo lo relacionado con los jóvenes menores

de 18 años y mayores de 13 años en conflicto con la ley. Estos Juzgados deberían ser los que velen por los derechos de estas personas, mientras dure la privación de libertad por orden judicial.

Cuarto: que ante la decisión del Tribunal de alzada y considerando la Proveyente que en ella y en este momento reside el Poder Judicial garante de los derechos fundamentales de las personas y ante la urgencia del tratamiento del objeto de la acción es que se asumirá competencia.

Quinto: que por todo ello especialmente lo señalado en el párrafo cuarto, también pueden ser competentes los Juzgados Letrados de lo Contencioso Administrativo.

2.- Que se hará lugar a la acción de amparo promovida por el Sr. Fiscal Letrado de 3 T°, por los fundamentos de hecho y de derecho que se expondrán.

3.- Que en cuanto a la inexistencia de otras vías idóneas, debemos decir que la vía única procesal para controlar y tutelar los derechos fundamentales o derechos humanos o derechos de la persona humana, como se los quiera llamar, es el amparo previsto en la Constitución, que es una acción autónoma de rango constitucional (valga la redundancia). Ya que la pretensión se fundó en la amenaza o futuras lesiones a los derechos humanos de adolescentes privados de libertad, que hizo necesario el tratamiento urgente de la misma a fin de precaver o evitar el daño o lesión de los derechos fundamentales de éstos. Y que no exige la no existencia de otras vías procesales a diferencia de la acción de amparo prevista legalmente.

Al respecto, recordamos que ambas acciones, la legal y la constitucional, comparten en esencia el proceso breve, su esencia y que deben tramitarse por medio de un proceso con plazos breves y con las debidas garantías procesales. Que la dilación en el presente proceso se debió a que la actuación judicial debe ser ponderada y mesurada, pero no por ello el Juez debe dejar de informarse e instruirse debidamente, para el dictado de la sentencia que tutele adecuadamente los derechos en juego.

Aquí no interesa si el amparo interpuesto supone la inoperancia de todos los demás trámites procesales legislados para atender idóneamente el problema planteado, porque la acción de amparo es la garantía sustancial que brinda el derecho positivo a la hora de proteger los derechos y libertades contenidos en la Carta Magna y opera por razones serias de urgencia e inminencia del daño, estando destinado a corregir los efectos de un acto o de una situación injusta, para cautela, para evitar el peligro o el agravio emergente de la futura producción de tales efectos por actos de la Administración o de particulares.

El amparo únicamente debe utilizarse como remedio excepcional, regido por el principio de legalidad (art. 18 de la Const.).

Y opera siempre que se den los siguientes presupuestos:

a.- lesión de un derecho fundamental,

b.- acto que ocasione un grave daño o que el mismo sea inminente, irreparable,

c.- manifiestamente ilegítimo,

4.- Que previo a ingresar al fondo del asunto se estudiará y analizará primero la temporalidad de la acción, después si el acto u omisión que lesiona o lesionará un derecho fundamental, que ello es inminente e irreparable, y tercero: la existencia de ilegitimidad manifiesta del mismo.

No es necesario que el acto manifiestamente ilegítimo se haya producido, sino que basta que “amenace” lesionar o agredir un derecho, para que ella pueda operar válidamente.

5.- Que en relación a la tempestividad de la acción y sobre la manifestación de las representantes del MIDES e INAU, de que el Sr. Fiscal no acreditó en forma la fecha en que tomó conocimiento del acto, hecho u omisión caracterizados en el nal.1° del art. 4° de la ley 16.011, a efectos de determinar la temporalidad de la acción, o sea su caducidad o no, corresponde analizar las pruebas aportadas por el accionante.

Del exámen de la prueba documental agregada por éste, que si bien no cumple con las formalidades del art. 72.1 del CGP, la misma no fue objetada por los accionados, surge que con fecha 22 de marzo del corriente año (fs. 47 a 53) se publicó en Internet la noticia sobre los módulos que serían utilizados para alojar adolescentes infractores, la cual fue “ bajada” e impresa dos días después el día 24 de marzo por el Sr. Fiscal, que Brecha publicó la noticia el día 25 de marzo (fs. 54), de la copia de El País Digital (fs. 59) no surge fecha, pero fue impresa el 30 de marzo, la copia impresa de Ultimas Noticias (f. 63) es de la publicación del día 30 de marzo, la copia del artículo periodístico de La Diaria de (fs. 64 a 66) fue impreso el día 30 de marzo, a fs. 70 se agrega copia de El País Digital de un artículo de fecha 30 de marzo, a fs. 71, se agrega copia de otro artículo de fecha 1 de abril, igual sucede a fs. 71 bis, a fs. 72 surge agregado otra copia de El Observador de fecha 7 de abril.

De toda la documentación que se intimó agregar a INAU y que agregó en cumplimiento de ello, no surge la resolución (ni la fecha de la misma) del Directorio de INAU de la utilización de módulos metálicos para reclusión transitoria o definitiva, por tanto, no se puede considerar una fecha oficial para contabilizar los 30 días del plazo de caducidad, cuando ello era un imperativo de las demandadas de acuerdo al art. 139 del CGP que dispone que “quien contradiga la pretensión de la demanda tendrá la carga de probar los hechos ... extintivos ... de aquella pretensión.”, ello era una carga de las comparecientes, quienes están aduciendo un plazo de caducidad.

Por otra parte todos los ciudadanos del país, tuvimos conocimiento del hecho cuando una persona subió la noticia a Internet y luego fue recogida por los medios de prensa. Por tanto son la fecha de éstos artículos periodísticos y de Internet los que determinan el comienzo del plazo de caducidad de la acción impetrada. Siendo que la primer fecha es de 22 de marzo y la última del 7 de abril de los corrientes, corresponde comenzar a contar el plazo desde el 22 de marzo el cual venció el día 28 de abril.

Que habiéndose presentado la demanda el día 11 de abril, la Sede entiende que lo fué dentro del plazo legalmente establecido.

Todo ello es confirmado por la información por oficios de los Sres. Jueces Letrados de Adolescentes, acerca de que la resolución de INAU no fue conocida por el público ni por autoridades del Poder Judicial. Véase que de los informes recibidos de los Sres. Jueces Letrados de Adolescentes, no surge que ellos hubieran conocido de la instalación y uso de dichos módulos sino solo los ubicados en el Hogar Puertas de la calle Burgues: Dr. G. Peduzzi fs. 373-374, Dra. Aída Vera fs. 378 y Dra. T. Larrosa fs. 375 y 376, pareciéndole a ésta última, que conoció los módulos instalados en el Hogar Puertas, que no son los más indicados para el fin que se establecieron. Que incluso, el Dr. Peduzzi manifiesta que ignoraba la existencia de los módulos de autos.

No se puede afirmar, como se hace en la contestación de la demanda por las accionadas, que la instalación de los módulos era de conocimiento de los Jueces de Adolescentes y que estos dieron su anuencia el año pasado.

Que por todo ello consideramos que no operó la caducidad de la acción.

6.- Que en relación a la segunda de las objeciones expuestas por el MIDES en su contestación de la demanda: que como causal justificante de su legitimación pasiva, se menciona la de “ su conocimiento” de los hechos que se invocan en la demanda, sin mayores precisiones al respecto y sin que ello signifique desconocer la responsabilidad del Estado- Persona Pública Mayor- como garante de los derechos consagrados en la Constitución y los Pactos Internacionales a los que se ha adherido el País, debemos decir que la finalidad de dicho Ministerio está dado en la ley 17.866 y que de acuerdo al art. 8° el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) se relacionará con el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Desarrollo Social, correspondiéndole además a éste último formular, ejecutar, supervisar, coordinar, programar, dar seguimiento y estrategias a planes de juventud, mujer y familia, adultos mayores, discapacitados y desarrollo social en general.

Al Ministerio de Desarrollo Social le compete según decreto N°286/06: Asesorar al Poder Ejecutivo y proponer las políticas nacionales en las materias de su competencia. Sin perjuicio de las competencias de otros ministerios y organismos, formular, ejecutar, supervisar, coordinar, programar, dar seguimiento y evaluar las políticas, estrategias y

planes en las áreas de juventud, mujer y familia, adultos mayores, discapacitados y desarrollo social en general. Coordinar las acciones, planes y programas intersectoriales, implementados por el Poder Ejecutivo para garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales a la alimentación, a la salud, a la vivienda, al disfrute de un medio ambiente sano, al trabajo, a la seguridad social y a la no discriminación.

Es decir que hay una ley y un decreto del Poder Ejecutivo que le imponen al MIDES la supervisión y seguimiento de los programas referidos a la juventud.

Razón por la cual creemos, junto con el Ministerio Público, que el MIDES tiene responsabilidad en cuanto a las políticas que se adopten respecto a la juventud, dentro de la cual se encuentran los adolescentes infractores.-

7.- Que en cuanto al acto, hecho u omisión manifiestamente ilegítimo, que las demandadas aducen no existir ya que aún no se han utilizado los módulos en cuestión y que los mismos serán transitorios, y que es lo medular de este proceso, nos remitimos a la inspección ocular realizada por la Suscrita a solicitud del Sr. Fiscal, de la cual surge la existencia de los módulos en el predio que se denunció y donde se le explicó por parte de funcionarios de INAU, cuáles eran su destino, qué arreglos les restaban realizar en los mismos. Entre esas explicaciones se encontraba la que entre otras finalidades, eran para alojar adolescentes infractores, previéndose incluso, un salón de clases. Preguntados los funcionarios para qué era necesario un salón de clases, si los adolescentes iban a estar solo unas horas en ellos, mientras el Juez de Adolescente tomaba resolución sobre los mismos, no supieron dar respuesta. Por lo que aún, esta Juez se preguntó y continúa haciendo la misma pregunta: ¿para qué un salón de clases, si los adolescentes van a permanecer sólo unas horas en los módulos metálicos?.

¿Qué se le va a enseñar durante esas pocas horas?

Luego, inspeccionado el Hogar Puertas, sito en Burgues 3191, al amparo de las facultades dispuestas por el art. 24. 4 y 350.5 del CGP, entrevistados varios internados, surge que los mismos han estado allí por más de una semana (el que ha estado menos) y que sólo salen al patio dos veces al día.

Se deja constancia que se entrevistó a adolescentes que ocupaban el módulo metálico allí existente (y que en ese momento estaban en el recreo) y es al que se refieren en su informe los Sres. Jueces de Adolescentes.

Quedó sentado en acta de inspección que dicho módulo, ya carecía de agua corriente, porque le faltaba el lavabo desde hacía dos días, según manifestaron algunas personas mayores de edad allí presentes y cuando la Suscrita preguntó cuándo lo iban a arreglar, un funcionario de jerarquía de los presentes (González o Burgues) debieron preguntar a otro

funcionario cuándo venía la empresa a arreglarlo, porque ni siquiera sabían, o intentaron desconocer la ruptura del contenedor.

Conclusión: no son tan irrompibles, ni anti-inflamables, como se le pretendió hacer creer a la Proveyente, aunque ello no es el objeto del proceso, sí hace a la inconveniencia de la utilización de los módulos con los fines de reclusión de menores de edad.

Todo ello corroborado por el informe de Bomberos que luce a fs. 148, que concluye que los módulos no son irrompibles o anti- inflamables.

De la inspección ocular practicada a los módulos en cuestión, resulta que a simple vista (el solo hecho de verlos hiere la sensibilidad de cualquiera) los mismos son inadecuados para la internación de cualquier menor, incluidos los infractores y que es indiscutible que vulnerarán los derechos fundamentales que les han sido reconocidos constitucionalmente y por todo el universo de normas al respecto (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- ley 13.751-; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre derechos Humanos- ley 15.737; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención de los Derechos del Niño; Pacto de San José de Costa Rica; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing” A/Res/40/33, 1985); las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de su Libertad (“Reglas de la Habana” A/ Res/45/113, 1990); las Pautas de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia; así como las normas más recientes conocidas como las 100 Reglas de Brasilia (especialmente la Regla N° 50) y las Pautas Europeas para una Justicia Amiga de los Niños que en relación a la privación de libertad de menores edicta en síntesis que ésta, debe ser por el tiempo más corto posible y en lugares adecuados a sus necesidades. Y que atento a la vulnerabilidad de los niños (entendiéndose por éstos a toda persona menor de 18 años) privados de libertad, deberá promoverse su reinserción a la sociedad. Y que las autoridades competentes deben asegurar el respeto y apoyar la concreción de los derechos que están establecidos en los documentos universales. Que además de otros derechos, los niños en especial tienen derecho a tener acceso a programas que los preparen para su retorno a la sociedad, teniéndose plenamente en cuenta sus necesidades físicas y emocionales, sus relaciones familiares, vivienda, posibilidades de educación y empleo y situación socio-económica. Que las medidas y sanciones para los contraventores de la ley deben ser, siempre, respuestas constructivas e individualizadas a los hechos cometidos, teniendo presente el principio de proporcionalidad, así como la edad de él o de ella, su bienestar físico y mental, su desarrollo y las circunstancias del caso. Se debe continuar garantizando el derecho a la educación, capacitación vocacional, rehabilitación y reintegración. Además establecen que los Estados deben tener en cuenta los Principios Relativos al Status de Instituciones Nacionales para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos (“Los Principios de París”).

Aclaremos, que si bien estas últimas normas citadas (Reglas de Brasilia, Pautas europeas para una justicia amiga de los niños, Principios de París) no han sido recogidas aún por nuestro derecho, a ellas podemos referirnos como doctrina mas recibida, razón por la cual se las incluye en la presente sentencia.

Por todo ello, no le queda ninguna duda a la Sentenciante, que la privación de libertad, el encierro de los jóvenes en los módulos ubicados en el predio sito en Brd. Artigas y Gral Flores, lejos de cumplir con la finalidad tuitiva del INAU, es un incumplimiento de las normas vigentes. Es un desvío del Estado de Derecho.

Nada de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico universal, se cumple al pretender internar a los adolescentes infractores en éstos módulos, cuya simple visión agrede la sensibilidad de cualquiera, para la conciencia media del ser humano, aún de quien nunca (por razón de edad) estará internado allí.

No queda ninguna duda que con la utilización de éstos módulos se agredirá y vulnerarán aún más los derechos de una población joven, ya de por sí vulnerable.

No debemos olvidar que el art. 26 de la Constitución preceptúa que "... en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiéndose la reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito".

Y la respuesta a la pregunta de que si estos módulos metálicos no contrarían esta disposición y las demás ya citadas, es que difícilmente pueda socio- educarse o rehabilitarse, conceptos perimidos para el Sr. Director de INAU, fs. 394, a alguien encerrado prácticamente todo el día, en un lugar inhóspito e inadecuado a su edad. Y menos aún como pretende el Sr. Director, que asuman su responsabilidad "... para el reintegro pleno y responsable a la sociedad en condiciones de libertad...".

El art. 26 de la Constitución y las demás leyes mencionadas siguen vigentes, aunque parte de la doctrina hable de "asumir su responsabilidad" y no de reeducación, rehabilitación y reinserción social.

No corresponde a esta Sede ingresar al análisis de oportunidad, mérito o conveniencia que hayan motivado la actuación administrativa, pero sí velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, entre ellos los Pactos Internacionales recogidos en nuestra legislación.

Además, de la documentación agregada en autos, de fs. 129 a fs. 284 surge claramente la disposición y resolución de INAU de llamar a licitación para la compra o arrendamiento de módulos, pero no surge la resolución de utilizar módulos metálicos para alojamiento de adolescentes; sí surge las resoluciones que resuelven los llamados a licitación

En este punto, no queremos dejar pasar una observación: no existiría una resolución por escrito del Directorio por la cual se adoptó alojar a los adolescentes infractores en contenedores metálicos y por tanto fecha cierta de la Resolución del Directorio de INAU.

Que además, debemos tener en cuenta que el Dr. Salsamendi, a fs. 396, manifestó que estos módulos serían necesarios hasta el 30 de junio del corriente año, porque a esa fecha debería estar aprobada la ley de Responsabilidad Penal Juvenil y creado el organismo que tendrá a cargo toda la política relacionada con los adolescentes en conflicto con la ley.-

Esta ley fue promulgada el 1° de julio del corriente año, por lo cual la presente acción carecería de objeto.

También observamos y no nos deja de llamar la atención, que el Sr. Director de INAU no conociera cuáles eran las observaciones realizadas por organismos nacionales e internacionales de DDHH, fs. 379, al sistema de módulos metálicos, distintos a los de autos en cuanto al aire acondicionado, piso y forrado de paredes, pero módulos al fin.

8.- Que en relación a la ilegitimidad de la conducta lesiva, la cual debe tener la condición de manifiesta, debemos decir que solo la ilegitimidad manifiesta, es decir, la que tiene la condición de clara, incontrastable, palmaria, evidente, grosera (al decir de Viera, Ley de Amparo pag. 22), indudable, es la que habilita el acogimiento de la acción de amparo.

Cuando la situación no pueda calificarse de manifiesta, sino que puede existir cierto margen de duda o discusión, resulta improcedente la acción de amparo, (cfm. RUDEP 2-3/94 cs. 697 705, Nº 1/93 cs. 768, 771, 774, 781, Nº 1/92 cs. 498, 507, 512, 91/1 c. 536; Sent. Nº 2/89 TAF 2º T.).-

Que si se controvirtiera si el sujeto tiene o no el derecho que invoca, el tema habría que encararlo por las vías comunes y no por la del amparo.-

El presupuesto de manifiesta de la ilegalidad debe surgir de aquellas irregularidades que deben aparecer visibles al examen jurídico más superficial, en forma tal que no se ajuste a discusiones o dudas.

Y en este aspecto los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir por el sumario procedimiento del amparo, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver por los procedimientos ordinarios o comunes (cfm. LJU cs.10.573; 10482, 10.939).

En autos, debemos estudiar si esta ilegitimidad surge de manera manifiesta y de acuerdo a la doctrina más recibida.

Palacio sostenía que cuando la decisión en cuestión imponga un análisis, un debate en profundidad, no es procedente esta acción, ya que aquellas circunstancias excluyen la sumaria cognitio y expeditividad propias del amparo (Derecho procesal Civil t. VII pag. 144).

En igual sentido el Dr. Adolfo Armando Rivas (Judicatura Nº 25-26/89) decía que en la acción de amparo el Juez “debe limitarse exclusivamente a captar la ilegalidad si ésta aflora a la superficie del conflicto, si se exterioriza con claridad y contundencia, si se manifiesta, pero nunca deberá bucearla, escudriñarla con la manera en que debe hacerlo en otro tipo de litis”, porque lo manifiesto es lo evidente, visible, que se demuestra por sí mismo, de inmediato, “ in continenti” (como decía L.A. Viera, ob. cit.).

Que en virtud de todo lo expuesto, principalmente en el Considerando 7, la proyectada instalación y eminente utilización de los módulos metálicos agredirán y vulnerarán aún más los elementales derechos de los jóvenes que allí se pretendan recluír, aunque sea transitoriamente.

Nada de ello admite contradicción. De allí la ilegitimidad del acto que se pretende realizar.

Considera la Proveyente que con sólo media hora de internación en esos módulos, los derechos fundamentales de respeto y dignidad de la persona humana, estarán lesionados.

No se puede sólo tener dignidad porque se está calefaccionado o refrigerado, o el colchón no es inflamable; la indignidad en cuestión surge de los propios módulos, de su propio origen: transporte de carga.

El respeto a la persona humana y a su dignidad van más allá del confort o amplitud de una habitación. El respeto y la dignidad surgen de lo adecuado que sea la habitación para el individuo, para la persona en particular, para su formación como tal, para su desarrollo integral, para sí y la sociedad, porque en este caso se trata de jóvenes en pleno desarrollo, no de adultos con una personalidad formada.

Y es deber del Estado, de acuerdo a las normas ya citadas velar para que se den las circunstancias adecuadas a niñas, niños y adolescentes privados de libertad.

Es en este punto que haremos referencia a las declaraciones del Sr. Pedernera, fs. 353, por lo especial de las mismas en cuanto incumplimiento de las normas nacionales e internacionales, respecto a los centros de internación de adolescentes infractores adoptada por INAU.-

Este testigo es un testigo calificado en cuanto es el Secretario Ejecutivo del Comité de los Derechos del Niño del Uruguay y por ello lo especial e importante de su declaración y la

agregación de la documentación que luce de fs. 310 a fs. 352. Prueba documental cuya agregación no fue objetada por las partes.

El Sr. Pedernera manifiesta que: el Comité que representa tomó conocimiento de los módulos metálicos en funcionamiento en el Hogar Puertas, por información de las distintas ONGs que trabajan sobre el tema, que solicitó información a INAU y que a la fecha de la audiencia no había recibido respuesta. Brindó la opinión que tiene su organismo sobre la utilización con fines de reclusión en los módulos en cuestión y que se encuentra preocupado porque se le informó que los dos módulos instalados en el Hogar Puertas iban a ser transitorios y ahora se maneja públicamente que hay un “complejo que parecería ser que tiende a ser más permanente, se está refiriendo a los contenedores de Gral. Flores Y Brd. Artigas.”...” Que ellos (el Comité de los Derechos del Niño del Uruguay) han “realizado observaciones a la forma en que se ejecuta el encierro y han hecho informes a la pasada Dirección...y que los mismos son que el encierro es custodial, sólo importa la seguridad, ... que han encontrado una preocupación, estrictamente para evitar la fuga y centralmente han planteado tres puntos: a) la ausencia de programas socioeducativos, b) la medicación psiquiátrica compulsiva, c) discrecionalidad en el trato hacia los adolescentes, ausencia de reglamentos de disciplina...”.

Que la suscrita, en oportunidad de la visita del Hogar Puertas, observó precisamente lo manifestado por el testigo en cuanto al trato entre funcionarios y adolescentes, de exceso de confianza, totalmente inadecuado, los funcionarios no pueden tratar a los adolescentes ni éstos a sus cuidadores como iguales, no lo son. Se advirtió también falta de orden incluso en la higiene del lugar en que estaban alojados. En general, en todo el predio había desorden.

Se hace esta observación porque seguramente, de permitirse el uso de los módulos en cuestión, sucederá lo mismo: en vez de transitorio pasarán a ser permanentes (no existe nada más permanente que lo transitorio) reinando en ellos la desidia. Observación que es coincidente con las conclusiones del informe del Comité de los Derechos Humanos del Niño del Uruguay, fs. 310. No sabe la Proveyente si existe una tendencia hacia el deterioro porque desconoce cómo era antes de su visita, pero lo observado durante la inspección ocular y en forma totalmente objetiva, sí le permite re-afirmar lo dicho al principio del párrafo.

De todo ello surge la conducta ilegítima

9.- Que, reiteramos, que conforme a lo que resulta de autos, en particular de la normativa Constitucional aplicable al caso y de las pruebas documentales, testimoniales e inspección ocular aportadas a la causa, como de la propia contestación de la demanda, el Estado pretende en forma ilegítima alojar a los adolescentes infractores en lugares inadecuados, ya que su deber es actuar de acuerdo al mandato constitucional y legal que ya hemos mencionado.

Al respecto recordamos lo expuesto por la Dra. Cristina Cabrera en la Sentencia N° 8 de fecha 8 de junio de 2008 del Jdo. Ltda. en lo Contencioso de 1 T°, en los autos F. 2-13370/09, en relación a la violación de los derechos humanos de adultos, que se recluyen en módulos metálicos (distintos a los de autos), pero que se adapta perfectamente al presente caso: “El Estado de Derecho ve amenazada su razón de ser cuando no se cumplen sus normas fundamentales y en particular cuando quien se aparta de ellas es el propio Estado”... ya que la “violación del mandato constitucional de brindar condiciones decorosas y dignas de alojamiento a los presos, sin duda gravita directamente contra el derecho a la reeducación y reinserción social...”.

10.- Que por tanto, concluimos: que la acción de amparo planteada es el único medio para perseguir la finalidad de protección de los derechos humanos de los adolescentes infractores que son amenazados con la resolución de alojarlos en los módulos metálicos en cuestión.

11.- Que la conducta procesal de las partes no amerita especial sanción en costas y costos en la instancia (arts. 56 del C.G.P. y 688 del C. Civil).-

Por lo expuesto, normas, doctrina y jurisprudencia citadas y lo dispuesto en los arts. 3, 68, art.74 lit. D, 89, 92, 195 y ss. del C.N.A., arts. 7, 26, 72, 332 de la Constitución y demás normas citadas, FALLO:

ACOGESE LA DEMANDA Y EN SU MERITO PROHIBESE AL INAU LA UTILIZACION DE LOS MODULOS METALICOS INSTALADOS EN EL PREDIO SITO EN BVAR. ARTIGAS Y AVDA. GRAL. FLORES PARA LA INTERNACIÓN DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY.-

SIN ESPECIAL SANCION PROCESAL EN LA INSTANCIA.-

DRA. ESTRELLA PEREZ AZZIZ

JUEZ LETRADO

Nombre del Archivo: TAC Montevideo. Uruguay. 2011.02.23 ROL. 36.2011

Título: TAC Montevideo. Uruguay. 2011.02.23 para Sentencia de Segunda Instancia, Acción de Amparo por Medicamento de Alto Costo no proporcionado por la Mutualista Médica, contra el Ministerio de Salud Pública (MSP). DERECHO A LA SALUD

Síntesis: Llegados los autos a segunda instancia contra sentencia de primera instancia que admitió la pretensión de amparo deducida contra el Ministerio de Salud Pública y en su

mérito, dispuso que éste le entregara al actor el medicamento “Cetuximab” en el término de tres días hábiles y perentorios por el período por el cual lo prescriban sus médicos tratantes.

Posteriormente llegaron los autos a apelación por el MSP quién la basó en que el medicamento “Cetuximab” no estaba incluido en el Formulario Terapéutico de Medicamentos, por lo cual no se podía obligar a proporcionarlo en vía de amparo porque no hubo un actuar ilegítimo de su parte.

La Sala no compartió tal argumentación ya que se probó que el “Cetuximab” es el único medicamento que el actor necesita para paliar y contener su enfermedad; considera que el MSP se lo debe proporcionar aunque no esté incluido en el “Vademécum”. Las razones es que dicho Ministerio es el encargado de preservar la salud de todos los habitantes.

La Sala coincide en que la Salud es un bien jurídico íntimamente ligado a la vida, a la integridad corporal, psíquica y moral de un sujeto, a su calidad de vida y al desarrollo de su personalidad. El derecho a la salud es un derecho fundamental y como tal goza de protección internacional y constitucional lo cual habilita el accionamiento en vía de amparo. La negativa al suministro del medicamento supone una violación al principio de igualdad derivado del principio de respeto de la dignidad humana.

Falla confirmando la sentencia apelada.

Acción de Amparo Medicamentos de Alto Costo. Sentencia TAC 6º Turno.

Sentencia Nº 36/2011. Tribunal de Apelaciones Civil de 6º Turno. Ministro redactor: Dr. Felipe Hounie. Ministros firmantes: Dr. Felipe Hounie, Dra. Ana María Maggi y Dra. Alicia Castro. Ministro disconforme: Dra. Selva Klett. Montevideo, 23 de febrero de 2011. VISTOS: En segunda instancia y para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “BB, Ángel c/ M.S.P. y otro. Acción de amparo”. Fa. 2-59890/2010, venidos a conocimiento de esta Sala en virtud de los recursos de apelación y de adhesión a la apelación interpuestos, el primero, por el Ministerio de Salud Pública, y el segundo, por el actor, contra la sentencia Nº 77/2010, dictada a fs. 687/713 por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 4º Turno, Dr. Adolfo Fernández de la Vega. RESULTANDO: I) El referido pronunciamiento, a cuya relación de antecedentes se remite la Sala, admitió la pretensión de amparo deducida contra el Ministerio de Salud Pública y, en su mérito, dispuso que este le entregara al actor el medicamento “Cetuximab” en el término de tres días hábiles y perentorios, por el período en el cual lo prescriban sus médicos tratantes hasta que se detectara su fracaso o se incluyera en el Formulario Terapéutico de Medicamentos. Asimismo, desestimó la pretensión de amparo deducida contra el Fondo Nacional de Recursos. Todo, sin especial condenación procesal. II) Contra esa decisión,

dedujo el Ministerio de Salud Pública el recurso de apelación en estudio (fs. 715/725v.) por entender, en síntesis, que no se configuraron en autos los extremos exigidos por la ley para admitir el amparo, ya que no puede sostenerse que su actuar fue manifiestamente ilegítimo, omisivo o retardado, ni que no existían otros medios judiciales o administrativos que permitieran obtener el mismo resultado. Destacó, además, que la inclusión o no de un medicamento en el Formulario Terapéutico de Medicamentos no es arbitraria ni antojadiza, sino que se hace únicamente en base a criterios técnico-científicos, y que en este caso nunca recibió una solicitud formal para que se incluyera el “Cetuximab” en dicho formulario, ni por parte del paciente ni por la Cátedra ni por otras sociedades científicas. Tampoco se demostró que el medicamento requerido fuese eficaz para el tratamiento de la enfermedad que el demandante padece. III) A fs. 732/742 el actor contestó los agravios abogando por su rechazo, oportunidad en la cual adhirió al recurso de apelación por entender, en síntesis, que debió admitirse el amparo contra el Fondo Nacional de Recursos, que es la institución competente para proveer medicamentos de alto costo, aun con respecto a aquellos que no fueron incluidos en el Formulario Terapéutico de Medicamentos. IV) A fs. 729/730 el Fondo Nacional de Recursos evacuó el traslado de la apelación principal (fs. 727), abogando por el mantenimiento de la sentencia recurrida. Por providencia Nº 77/2010 de fs. 754 se concedió el recurso de apelación y se recibieron los autos en esta Sala el 10 de febrero de 2011 (fs. 759). Una vez integrado el Tribunal con las Dras. Ana María Maggi y Alicia Castro por existir discordia entre sus integrantes naturales y por encontrarse la Sala desintegrada por licencia de la Dra. Elena Martínez (fs. 760), se procedió al estudio de los autos en el Acuerdo y se decidió dictar sentencia en el día de la fecha. CONSIDERANDO: I) La Sala, integrada y en mayoría, estima que los agravios formulados por ambas partes no son de recibo, por lo que confirmará la sentencia impugnada, aunque con una limitación en cuanto a su alcance. II) En el caso, Ángel BB recurrió a la vía de amparo para obtener que el Ministerio de Salud Pública y el Fondo Nacional de Recursos le suministraran el medicamento “Cetuximab”, que necesitaba para el tratamiento del cáncer de colon que padece. III) Apelación del Ministerio de Salud Pública No son de recibo los agravios. En la especie, el Ministerio de Salud Pública basó su apelación, medularmente, en que, como el medicamento “Cetuximab” no estaba incluido en el Formulario Terapéutico de Medicamentos, no se lo podía obligar a proporcionarlo en vía de amparo, porque no hubo un actuar ilegítimo de su parte. La Sala no comparte tal argumentación. En primer lugar, porque, a criterio de la Dra. Ana María Maggi y del redactor, se probó que el “Cetuximab” es el único medicamento que el actor necesita para paliar y contener su enfermedad, tal como surge del testimonio de su médico tratante, el Dr. Gabriel K, Profesor Adjunto de la Cátedra de Oncología de la Facultad de Medicina, quien es contundente en cuanto a que este medicamento, combinado con la quimioterapia, es el que puede aportar una sobrevida mayor libre de progresión (fs. 680/684, en especial, a fs. 680v.). Cabe señalar que la indicación que de dicho medicamento hizo el médico tratante fue avalada por la Dra. Graciela S, Coordinadora del Área de Capacitación Técnico Profesional de la Comisión Honoraria de Lucha contra el Cáncer (fs. 57). En segundo lugar, porque se trata de un medicamento avalado tanto a

nivel internacional (la prueba emerge del informe Crystal, estudio randomizado fase III, glosado a fs. 38) como nacional. En este último caso, por la Cátedra de Oncología de la Facultad de Medicina, tal como surge del informe luciente a fs. 41/52 (en especial, a fs. 48) y del testimonio del Dr. K (fs. 681). Se probó, además, que el Ministerio de Salud Pública aprobó su comercialización el 5 de marzo de 2009 y que fue lanzado al mercado el 20 del mismo mes y año (fs. 39). Ahora bien, en estas circunstancias, en que la salud de una persona y su posibilidad de sobrevivir depende de un solo medicamento (la prueba emerge del testimonio del Dr. K a fs. 680v.), tanto la Dra. Ana María Maggi como el redactor estiman que el Ministerio de Salud Pública se lo debe proporcionar, aun cuando no esté incluido en el vademécum, por lo menos, durante el largo y complicado trámite burocrático que insuere su inclusión. Ello, por la sencilla razón de que dicha Cartera es la encargada de preservar la salud de los habitantes, bien fundamental que no puede estar supeditado a las contingencias de un trámite burocrático de tal naturaleza, que bien puede durar meses e, inclusive, años. De lo expuesto se infiere que mediante el cumplimiento de los requisitos formales que el apelante alega para fundar su negativa a suministrar el medicamento (si la droga está o no incorporada al Formulario Terapéutico de Medicamentos, así como la necesidad de cumplir con el procedimiento técnico-científico para su inclusión), se está, en puridad, desconociendo derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. A su vez, los tres integrantes que conforman la mayoría de la Sala coinciden en que la salud es un bien jurídico íntimamente ligado a la vida, a la integridad corporal, psíquica y moral de un sujeto, a su calidad de vida y al desarrollo de su personalidad. Ante todo, el derecho a la salud implica que el ser humano tiene derecho a la debida atención profesional para cuidarla, para prevenir enfermedades, para encontrar dónde atenderse y dónde recibir los tratamientos necesarios para su recuperación (cf. Bidart Campos: El orden socioeconómico en la Constitución, p. 306). El derecho a la salud es, entonces, un derecho humano y, como tal, goza de protección internacional y constitucional, lo cual habilita el accionamiento en vía de amparo. En especial, y en relación con el tema del derecho prestacional, el art. 44 inc. 2 de la Constitución es claro cuando dice que el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia a las personas “carentes de recursos suficientes”. Es este el caso de autos, ya que se trata de una persona jubilada, que cobra alrededor de \$ 60.000 (fs. 54), y de un medicamento muy costoso (fs. 53). Si bien es cierto que, en la especie, no se probó que, en vía administrativa, se hubieran presentado, ante el Ministerio de Salud Pública, solicitudes formales para que se incluyera el “Cetuximab” en el vademécum, también es cierto que de lo que aquí se trata es que el actor no se vea privado de un medicamento esencial para su salud durante el tiempo que insuma dicho trámite, medida que resulta imprescindible si tenemos en cuenta, nada menos, que está en juego la posibilidad de que el paciente continúe con vida. La prueba precedentemente analizada que, para la Dra. Ana María Maggi y el redactor, es más que suficiente para arribar a una solución confirmatoria del fallo apelado, se ve robustecida por el hecho de que el Ministerio de Salud Pública se encuentra suministrando el mismo medicamento a otros enfermos que padecen el mismo mal que el actor, tal como surge de los términos de la demanda (fs. 464 y 474) y del

testimonio del Dr. K (fs. 682), hecho este que para la Dra. Alicia Castro resulta determinante. Ello, porque, en ese contexto, la negativa a suministrarlo supone una flagrante violación al principio de igualdad consagrado en la Constitución (arts. 8 y 72), derivado del principio básico de respeto a la dignidad humana, que impone tratar a las personas de modo igualitario. Tal como el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno sostuvo en fallo relativamente reciente (sent. Nº 93/2010), si bien este principio de igualdad no impide establecer diferencias de trato en la medida en que existan diferencias relevantes, la existencia y la relevancia de esas diferencias deben estar debidamente justificadas, señalando aspectos de hecho y conforme a criterios de razonabilidad valorativa. En esa línea, Robert Alexy ha sostenido que el principio general de igualdad —enunciado tradicionalmente como “hay que tratar igual lo igual y desigual lo desigual”— exige “prima facie” un trato igual y solo permite un trato desigual si puede ser justificado con razones suficientes. Ello implica que si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual, enfatizando que “están prohibidos los tratos arbitrariamente desiguales” (Teoría de los Derechos Fundamentales, 2ª edición, Madrid, 2007, ps. 347 y ss.). Cabe, entonces, concluir que la conducta del Ministerio de Salud Pública importa una ilegitimidad manifiesta al suministrar el medicamento requerido a otro paciente y negarse a proporcionárselo al actor, quien sufre idéntica patología y cuyo médico invoca —como vimos— la urgente necesidad de contar con él para el tratamiento de su mal. Finalmente, cabe precisar que los tres integrantes que conforman la mayoría de la Sala coinciden en que el presente fallo no puede tener otro alcance que el de disponer que el Ministerio de Salud Pública entregue el medicamento al actor hasta el momento en que decida incorporarlo o no al Formulario Terapéutico de Medicamentos. Es esta la posición que el redactor sostuvo en la discordia de la sentencia Nº 209/2009 dictada por esta Sala, oportunidad en la que también sostuvo que el alcance que cabía asignar al fallo apelado no era que el medicamento fuera suministrado por el Ministerio sin ninguna condición, sino solo hasta que se resolviera incluirlo o no en el vademécum. Si lo incluye, no hay problema, ya que nada obsta a que lo siga proporcionando. Si no lo incluye, no está obligado a suministrarlo de ahí en adelante. Por otra parte, parecería que también es esta la posición del propio juez “a quo”, cuando, en el Considerando V de su decisión, a fs. 713, dijo que la entrega se disponía “por el tiempo que lo prescriban sus médicos tratantes hasta que se detecte su fracaso o se decida sobre su inclusión en el F.T.M.” (el destacado nos pertenece). No obstante, como en el fallo no se recogió claramente este pensamiento, conviene que la Sala aclare debidamente tal extremo para aventar toda duda que pudiera surgir al respecto. IV) Apelación del actor en vía de adhesión a la apelación No es de recibo el agravio. La Sala comparte los fundamentos que llevaron al juez “a quo” a desestimar la pretensión de amparo contra el Fondo Nacional de Recursos, puesto que este, de acuerdo con la normativa incidente, no está facultado para financiar medicamentos que, como en el caso, no están incluidos en el Formulario Terapéutico de Medicamentos. Entonces, en la medida en que la conducta del Fondo se adecuó al marco normativo que lo regula, no puede configurarse a su respecto la ilegitimidad manifiesta que reclama la ley como presupuesto

del amparo (art. 1 de la ley 16.011), tal como esta Sala sostuvo en la sentencia N° 209/2009 (Considerando VII). V) La solución a que se arriba en este fallo, con discordia de uno de los integrantes naturales del Tribunal, obsta a imponer, en el grado, especiales condenaciones en gastos causídicos (art. 261 del C.G.P.). Por tales fundamentos, el Tribunal, integrado y en mayoría, FALLA: Confírmase la sentencia apelada, salvo en cuanto dispuso que el medicamento se debía entregar hasta que se incluyera en el Formulario Terapéutico de Medicamentos y, en su lugar, dispónese que su entrega se realice hasta el momento en que el Ministerio de Salud Pública decida incluirlo o no en dicho formulario. Sin especial condenación procesal. Y devuélvase. Si// //guen firmas: Dr. Felipe Hounie Ministro Dra. Ana María Maggi Ministra Dra. Alicia Castro Ministra DISCORDIA DE LA DRA. SELVA KLETT: Discorde parcialmente: en mi opinión, corresponde revocar la sentencia de primer grado en cuanto hizo lugar a la pretensión de condena contra el MSP, que desestimo. Comparto la base conceptual sobre la que se asienta la decisión de la mayoría. En primer lugar, sobre el derecho a la salud, derecho humano fundamental, consagrado en los arts. 44 y 72 de la Constitución, así como en Pactos Internacionales ratificados por el país. Las premisas normativas y, en especial, el alcance de las obligaciones del MSP, se hallan desarrollados en la sentencia de este Tribunal N° 209/09, citada por las partes y el sentenciante de primer grado. En el caso, la pretensión de amparo contra el MSP no puede prosperar, puesto que no existe la ilegitimidad manifiesta que reclama la Ley N° 16.011, como condición indispensable para desplegar la función tutelar. En efecto, no puede sostenerse que el Ministerio demandado se encuentre en falta, por cuanto el actor no le solicitó ni el suministro del medicamento, ni la inclusión en el FTM, ni el pronto tratamiento del tema para su inclusión. Sin más, con el informe del médico tratante se dirigió al FNC, respecto del cual, como se dice en esta decisión por unanimidad, no se configura legitimación pasiva. Mal puede, entonces, la entidad estatal accionada haber incurrido en ilegitimidad manifiesta si nadie la ha instado, le ha reclamado una respuesta, una solución, una resolución. Pero, por otro lado, tampoco puede afirmarse, como en otros casos citados en la sentencia N° 209/09, que las autoridades que deben ocuparse de la salud (MSP, FNR) hayan omitido algún deber. Es decir, que, contando con todos los elementos necesarios, no hayan tenido la diligencia de pronunciarse acerca de las bondades de un medicamento, técnica o tratamiento, incluyéndolo en el FTM, según los diversos Anexos con que cuenta. Eso no sucede en la especie. El fallo apelado se funda exclusivamente en la opinión del médico tratante, Profesor Adjunto de la Cátedra de Oncología (fs. 5), que no recibió ningún otro respaldo probatorio. Así, en este caso, no puede decirse que exista un claro pronunciamiento de la Cátedra respectiva: la mera constancia de la Profesora S, al pie del informe del médico tratante (fs. 58), no puede suplir la voluntad de la Cátedra de Oncología, debidamente plasmada en un informe adecuado sobre el tema en cuestión. Tampoco las copias parciales de un supuesto informe de la Cátedra obrante a fs. 41-52 de esta pieza (fragmento de las Pautas de Oncología Médica para el diagnóstico, tratamiento sistémico y seguimiento), sin referencia alguna a su autoría, pueden hacer las veces del informe técnico o dictamen pericial que constituiría la prueba idónea en este tipo de casos, según lo regula la ley adjetiva (arts. 177 y 178

CGP). La no inclusión del medicamento cuyo suministro por este amparo se reclama en el FTM no reviste, pues, la nota de manifiesta ilegitimidad, porque no lo pidió el paciente, ni lo planteó la Cátedra. En definitiva: Más allá del valor que pueda atribuirse a los informes de organismos internacionales, lo cierto es que en este expediente no se ha proporcionado la prueba suficiente e idónea de una importante evidencia científica a favor del medicamento en las concretas condiciones del paciente. Como viene de decirse, solo se cuenta con el informe del médico tratante, que no establece las dosis, el lapso indicado, etc.; no declaró la Profesora S; ni se adjuntó el informe original, completo y autenticado, que acredite la aprobación por la Cátedra del uso del medicamento, opinión que, como es evidente, resulta determinante en la conformación del FTM; ni siquiera el médico tratante, integrante de dicha Cátedra, sabe si hubo pedido de inclusión (fs. 683). Además, tal planteo no fue oportunamente trasladado al MSP (no existió solicitud del actor al respecto o, si existió, no la agregó, y se trata de un hecho controvertido por el MSP). Dra. Selva Klett Ministra Dra. Elena Celi de Liard Secretaria Letrada